

Université Saint-Louis - Bruxelles

Droit pénal général (Partie II)

Chapitre IV : L’auteur de l’infraction

Chapitre V : La peine

Yves Cartuyvels, Christine Guillain, Olivia Nederlandt

Avec les contributions de :

Dimitri de Beco
Agathe De Brouwer
Claire Deveux
Christine Guillain
Camille Leroy
Olivia Nederlandt
David Ribant

Syllabus de cours

Année académique 2021-2022

Introduction

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

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

La suite du parcours proposé est plus classique. Elle introduit aux principaux enjeux relatifs aux sources, à la structure et aux caractéristiques du *droit pénal* (chapitre II). Ceci sera l'occasion de proposer un détour par les sources internationales, et notamment le droit pénal de l'Union européenne dont la construction progressive exerce une influence croissante sur le droit pénal interne belge. Sont ensuite envisagés les principaux pôles du droit pénal que constituent *l'infraction* (chapitre III), *l'auteur* (chapitre IV) et *la peine* (chapitre V). Ces trois dimensions cardinales du droit pénal connaissent des mutations importantes ces dernières années. Celles-ci soulignent régulièrement les évolutions du débat social autour du droit de punir, de ses finalités et de ses limites.

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

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

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

Christine GUILLAIN et Olivia NEDERLANDT (septembre 2021).

Chapitre IV. L'auteur de l'infraction

Section 1. La place de l'agent dans le système pénal

Notre droit pénal se fonde, au départ, sur une approche classique qui privilégie une approche objective : la prise en compte de l'acte prévaut largement sur celle de l'auteur.

Néanmoins, la réalité actuelle du droit positif fait une place croissante à l'auteur de l'infraction. Ainsi, dans nombre de cas, les incriminations font l'objet d'une individualisation lorsque la loi considère la qualité de l'auteur des faits, non seulement comme une circonstance aggravante, mais encore comme un élément constitutif de l'infraction¹.

Le processus de subjectivation est également perceptible au niveau des peines. L'individualisation est ici rendue possible grâce au système de peines flexibles, à l'admission des circonstances atténuantes, à l'existence de causes d'excuses légales ou encore à l'état de récidive. Le processus se prolonge avec les modalités de la peine qui peuvent concerner tant le prononcé de la peine (suspension du prononcé ou sursis) que les modalités d'exécution de la peine privative de liberté (libération conditionnelle, surveillance électronique, congé pénitentiaire, ...) et qui particularisent le parcours du condamné. Tous ces dispositifs introduisent une dimension subjective au cœur d'un système fondé sur l'acte.

L'auteur de l'infraction occupe donc, aux côtés de l'infraction elle-même, une place de plus en plus importante dans notre système pénal. Au point que la Commission de révision du Code pénal a pu affirmer, déjà en 1979, que « le juge doit juger un homme qui a commis des faits, et non plus uniquement des faits commis par un homme » ou encore que « le caractère plus ou moins dangereux de l'auteur doit sur le plan pénal être pris davantage en considération que la plus ou moins grande gravité de son acte »².

Section 2. Les sujets de l'infraction

Toute infraction commise suppose l'existence d'un auteur auquel elle puisse être rattachée matériellement et, en principe aussi, imputée moralement. On parle ici du sujet actif de l'infraction par opposition au sujet passif (la victime éventuelle de l'infraction).

La question est celle de savoir si *seuls des êtres humains* peuvent avoir la qualité d'auteur d'une infraction ou si des *groupements humains* ont également cette capacité pénale, ce qui nous renvoie à la question épineuse de la responsabilité pénale des personnes morales.

§ 1. Le principe historique de l'irresponsabilité des personnes morales

Lors de l'avènement du Code pénal en 1867, les personnes morales n'étaient pas capables pénalement.

¹ P.L. BODSON, *L'individualisation de l'incrimination pénale*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1985, p.19.

² COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, Bruxelles, Presses du Moniteur belge, 1979, p. 41 et 86.

La jurisprudence avait retenu le principe *societas delinquere non potest*, aux termes duquel la personne morale n'est pas capable pénalement de sorte que seule une personne physique était susceptible de commettre une infraction pénale³.

« Seules les personnes physiques peuvent délinquer »⁴.

Il en résultait que les infractions commises par les représentants d'un groupement ne pouvaient être imputées qu'aux individus qui les avaient personnellement commises.

« Lorsque le propriétaire est une société commerciale, être fictif, dépourvu de volonté intelligente et libre, les obligations légales sanctionnées, en cas de contravention, par des peines, pèsent personnellement et individuellement sur ses représentants légaux »⁵.

La position de la jurisprudence évolua ensuite au profit du principe *societas delinquere potest, sed puniri non potest*⁶, aux termes duquel une personne morale peut commettre une infraction, mais ne peut faire l'objet d'une condamnation pénale. La personne morale devient capable mais non punissable.

« Une personne morale peut commettre une infraction, mais ne peut être condamnée pénalement »⁷.

En conséquence, les peines ne pouvaient, à nouveau, être prononcées que « contre les personnes physiques qui, dans la réalité des choses, ont commis l'infraction et assument la responsabilité de la société ou de l'association »⁸.

« Lorsqu'une personne morale a commis une infraction, la responsabilité pénale de l'infraction pèse sur les personnes physiques, organes ou préposés, par l'intermédiaire desquelles elle a agi »⁹.

Compte tenu de cette évolution, divers textes furent proposés durant les années 1990 afin de consacrer le principe de la responsabilité pénale des personnes morales en droit belge pour donner naissance à la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales¹⁰.

Cette réforme rejoignit ainsi les solutions déjà consacrées à l'époque par plusieurs pays tels que les Pays-Bas, la Grande-Bretagne, l'Espagne, le Canada, les Etats-Unis ou encore la France¹¹.

³ Voy., notamment, Cass., 13 février 1905, *Pas.*, 1905, I, p. 127 ; Gand, 21 avril 1925, *Pas.*, II, p. 211 : « la société anonyme, être juridique, n'a pu commettre le délit » ; J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, 2^e éd., t. I, Gand, A. Hoste, 1874, p. 190 ; A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Marescq, 1899, p. 118.

⁴ Liège, 8 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1348.

⁵ Cass., 13 février 1905, *Pas.*, 1905, I, p. 127 ; voy., aussi, Cass., 21 mai 1928, *Pas.*, 1928, I, p. 165 : « les auteurs pénalement responsables de cette infraction étaient les représentants de ladite société ».

⁶ Commission pour la révision du Code pénal, *op. cit.*, p. 91.

⁷ Cass., 20 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 664.

⁸ R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, 1985, p. 130.

⁹ Cass., 29 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 326. Dans le même sens, Cass., 20 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 664 ; Cass., 12 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 799 ; Cass., 18 février 1997, *TRD&I*, 1997, n° 6, p. 61.

¹⁰ *M.B.*, 22 juin 1999, entrée en vigueur le 2 juillet 1999. En ce qui concerne la question de l'application de la loi dans le temps, voy. Cass., 22 janvier 2014, *Pas.*, 2014, p. 182.

¹¹ Pour une analyse extensive de la situation antérieure à la loi du 4 mai 1999, voy. F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge – Tome III : l'auteur de l'infraction pénale*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 75 à 81 ; F. TULKENS *et al.*, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2014, p. 482 à 488.

§ 2. Le régime de responsabilité pénale des personnes morales

Le régime de la responsabilité pénale des personnes morales, tel qu'introduit par la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales au sein de l'article 5 du Code pénal, constitue (ou du moins constituait¹²) un système *sui generis* engendrant de nombreuses difficultés d'application.

Le régime en vigueur depuis 1999 a par conséquent été amendé par la loi du 11 juillet 2018 modifiant le Code pénal et le Titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales¹³. Le nouveau régime n'est applicable qu'aux faits commis à partir de son entrée en vigueur, soit le 30 juillet 2018, par application du principe de non-rétroactivité de la loi pénale dès lors que le nouveau régime est plus sévère que l'ancien¹⁴.

Par ailleurs, il est également à noter que le projet de réforme du Code pénal initialement proposé par la Commission de réforme du droit pénal, dont la rédaction précède la récente réforme de l'été 2018, et qui a ensuite été déposé sous la forme d'une proposition de loi qui fait actuellement l'objet de travaux parlementaires, prévoit lui aussi une modification du régime de responsabilité pénale des personnes morales¹⁵.

Nous n'évoquerons ici que les principes d'application qui ont trait à l'auteur de l'infraction¹⁶. À cet égard, quatre questions doivent être abordées : quelles sont les catégories de personnes morales visées ; quels sont les comportements qui engagent leur responsabilité ; quelles sont les personnes physiques par lesquelles cette responsabilité peut être engagée ; en quoi consiste

¹² A savoir avant sa réforme du 11 juillet 2018, voy. *infra*, D.2.

¹³ M.B., 20 juillet 2018. Cette loi est le résultat d'une proposition initialement déposée le 21 janvier 2015 (Doc., Ch., 2014-2015, n° 0816/001). Il est à noter qu'en parallèle de cette proposition de loi, un second texte ayant un objet similaire fut déposé le 21 avril 2015 à la Chambre, à savoir la proposition de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne la responsabilité pénale de certaines personnes morales de droit public (Doc., Ch., 2014-2015, n° 54-1031/001). Les travaux parlementaires liés à cette proposition semblent néanmoins avoir été joints à la proposition n° 816 précitée.

¹⁴ Sur la réforme du 11 juillet 2018, voy., notamment, J.-P. COLLIN *et al.*, « Chapitre 6 - Responsabilité pénale des personnes morales », *Droit pénal des affaires*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 106 et s. ; M. HORSEEELE, S. VAN DYCK et V. FRANSSEN, « Requiem voor de decumulregel (oud artikel 5, lid 2 Strafwetboek) », *T. Strafr.*, 2020, p. 3 ; E. DE FORMANOIR, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public », *J.T.*, 2020, p. 760 à 764 ; A. WERDING, « La responsabilité pénale des personnes morales : au revoir décumul, bienvenue responsabilité pénale de l'État ? », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Limal, Anthemis, 2019, p. 73 à 130 ; E. DE FORMANOIR, « La nouvelle loi sur la responsabilité pénale des personnes », *Actualités en droit pénal 2019*, H. D. Bosly et Ch. De Valkeneer (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 65 à 96 ; G. LENELLE et G. PIJCKE, « La responsabilité pénale des personnes morales. Le point de vue de l'auditorat du travail », *Dr. pén. entr.*, 2019/2, p. 77 à 93 ; A. LEROY, « La réforme de la responsabilité pénale des personnes morales », *B.S.J.*, n° 637, 2019, p. 7 à 10 ; F. VERBRUGGEN et M.-J. HORSEEELE, « Zelfkastijding met een slapstick. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van politieke publiekrechtelijke rechtspersonen met eenvoudige schuldigverklaring als enige straf », *N.C.*, 2019, n° 3, p. 195 à 210 ; F. KUTY, « La réforme de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, n° 11, p. 1031 à 1052 ; P. WAETERINCKX et R. VAN HERPE, « De wettelijke regeling i.v.m. de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon ontdoet zich na 19 jaar van twee groeipijnen », *N.C.*, 2018, p. 541 à 560 ; A. LEROY, « La responsabilité pénale des personnes morales, version 2018 », *J.T.*, 2018, n° 28, p. 638 à 639 ; et M. FERNANDEZ-BERTIER et M. BONNEURE, « Le point sur quelques réformes législatives récentes : la responsabilité pénale des personnes morales, la transaction pénale, la saisie et la confiscation spéciale, et la lutte anti-blanchiment », *Dr. pén. entr.*, 2018/2, p. 156-157.

¹⁵ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), *Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre I^{er} du Code pénal*, Bruxelles, La Charte, 2016, p. 3 (article 17). Si le projet de la Commission n'a pas pu aboutir, une proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal – Livre 1 et Livre 2 a été déposée à la Chambre des Représentants (Doc., Ch., 2018-2019, n° 54-3651/001, redéposée sous Doc., Ch., 2019-2020, n° 55-0417/001). Celle-ci diffère à divers aspects du projet élaboré par la Commission de réforme. En ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales, l'article 19 de la proposition de loi se calque sur l'article 5 du Code pénal en l'état – suite donc à sa modification par la loi du 11 juillet 2018.

¹⁶ Concernant les peines applicables aux personnes morales, voy. *infra*, Chapitre V. La peine, § 2. La classification des peines, § 2. Classification tripartite des peines, B. Peines applicables aux personnes morales.

la relation entre la responsabilité de la personne morale et celle des personnes physiques pour les mêmes faits ?

A. Catégories de personnes visées

Ecartant explicitement la théorie de la fiction selon laquelle « la personne morale est purement considérée comme une collectivité de personnes physiques individuelles », la personne morale a été conçue comme « une réalité sociale qui peut commettre une faute pénale propre et doit donc aussi pouvoir être tenue responsable sur le plan pénal »¹⁷. La perspective adoptée consiste donc à « assimiler, dans la plus large mesure possible, les personnes morales aux personnes physiques »¹⁸.

Cette assimilation connaît cependant d'emblée une double limite.

1. D'une part, certaines entités se trouvent « assimilées à des personnes morales », alors qu'elles ne possèdent pas la personnalité juridique¹⁹, afin d'« éviter une discrimination » entre des entités économiques identiques, selon qu'elles auraient adopté ou non la forme de la personnalité juridique »²⁰. Ce sont les sociétés momentanées et les sociétés internes, les sociétés visées à l'article 2, § 4 du Code des sociétés, ainsi que les sociétés commerciales en formation, et les sociétés civiles qui n'ont pas pris la forme d'une société commerciale (art. 5, al. 2)^{21 22}.

2. D'autre part, certaines personnes morales de droit public (dites « politiques »²³) se trouvent, ou plutôt se trouvaient, exclues en raison du fait qu'elles disposent, au moins pour certaines d'entre elles, d'un organe directement élu selon des règles démocratiques²⁴. Ce sont l'Etat fédéral, les Régions, les Communautés, les provinces, les zones de secours, l'Agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale.

¹⁷ *Doc.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 2. Voy. également J. ROZIE, « Vrije wil en strafrecht : partners in crime? », *Schuld*, J. Verplaetse (dir.), 1ère éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, p. 114. Voy. également le commentaire de F. KUTY : « Le caractère innovant de cette législation réside dans le choix de la conception selon laquelle la personne morale est, en soi, considérée comme une réalité sociale susceptible de commettre une faute pénale propre, comme une entité responsable pénalement, comme une personne à part entière sur le plan pénal » (F. KUTY, *Principes généraux* ..., *op. cit.*, p. 88).

¹⁸ *Doc.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 1. Voy. J.-P. COLLIN *et al.*, *op. cit.*, p. 97 à 188 ; F. KUTY, *Principes généraux* ..., *op. cit.*, p. 84 à 85. Voy., également, Cass. 30 janvier 2018, *Pas*, 2018, p. 201 : « Il ressort de la genèse légale de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales dans le droit pénal belge que le législateur tendait à assimiler au mieux la personne morale à la personne physique, également au niveau de la répression. Cette assimilation ne peut toutefois jamais être parfaite, eu égard à la nature propre de la personne morale ».

¹⁹ Cette assimilation, critiquée par le Conseil d'Etat, a été justifiée par le fait qu'« au nom de l'autonomie du droit pénal, il est permis d'accorder une 'personnalité juridique pénale' à des personnes morales qui n'en disposent pas au plan civil » (*Doc.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 125).

²⁰ *Doc.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 3. Concernant la critique des assimilations retenues, voy. F. KUTY, *Principes généraux* ..., *op. cit.*, p. 96 et s. ; M. NIHOUL, « Le champ d'application », *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, sous la direction de M. NIHOUL, Bruxelles, La Charte, 2005, p. 35 et s.

²¹ Et ancien alinéa 3 de l'article 5 du Code pénal. A ce titre, la Cour constitutionnelle a jugé que l'article 5, alinéa 3, 2° du Code pénal « ne viole pas les articles 10 et 11 Const., en ce qu'il assimile les sociétés commerciales en formation à des personnes morales passibles de sanctions pénales, alors qu'il ne prévoit pas une telle assimilation pour « les personnes morales de droit civil en formation » (C.C., n° 122/2014, 19 septembre 2014).

²² Cette catégorisation de sociétés devra être modifiée par le législateur conformément aux catégories de sociétés consacrées par l'art. 1:5 du nouveau Code des Sociétés et des Associations.

²³ J.-P. COLLIN *et al.*, *op. cit.*, pp. 155-157 ; A. WERDING, *op. cit.*, p. 81 et s. ; F. KUTY, *Principes généraux* ..., *op. cit.*, p. 106 et s. ; G. LENELLE et G. PIJCKE, *op. cit.*, p. 87.

²⁴ *Doc.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 3. Voy., à cet égard, E. DE FORMANOIR, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public », *J.T.*, 2020, p. 760.

À cet égard, la Cour constitutionnelle a considéré que « la différence de traitement ainsi établie entre personnes morales selon qu'elles disposent d'un organe démocratiquement élu ou non repose sur un critère objectif » et est donc constitutionnelle :

« Le législateur a pu raisonnablement redouter, s'il rendait ces personnes morales pénalement responsables, d'étendre une responsabilité pénale collective à des situations où elle comporte plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique »²⁵.

Suite à la récente réforme du 11 juillet 2018, le régime applicable à ces personnes morales identifiées de droit public doit être différencié selon que les faits en cause ont été commis avant le 30 juillet 2018 ou à partir de cette date²⁶.

Pour les infractions commises avant le 30 juillet 2018 : en vertu de l'ancien article 5, alinéa 4 du Code pénal, ces personnes morales de droit public limitativement énumérées bénéficient d'une immunité pénale car exclues de la définition de personne morale responsable pénalement.

Pour les infractions commises à partir du 30 juillet 2018 : la loi du 11 juillet 2018 a supprimé l'immunité pénale jusqu'alors octroyée à ces entités de droit public, qui sont à présent visées au dernier alinéa de l'article 7bis du Code pénal²⁷. La suppression de l'immunité vise à « une application de la loi plus systématique, plus équitable et plus critique à l'égard du pouvoir. Cela permet de s'attaquer à la situation paradoxale dans laquelle une autorité édicte et fait respecter des règles, mais n'est par ailleurs pas elle-même responsable pénalement lorsqu'elle les transgresse »²⁸. Le législateur a toutefois considéré nécessaire de moduler la sanction pénale à l'encontre des personnes morales de droit public identifiées : « la simple levée de l'immunité et la condamnation de la commune qui s'en suit peuvent avoir des conséquences budgétaires sérieuses pour les autorités locales. Ainsi, il existe un risque d'instrumentalisation du droit pénal, qui servirait d'arme en cas de querelles d'inspiration essentiellement politique »²⁹. Par conséquent, et bien que désormais responsables pénalement, les entités de droit public énumérées à l'article 7bis, dernier alinéa du Code pénal ne peuvent se voir infliger de peine et seule une simple déclaration de culpabilité peut être prononcée à leur égard³⁰. Cette solution, qui vise à ne pas diminuer les moyens publics à disposition des entités publiques visées, facilite néanmoins la réparation des victimes sur le plan civil dès lors que la simple déclaration de culpabilité implique la reconnaissance d'une faute dans le chef de la personne morale concernée.

Le projet de Code pénal, actuellement débattu à la Chambre des représentants, se calque logiquement sur le régime introduit par la loi du 11 juillet 2018³¹.

²⁵ C.A., n° 128/2000, 10 juillet 2002, *Rev. dr. pén.*, 2003, p. 887 et *J.L.M.B.*, 2003, p. 54 ; C.A. n° 8/ 2005, 12 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 595, obs. Nihoul ; C.A. n° 31/2007, 21 février 2007, *T. Strafr.*, 2007, p. 181, obs. P. DE HERT et J. MILLEN, « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van publieke rechtspersonen ». Voy., aussi, E. DE FORMANOIR, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit publi », *op. cit.*, p. 760.

²⁶ Voy., *supra*, Syllabus (Partie I), Section 5. Le champ d'application du droit pénal, §1. L'application de la loi pénale dans le temps

²⁷ Sur cette suppression en particulier, voy., notamment, F. VERBRUGGEN et M-J. HORSELEE, « Zelfkastijding met een slapstick ... », *op. cit.*

²⁸ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 0816/003, p. 18

²⁹ *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 0816/003, p. 20.

³⁰ Voy. E. DE FORMANOIR, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit publi », *op. cit.*, p. 763.

³¹ *Doc.*, Ch., 2019-2020, n° 55-0417/001, p. 842 (art. 19). Par opposition, le projet de Code pénal initialement proposé par la Commission de réforme du droit pénal maintenait le régime d'exonération (et donc d'immunité pénale) applicable avant la réforme de 2018 : J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal.* ..., *op. cit.*, p. 3 (article 17).

B. Comportements donnant lieu à la responsabilité

« Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte » (art. 5, al. 1^{er} du Code pénal).

À la différence de certaines législations étrangères qui précisent que la responsabilité n'existe que dans des cas particuliers, la loi belge vise « tout type d'infraction »³² commise par la personne morale qu'il s'agisse d'une infraction se trouvant dans le Code pénal ou dans une loi particulière, par application de l'article 100 du Code pénal.

« L'article 5 du Code pénal a instauré une responsabilité pénale propre des personnes morales, autonome et distincte de celle des personnes physiques qui ont agi pour la personne morale ou qui ont omis de le faire, de sorte que la personne morale peut être déclarée pénalement responsable de toutes les infractions puisque les infractions imputées à une personne morale sont *in concreto* réalisées par des personnes physiques »³³.

La personne morale ne peut cependant être pénalement responsable que des infractions qui sont « intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte » (art. 5, al. 1^{er} du Code pénal)³⁴. Se trouvent dès lors exclus les « faits commis par des personnes ayant un lien avec elle (employés, administrateurs...), quand celles-ci n'auraient fait que profiter du cadre juridique ou matériel de la personne morale pour commettre des infractions dans leur intérêt ou pour leur compte »³⁵.

« Lorsque des faits infractionnels ont été commis pour servir l'intérêt individuel et pour le compte d'une personne occupant une position dominante au sein d'une personne morale, seule la responsabilité de la personne physique par qui la personne morale a agi peut être engagée »³⁶.

La Cour de cassation a néanmoins précisé que « ce lien intrinsèque ne requiert pas que l'objet social de la personne morale vise des infractions, mais uniquement que les infractions doivent avoir été commises afin de réaliser son objet social »³⁷.

³² Doc., Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 3. En assimilant ainsi complètement la personne morale à la personne physique, en ce qui concerne les infractions retenues, on a pu se demander, d'une part, si le législateur ne s'était pas trompé de cible en ne se concentrant pas sur la lutte contre la criminalité organisée et, d'autre part, si les difficultés liées à l'imputabilité morale d'une infraction à la personne morale en l'absence de toute décision de ses organes, ne risquait pas d'aboutir, au moins dans certains cas, à la consécration d'une véritable responsabilité objective (M. NIHOUL, « Le champ d'application », *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, M. Nihoul (dir.), Bruxelles, La Charte, 2005, p. 47 et s.). Voy. également Cass., 14 novembre 2007, qui précise que l'article 5 du Code pénal est « applicable en règle à toutes les infractions ».

³³ Cass., 13 mai 2014, *Pas.*, 2014, p. 1153. Voy., aussi, Cass., 14 novembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2180 (« Disposition applicable en règle à toutes les infractions, l'article 5 précité instaure une responsabilité propre des personnes morales, autonome et distincte de celle des personnes physiques qui ont agi pour la personne morale ou qui ont omis de le faire ») ; Cass., 20 décembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2576.

³⁴ Voy. Cass., 23 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 179 qui a précisé que « si ces critères sont alternatifs, cette disposition permet au juge d'imputer également l'infraction à la personne morale lorsqu'il constate la réunion de plusieurs d'entre eux ». Voy. aussi Cass., 1 novembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2025.

³⁵ Doc., Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 8.

³⁶ Corr. Liège, 26 septembre 2003, J.L.M.B., 2004, p. 1375. Voy., en ce sens, F. KUTY, *Principes généraux ...*, op. cit., p. 106.

³⁷ Cass., 9 novembre 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 789. Voy., aussi, Cass., 6 mai 2015, *Pas.*, 2015, p. 1113.

In concreto, une personne morale peut donc être reconnue coupable tant de blanchiment d'argent, d'escroquerie, d'infraction aux normes environnementales, de violation à la législation sur le bien-être au travail que d'empoisonnement ou homicide (in)volontaire, pour autant que telle infraction soit intrinsèquement liée aux activités de la personne morale. *A contrario*, l'employé qui aurait utilisé et détourné la personne morale pour commettre un faux en écritures et un usage de faux, pour son avantage exclusif, n'engage pas la responsabilité de la personne morale.

C. Personnes physiques par lesquelles la responsabilité peut être engagée

À la différence, une fois encore, de certaines législations étrangères, le législateur belge a, et cela contrairement à l'avis du Conseil d'Etat³⁸, estimé ne pas devoir préciser les personnes physiques ou les organes par lesquels la responsabilité pénale de la personne morale pourrait être engagée³⁹. Comme l'a souligné le Conseil d'Etat, cela laisse à penser que l'intention est « d'étendre aussi loin que possible le cercle des personnes physiques dont l'activité peut être imputée à la personne morale » : organes, représentants, mandataires, préposés, et même tiers, du moment que l'infraction ait été commise en vue de promouvoir l'intérêt de la personne morale ou pour son compte⁴⁰.

La volonté du législateur d'établir un champ d'application large des personnes physiques concernées est illustrée dans un arrêt récent de la Cour de cassation. En l'espèce, le jugement attaqué considérait qu'un chauffeur de camion, n'étant pas une personne habilitée à représenter la société, ne pouvait engager la responsabilité de cette dernière.

« [...] l'article 5, alinéa 2, du Code pénal n'impose aucune condition quant à la qualité ou au pouvoir de représentation dont devrait être investie la personne ayant physiquement commis l'infraction ; par conséquent, le jugement attaqué ajoute à la disposition précitée une condition qu'elle ne comporte pas. »⁴¹.

D. Le concours des responsabilités des personnes morale et physique

Toute infraction commise par une personne morale est, dans la réalité, commise par une ou plusieurs personnes physiques.

« Les infractions imputées à une personne morale sont *in concreto* réalisées par des personnes physiques »⁴².

³⁸ Doc., Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 119 : « La personne morale serait ainsi mise hors d'état d'apprécier à tout moment quelles sont exactement les personnes physiques par les actes desquelles elle pourrait se trouver engagée pénalement... Une telle imprécision... ne peut être admise ».

³⁹ Doc., Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 4.

⁴⁰ Doc., Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 119. Il n'en a pas moins été rappelé que la personne morale ne peut être tenue pénalement responsable que pour les comportements qui lui sont imputables et qu'il faut donc démontrer que l'élément matériel et l'élément moral sont réunis dans son chef et peuvent lui être imputés. En ce sens, entre autres : D. VAN GERVEN, « § 19. - Strafrechtelijke verantwoordelijkheid », *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, p. 958, et décisions citées (notamment Cass., 9 septembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 1782 ; Cass., 30 avril 2013, *R.W.* 2014-15, p. 1663 ; Cass., 23 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2034 ; Cass., 12 juin 2007, *Pas.*, 2007, p. 1200 ; Anvers, 21 octobre 2004, *R.W.*, 2004-2005, p. 1556).

⁴¹ Cass., 21 mai 2019, *Pas.*, 2019, p. 1119.

⁴² Cass., 13 mai 2014, *Pas.*, 2014, p. 1153. Voy. aussi Cass., 26 septembre 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1084 ; Cass., 20 décembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2576.

Tout l'enjeu de la responsabilité pénale des personnes morales est d'imputer à ces dernières la responsabilité pénale de l'infraction même si la réalisation de l'élément matériel incombe à la personne physique.

Lorsqu'une personne physique peut être identifiée comme auteur de l'infraction, se pose néanmoins la question de la relation entre la responsabilité pénale de la personne morale et celle de la personne physique pour le même fait.

A priori, trois approches sont concevables. La première, confortée par l'application pure et simple des règles relatives à la participation criminelle, autorise le cumul illimité des responsabilités. La seconde, au contraire, exclut radicalement le cumul et oblige à opter pour la responsabilité pénale soit de la personne physique identifiée, soit de la personne morale. La troisième privilégie une position intermédiaire en faisant un usage mixte des deux précédentes approches (cumul et décumul).

Suite à la récente réforme du 11 juillet 2018, le régime applicable doit être différencié selon que les faits en cause ont été commis avant le 30 juillet 2018 ou à partir de cette date.

1. Pour les infractions commises avant le 30 juillet 2018

La loi du 4 mai 1999 a adopté une position dualiste en consacrant tant le principe du « cumul » (facultatif ?) des responsabilités que celui du « décumul » (exclusion du cumul) obligatoire des responsabilités selon que l'infraction concernée a été commise « sciemment et volontairement » ou non⁴³.

« Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle *peut* être condamnée en même temps que la personne morale responsable » (ancien art. 5, al. 2, du Code pénal).

Le décumul obligatoire des responsabilités en cas d'infraction non-intentionnelle

L'application du principe de décumul des responsabilités a pour conséquence que seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Ce régime d'exclusion du cumul crée ainsi une cause d'excuse absolutoire au profit de la personne qui a commis la faute la moins grave pour autant, toutefois, qu'il s'agisse d'une infraction commise par imprudence ou négligence, à condition donc que l'auteur n'ait pas agi sciemment et volontairement.

« L'article 5, alinéa 2, du Code pénal, qui régit les cas où la responsabilité d'une personne physique et celle d'une personne morale sont engagées en raison d'une même infraction, crée une cause d'excuse absolutoire au profit de la personne ayant commis la faute la moins grave ; le bénéfice de cette excuse est reconnu à l'auteur de l'infraction commise par imprudence ou négligence, et non à celui qui a agi sciemment et volontairement »⁴⁴.

⁴³ A cet égard, voy., notamment, J.-P. COLLIN *et al.*, *op. cit.*, p. 126 à 141 ; H.-D. BOSLY, « La responsabilité des dirigeants d'entreprise et la responsabilité pénale des personnes morales », *La responsabilité des dirigeants des personnes morales*, Y. De Cordt et D. Philippe (dir.), Bruxelles, La Charte, 2007, p. 237 et s.

⁴⁴ Cass., 10 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 413. Voy. aussi Cass., 6 mai 2015, *Pas.*, 2015, p. 1113..

Rappelons que la cause d'excuse absolutoire « ne supprime ni la responsabilité pénale de l'agent, ni l'illégalité de son comportement qui demeure incriminé par la loi pénale. Elle n'emporte ni l'irrecevabilité, ni l'extinction de l'action publique qui est au contraire déclarée recevable et fondée »⁴⁵. En effet, celle-ci aura « pour seul effet de faire échapper son bénéficiaire à une condamnation à une peine »⁴⁶. Par conséquent, elle n'absout pas l'auteur de la faute la plus légère de sa responsabilité civile : la cause d'excuse « n'a pas d'incidence sur le fondement de l'action civile exercée contre lui, puisque toute faute, si légère soit-elle, oblige celui qui l'a commise à réparer le dommage qui en est résulté »⁴⁷. Il a ainsi été jugé que, nonobstant la cause d'excuse absolutoire dont bénéficie la personne ayant commis la faute la moins grave, le tribunal peut condamner toutes les personnes responsables, y compris cette dernière⁴⁸.

La détermination de la faute la plus grave est laissée à l'appréciation du juge qui peut tenir compte de la part respective de responsabilité incombant à la personne physique et à la personne morale dans la réalisation de l'infraction⁴⁹.

« Il ne peut être fait grief à un texte de portée générale de ne pas donner une définition précise de la gravité... Le juge devra appliquer cette gravité non pas en fonction de conceptions subjectives qui rendraient imprévisible l'application de la disposition en cause, mais en prenant pour critère les éléments constitutifs de chaque infraction, en tenant compte des circonstances propres à chaque affaire et en appréciant dans chaque cas le degré d'autonomie dont dispose la personne physique à l'égard de la personne morale »⁵⁰.

Il semble donc que ce degré de gravité doive s'apprécier en fonction d'un critère causal, et non pas moral⁵¹.

« La faute la plus grave, commise par la personne morale, consiste dans le fait que les différents agents de la S.N.C.B., du fait de carences organisationnelles, n'ont pas eu une formation adéquate » (Accident ferroviaire de Pécrot)⁵².

« Les éléments du dossier confirment que c'est la personne morale qui s'est soustraite à ses obligations et qui a commis la faute la plus grave dans la mesure où Monsieur (...) ne disposait pas à lui seul du pouvoir d'organisation, de contrôle et de surveillance des activités liées à la réalisation de l'objet social de l'être moral, comme en témoignent notamment l'élaboration des plans de sécurité et règlement d'ordre intérieur de l'établissement. Il y a donc lieu de faire bénéficier

⁴⁵ Corr. Liège (div. Liège), 26 octobre 2020, *J.J.Pol.-T.Pol.*, 2020/4, p. 187. Ainsi, comme le relève F. KUTY : « Il s'agissait en réalité davantage d'un mécanisme d'exclusion de la répression que d'un mécanisme de décumul des responsabilités pénales puisque les responsabilités étaient constatées mais qu'il arrivait qu'aucune peine ne puisse être prononcée à l'encontre de l'une ou de l'autre. » (F. KUTY, *Principes généraux* ..., *op. cit.*, p. 145).

⁴⁶ Cass., 29 juin 2016, R.G. n° P. 16.0501.F., disponible sur www.cass.be.

⁴⁷ Cass., 22 octobre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2313 ; Bruxelles, 1 février 2013, *Dr. pén. entr.*, 2014, p. 135, obs. J. Castiaux.

⁴⁸ Corr. Liège, 26 octobre 2020, *J.J.Pol.-T.Pol.*, 2020/4, p. 187. Dans cette décision, le prévenu, bien que bénéficiant d'une cause d'excuse absolutoire, est sommé de contribuer aux frais de l'action publique solidairement avec la société dont la seule responsabilité pénale est retenue. Voy., également, Corr. Liège, 28 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1331 et *T. Strafr.*, 2004, p. 189, note S. Van Dyck et J. Vananroye.

⁴⁹ *Doc.*, Chambre, 1998-1999, n° 2093/5, p. 15.

⁵⁰ C.A., n° 128/2002, 10 juillet 2002.

⁵¹ Cass., 22 octobre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2317 ; A. MISONNE, « Le concours de responsabilités », *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, M. Nihoul (dir.), Bruxelles, La Charte, p. 119 et s.

⁵² Pol. Nivelles, 15 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1407.

le prévenu (...) de la cause d'excuse absolutoire de l'article 5 alinéa 2 du Code pénal » (Noyade d'un enfant dans une piscine communale)⁵³.

« La responsabilité pénale de la société Cockerill-Sambre ne peut être retenue en raison du seul constat qu'elle poursuit des objectifs de rentabilité, alors que des personnes physiques identifiables ont commis des fautes accumulées consistant à négliger les consignes de sécurité » (Explosion à Cockerill-Sambre)⁵⁴.

« Le machiniste est le dernier maillon de la chaîne et ne doit pas endosser seul toute la responsabilité dans la survenance de ce terrible accident. Le nombre de franchissement de feux rouges est en hausse et 52 pourcents sont dus à une faute de distraction. Face à ce constat, tant la S.N.C.B. qu'Infrabel devaient réagir et renforcer les mesures de sécurité » (Accident ferroviaire de Buizingen)⁵⁵.

« Lorsqu'une personne morale exerçant la profession d'architecte est chargée de surveiller des travaux réalisés en exécution d'un permis auquel sont annexés des plans qu'[elle] a elle-même établis et qu'il apparaît que les travaux réalisés ne sont pas conformes à ce permis, l'autorité peut considérer que c'est bien cette personne morale qui a commis la faute la plus grave au sens de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal et non son gérant. » (Non-respect d'un permis d'urbanisme par un bureau d'architecture)⁵⁶.

« En l'espèce, la faute la plus grave est celle de la personne morale qui avait l'obligation de prendre toutes les mesures utiles afin de mettre ses chauffeurs en mesure de fournir la preuve de la réalisation effective du contrôle technique. En s'en abstenant de le faire, elle a commis une faute plus grave que celle de son chauffeur. » (Non-détention par un employé d'une société de transports de documents requis lors d'un contrôle)⁵⁷.

« Dans la mesure où le directeur général, le médecin en chef et l'anesthésiste traitant concernés n'ont nullement commis ces faits sciemment et volontairement, il convient, sur la base de l'ancien article 5, deuxième alinéa, du Code pénal – qui était d'application au moment des faits – de vérifier qui a commis la faute la plus grave, ce qui est une considération délicate et extrêmement difficile. Le tribunal estime que l'hôpital a commis la faute la plus grave. L'absence de toute politique opérationnelle, sous la forme de directives, procédures et listes de vérification écrites, a incontestablement causé le décès. Le tribunal correctionnel estime qu'il est incompréhensible que l'hôpital se soit montré si laxiste dans l'installation des gaz médicaux et dans la mise en service d'un nouveau bloc opératoire où des vies humaines doivent être sauvées et où il faut pouvoir compter sur la perfection en matière d'équipement médical. Selon le tribunal, la planification d'opérations sans concertation préalable approfondie avec toutes les instances concernées, sans la présence de toutes les attestations de contrôle nécessaires et sans le test correct des appareils d'anesthésie défie vraiment toute imagination » (Homicide

⁵³ Mons, 5 novembre 2015, *Rev. dr. pén.*, 2016, n° 7-8, p. 845.

⁵⁴ Corr. Liège, 20 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1392.

⁵⁵ Pol. Bruxelles fr., 3 décembre 2019, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15653. Pour une analyse plus détaillée, voy. F. KUTY *et al.*, « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 2020, p. 541.

⁵⁶ C.E., 6 novembre 2019, n°245.997.

⁵⁷ Corr. Liège, 26 octobre 2020, *J.J. Pol.-T. Pol.*, 2020/4, p. 181.

involontaire lors d'une opération, suite à la permutation de l'oxygène gazeux et du gaz hilarant)⁵⁸.

Le but poursuivi par le principe semble être de « protéger les travailleurs »⁵⁹ et d'éviter que la responsabilité de la personne physique soit systématiquement retenue, en même temps que celle de la personne morale.

Le décumul de responsabilité exige néanmoins la réunion de trois conditions qui peuvent susciter des interprétations divergentes ou des difficultés d'application.

1. Premièrement, la personne physique doit être identifiée. Cette condition implique une éventuelle dénonciation de la personne morale. À défaut d'identification de la personne physique, seule la personne morale sera condamnée.

Ainsi, face à l'invocation du bénéfice d'une cause d'excuse absolutoire par une société, la Cour de cassation raisonne comme suit :

« L'application de la cause d'excuse absolutoire prévue par cette disposition requiert que la personne physique responsable ait été identifiée. Dans ses conclusions, la demanderesse a soutenu avoir commis une faute moins grave que la personne physique. Il n'apparaît toutefois ni de ces conclusions ni des pièces de la procédure auxquelles la Cour peut avoir égard, que la personne physique susceptible d'être mise en cause, ait été identifiée avec la précision requise. Dès lors, après avoir constaté que l'infraction était intrinsèquement liée à la réalisation de l'objet de la demanderesse ou à la défense de ses intérêts, ou était de celles dont les faits concrets démontrent qu'elle a été commise pour son compte, le tribunal a légalement justifié sa décision [de condamner uniquement la personne morale]. »⁶⁰.

2. Deuxièmement, la responsabilité de la personne morale doit être « engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique ». Si l'on respecte strictement le texte, il semble dès lors que « seuls les cas où les actes des personnes physique et morale se superposent parfaitement sont visés »⁶¹, ce qui exclurait à la fois le cas où l'infraction provient de l'intervention de plusieurs personnes physiques et celui où l'infraction provient à la fois d'une personne physique identifiée et d'une organisation déficiente de la personne morale elle-même⁶².

Cette interprétation qui paraît injuste⁶³ et risquerait de rendre les cas d'application du décumul plutôt exceptionnels⁶⁴, contrairement à l'objectif poursuivi, ne semble pas se rencontrer dans la pratique.

⁵⁸ F. KUTY *et al.*, « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 2021, p. 442 à 444, rapportant la décision de Corr. Flandre occidentale (div. Bruges), 3 décembre 2018, *Rev. dr. santé.*, 2020-2021, p. 78.

⁵⁹ *Doc.*, Ch., 1998-1999, n° 2093/5, p. 25.

⁶⁰ Cass., 1 novembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 202 et commentaires de E.-R. FRANCE, « Chronique de jurisprudence, droit pénal des affaires (2014-2015) », *R.D.C.*, 2017/3, p. 271.

⁶¹ Ph. HAMER et J. ROMANIELLO, *La responsabilité pénale des personnes morales*. Loi du 4 mai 1999, Diegem, Kluwer, 1999, p. 24.

⁶² Ph. HAMER et J. ROMANIELLO, *ibidem*, p. 24.

⁶³ En ce sens, voy. J.-P. COLLIN *et al.*, *op. cit.*, p. 128 ; Fr. ROGGEN, « Participation et imputabilité : l'application de ces principes à l'épreuve de la responsabilité pénale des personnes morales », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, P. Mandoux et O. Klees (dir.), Bruxelles, Editions du Jeune barreau de Bruxelles, 2001, p. 18.

⁶⁴ Fr. ROGGEN, *ibidem*, p. 23. En ce sens, cf. Notamment Gand, 17 octobre 2002, *T. Strafr.*, 2005, p. 445.

D'une part, « l'analyse de la jurisprudence indique que les parquets poursuivent généralement une ou plusieurs personnes physiques aux côtés de la personne morale »⁶⁵. La Cour de cassation a également précisé à ce titre que l'ancien article 5, alinéa 2 ne s'applique que si la responsabilité de la personne physique et celle de la personne morale sont engagées en raison d'une même infraction⁶⁶. Cela implique que « la faute commise par une personne morale coïncide avec celle de la personne physique ou que ces fautes soient étroitement liées »⁶⁷ et que le juge constate la faute dans le chef des deux personnes⁶⁸.

« La constatation du juge que la personne physique a commis une faute sciemment et volontairement ne suffit pas. Il doit constater également la faute dans le chef de la personne morale »⁶⁹.

D'autre part, le caractère déficient de l'organisation d'une personne morale est retenu de façon récurrente par les juridictions pénales comme fondant sa responsabilité pénale dans le cadre d'infractions non-intentionnelles⁷⁰.

En revanche, il ne semble pas requis que les deux personnes (personne physique et personne morale) fassent l'objet de poursuites l'une et l'autre⁷¹.

3. Troisièmement, comme nous l'avons vu, pour bénéficier du décumul, l'infraction ne doit pas avoir été commise « sciemment et volontairement » par la personne physique identifiée, auquel cas l'exception du cumul trouverait à s'appliquer. L'exemption de peine ne s'applique ainsi que « pour autant, toutefois, qu'il s'agisse soit d'une infraction commise par imprudence ou négligence, soit d'une infraction réglementaire »⁷².

Le cumul (facultatif ?) des responsabilités en cas d'infraction intentionnelle

Selon l'ancien art. 5, alinéa 2, *in fine* du Code pénal, lorsque « la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable », sans que le juge ne doive apprécier la gravité de la faute de chacune d'elles⁷³.

⁶⁵ Doc., Ch., n° 54-0816/003, p. 11 et 12. J.-P. COLLIN *et al.*, *op. cit.*, p. 128, et décisions citées : Corr. Liège, 20 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1392 ; Corr. Liège, 28 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1331.

⁶⁶ Cass., 3 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 363 ; Cass. 8 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2283 ; Cass., 10 mars 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 940, note F. Kefer ; F. KUTY, *Principes généraux ...*, *op. cit.*, p. 147 ; Fr. LUGENTZ et O. KLEES, « Le point sur la responsabilité des personnes morales », *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, p. 202.

⁶⁷ Cass., 25 mai 2016, *A.C.*, 2016/5, p. 1193 : « Le cumul facultatif de responsabilité pénale en faveur des personnes physiques qui est visé à l'article 5, alinéa 2 C. pén., suppose toutefois que la faute de la personne morale coïncide avec celle des personnes physiques ou que leurs fautes respectives soient étroitement liées ».

⁶⁸ J. ROZIE, « 4 – Vrije wil en strafrecht: partners in crime? », *Schuld, op. Cit.*, p. 115. Cass., 12 juin 2007, *A.C.*, 2007/6, p. 1325 ; Cass., 23 septembre 2008, *A.C.*, 2008/9, p. 2045.

⁶⁹ Cass., 30 avril 2013. Concernant les difficultés relatives à l'établissement de cette faute, voy., notamment, F. KUTY, *Principes généraux ...*, *op. cit.*, pp. 139 et s. ; V. FRANSSSEN et R. VERSTRAETEN, « La volonté et la faute de la personne morale. Rappel des principes généraux et évaluation critique de dix années de jurisprudence », *J.T.*, 2010, p. 65 et s.

⁷⁰ Doc., Sénat, 1998-1999, n° 1217/1, p. 5. Voy., par exemple, D. VAN GERVEN, « § 19. - Strafrechtelijke verantwoordelijkheid », *op. cit.*, p. 961 ; F. KUTY, *Principes généraux ...*, *op. cit.*, p. 143 ; V. FRANSSSEN et R. VERSTRAETEN, *op. cit.* Voy., également, les décisions récentes : Cass., 26 septembre 2017, *Pas.*, 2017, n°498 ; Mons, 12 décembre 2018, *Dr. pén. entr.*, 2019/3, p. 236.

⁷¹ Cass., 9 novembre 2004 ; Cass., 22 juin 2011, *N.C.*, 2011, p. 381, note V. Franssen *et al.* Voy., également, Pol. Charleroi, 18 décembre 2008, *J.J.P.*, 2009, p. 152. *A fortiori*, la Cour de cassation a pu décider que la seule circonstance que deux des trois gérants d'une personne morale ne soient pas également poursuivis n'exclut pas que la personne morale puisse être déclarée pénalement responsable (Cass., 19 février 2013, *Pas.*, 2013, p. 453).

⁷² Cass., 6 mai 2015, *Pas.*, 2015, p. 1114. Voy., aussi, Cass., 30 octobre 2000, *Pas.*, I, p. 511 ; Cass., 8 novembre 2006, *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, p. 273 ; Cass., 14 février 2007, *A.C.*, 2007/2, p. 371.

⁷³ Cass., 13 mars 2018, *Pas.*, 2018, p. 590 ; Cass., 12 septembre 2006, *A.C.*, 2006/9, p. 1698 ; Cass., 23 septembre 2008, *A.C.*, 2008/9, p. 2045 ; Mons, 12 décembre 2018, *Dr. pén. entr.*, 2019/3, p. 236

« (...) il résulte de cette disposition que si la personne physique a commis la faute sciemment et volontairement au sens de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal, la cause d'excuse absolutoire qui y est prévue ne saurait s'appliquer, ce qui exclut la problématique de la faute la plus grave »⁷⁴.

L'objectif poursuivi par cette règle vise à « éviter que le décumul de principe débouche sur un système de déresponsabilisation des personnes physiques »⁷⁵.

La section francophone de la Cour de cassation a estimé à ce titre que le cumul des responsabilités reste néanmoins *facultatif*⁷⁶ :

« Si l'infraction est volontaire, la personne physique peut mais ne doit pas être condamnée en même temps que la personne morale »⁷⁷. C'est donc au juge qu'il revient de décider, au cas par cas, de condamner ou non conjointement les personnes physiques et morale identifiées.

Un arrêt récent de section néerlandophone de la même Cour abonde cependant en sens contraire, et soutient le caractère *obligatoire* dudit cumul :

« Il résulte de la genèse légale et de l'objectif de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal que, si le juge constate, dans son appréciation de la cause exclusive de peine insérée par cette disposition, que la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, il est tenu de condamner tant la personne morale que cette personne physique. Cette disposition ne permet pas qu'en pareille occurrence, le juge apprécie librement s'il va condamner tant la personne morale que la personne physique ou seulement l'une d'elles ou subordonne cette appréciation à sa propre appréciation des fautes commises respectivement par la personne morale et par la personne physique »⁷⁸.

L'on peut s'étonner de ce dernier arrêt et de la dissonance entre les deux sections de la Cour, le libellé même du texte légal plaçant pour un cumul *facultatif* des responsabilités (qui « peut » être prononcé).

L'expression « sciemment et volontairement » a également suscité des difficultés d'interprétation qui rejoignent celles liées à la définition de l'élément moral de l'infraction⁷⁹.

Selon la jurisprudence dominante, l'expression renvoie à l'intention concrète du résultat et s'applique tant aux infractions intentionnelles que non-intentionnelles⁸⁰. Cette position est synthétisée par la décision suivante :

⁷⁴ Cass., 6 février 2018, *Rapport annuel 2018 – Quelques arrêts importants*, 2018, p. 56. Voy., également, Cass., 2 février 2016, R.G. n° P.14.0992.N. ; Cass., 8 avril 2014, *Pas.*, 2014, p. 933. L'exemption de peine ne s'appliquerait que « pour autant que l'infraction commise par la personne physique l'ait été par négligence » (Cass., 30 octobre 2000, *Pas.*, I, p. 511 ; Cass., 8 novembre 2006, *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, p. 273 ; Cass., 14 février 2007, *A.C.*, 2007/2, p. 371.).

⁷⁵ *Doc. parl.*, Ch., 1998-1999, n° 2093/5, p. 15.

⁷⁶ Cass., 25 mai 2016, *A.C.*, 2016/5, p. 1193.

⁷⁷ Cass., 6 mai 2015, *Pas.*, 2015, p. 1113.

⁷⁸ Cass. 13 mars 2018, *Dr. pén. entr.*, 2020/1, p. 25.

⁷⁹ Voy. *supra*, Chapitre III. L'infraction, Section 3. Les conditions d'existence de l'infraction, § 3. L'élément moral, B. L'état d'esprit, 1. Le dol.

⁸⁰ Cass., 2 février 2016, R.G. n° P.14.0992.N. ; Cass., 4 mars 2003, *R.W.*, 2003-2004, p. 1022 et *Pas.*, 2004, n° 149, concl. Av. gén. M. De Swaef : « cette disposition s'applique tant aux délits intentionnels qu'aux délits commis par défaut de prévoyance ou de précaution » ; Cass., 7 septembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 387 ; Cass. 8 novembre 2006, *Rev. dr. pén.*, 2007, p. 273, concl. Av. gén. D. Vandermeersch : « le juge doit avoir égard à l'état d'esprit concret de celle-ci [la personne physique] au moment où elle pose l'acte qui

« La question de savoir si l'infraction a été commise sciemment et volontairement se pose tant pour les infractions intentionnelles que pour les infractions par défaut de prévoyance ou de précaution, la Cour de cassation ayant rappelé que « commettre une infraction sciemment et volontairement » signifie agir « consciemment et en dehors de toute contrainte ». Autrement dit, une infraction par négligence ou défaut de précaution peut être commise de manière tout à fait consciente et volontaire, auquel cas le cumul des responsabilités est possible. Dans cet ordre d'idées, afin de déterminer si une personne a agi sciemment et volontairement, le juge doit avoir égard à l'état d'esprit concret de la personne au moment où elle pose l'acte litigieux. »⁸¹.

Cet extrait nous permet de dégager deux observations clefs concernant l'expression « sciemment et volontairement ».

Tout d'abord, il suffit d'identifier que l'auteur agit dans un état d'esprit en connaissance de cause et sans contrainte. Ainsi, il n'est pas nécessaire que celui-ci agisse de mauvaise foi ou frauduleusement⁸².

Ensuite, une infraction non-intentionnelle peut aussi emporter le cumul des responsabilités de la personne physique et morale. Ainsi, la Cour de cassation a confirmé la décision en appel condamnant d'abstention coupable⁸³ le gérant d'une société qui estimait que son infraction constituait une négligence et estimait ainsi pouvoir bénéficier d'une cause d'excuse absolutoire :

« Le tribunal correctionnel a condamné le prévenu, gérant unique d'une société privée à responsabilité limitée unipersonnelle, du chef d'infraction à l'article 67ter de la loi du 16 mars 1968, pour avoir omis de remplir le formulaire de réponse et de le renvoyer. (...) Il résulte de cette disposition [ancien article 5, al. 2] que si la personne physique a commis la faute sciemment et volontairement la cause d'excuse absolutoire qui y est prévue ne saurait s'appliquer (...). En l'espèce, les juges d'appel ont considéré souverainement que la personne physique avait agi sciemment et volontairement. »⁸⁴.

engage sa responsabilité et non à la qualification légale du fait » ; Cass., 14 février 2007, *A.C.*, 2007/2, p. 371 ; Mons, 12 décembre 2018, *Dr. pén. entr.*, 2019/3, p. 236 ; Gand, 7 septembre 2017, *R.A.G.B.*, 2019, p. 215 ; Mons, 3 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 45 ; Gand, 17 octobre 2003, *T.M.R.*, 2004, p. 202.

⁸¹ Mons, 12 décembre 2018, *Dr. pén. entr.*, 2019/3, pp. 235-236, renvoyant à Cass., 4 février 2014, *Pas.*, 2014, p. 359.

⁸² Cass., 2 février 2016, R.G. n° P.14.0992.N., disponible sur www.cass.be. Imaginons, par exemple, le cas d'un chauffeur-livreur qui, en retard, commet un excès de vitesse lors d'une livraison pour sa société. En dépassant la limite de vitesse à cause de son retard, le chauffeur était conscient et a agi sans contrainte. Il n'est pas nécessaire qu'une volonté frauduleuse ait sous-tendu sa démarche pour qu'on considère qu'il ait agi sciemment et volontairement et, de ce fait, pour voir sa responsabilité pénale cumulativement engagée à celle de la société (exemple emprunté à F. KUTY, *Principes généraux* ..., *op. cit.*, p. 151).

⁸³ Cependant, la détermination d'une abstention coupable doit être suffisamment fondée, et ce, tel pour l'imputabilité morale, sur des éléments de fait (J. ROZIE, « 4 - Vrije wil en strafrecht : partners in crime ? », *op. cit.*, p. 115). Ainsi, dans une situation au cheminement opposé, la Cour a jugé l'argumentaire développé en appel insuffisant : « De la seule circonstance qu'aucune réaction n'a été enregistrée de la part du demandeur 2, en sa qualité de personne physique-gérant de la demanderesse 1, qui est une personne morale, les juges d'appel ne peuvent déduire que ce même demandeur 2 a agi délibérément et, par conséquent, sciemment et volontairement au sens de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal. Le jugement attaqué qui statue différemment, ne justifie pas légalement la décision quant à la non-application de la cause d'excuse absolutoire. » (Cass., 26 septembre 2017, *Pas.*, 2017, n°498). Voy. commentaire F. KUTY *et al.*, « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 2020, p. 11.

⁸⁴ Cass., 6 février 2018, *Rapport annuel 2018 – Quelques arrêts importants*, 2018, p. 55. Voy., également, Gand, 7 septembre 2017, *R.A.G.B.*, 2019, p. 215 commenté dans F. KUTY *et al.*, « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 2020, p. 11. Dans cet arrêt, la Cour a considéré que, sur base d'une série d'éléments de fait, le défaut de déclaration de l'occupation d'un travailleur résultait d'une abstention consciente, excluant, de ce fait, le mécanisme de cause d'excuse absolutoire.

L'identification de l'élément moral dans le chef de la personne morale n'est donc pas chose aisée. Le juge l'appréciera en général sur la base de critères que sont, (i) dans l'hypothèse d'une infraction non-intentionnelle : l'organisation interne déficiente, le manque de formation du personnel, les restrictions budgétaires déraisonnables et/ou le caractère répétitif des infractions ; (ii) dans l'hypothèse d'une infraction intentionnelle : la décision de l'organe de l'entreprise ou des instances dirigeantes de commettre ou de laisser commettre une infraction, le consentement tacite certain de l'entreprise et culture de l'entreprise, l'absence d'opposition des organes en connaissance de cause, et/ou le caractère répétitif des infractions commises⁸⁵.

2. Pour les infractions commises à partir du 30 juillet 2018

De nombreuses critiques ont été émises à l'encontre du système de concours de responsabilités, jugé trop complexe et ambigu⁸⁶ de sorte que l'ancien article 5, alinéa 2 du Code pénal a été purement et simplement abrogé et la règle du décumul des responsabilités définitivement supprimée par la loi du 11 juillet 2018.

En vertu du nouvel alinéa 3 de l'article 5 du Code pénal :

« La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs des mêmes faits ou y ayant participé ».

Par conséquent, pour les infractions commises à partir du 30 juillet 2018, un régime unique de cumul des responsabilités pour toutes les infractions prévaut, comme c'est le cas en France et dans d'autres Etats. La loi semble ainsi s'en remettre à la libre appréciation du juge pour décider s'il y a lieu ou non de cumuler la responsabilité de la personne morale avec celle de la personne physique⁸⁷, et cela au regard des règles classiques d'imputabilité⁸⁸. Certains considèrent dès lors que l'article 5 du Code pénal prévoit désormais un « cumul obligatoire » de responsabilité entre la personne morale et la personne physique⁸⁹.

S'inspirant de l'évolution législative découlant de la loi du 11 juillet 2018, le projet de réforme du Code pénal, actuellement débattu à la Chambre, adopte le même système : « Cette loi a supprimé la disposition inscrite à l'article 5, alinéa 2, du Code pénal définissant une règle sur le décumul de la responsabilité de la personne morale avec celle de la personne physique pour les mêmes faits. Désormais, la personne morale et la personne physique peuvent uniquement

⁸⁵ Typologie reprise de V. FRANSSSEN et R. VERSTRAETEN, *op. cit.*, p. 65 à 73. Pour d'autres critères d'appréciation, voy., notamment, D. VAN GERVEN, « § 19. - Strafrechtelijke verantwoordelijkheid », *op. cit.*, p. 960 et s. ; F. KUTY, *Principes généraux ...*, *op. cit.*, p. 143 à 144.

⁸⁶ La règle du décumul ne connaît par ailleurs pas d'équivalent dans les pays limitrophes à la Belgique (si ce n'est au sein de l'Union européenne). Voy. Rapport de la Commission de la Justice. *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 0816/006 ; exposé des motifs de l'art. 19 du Projet de Livre I^{er} du Code pénal.

⁸⁷ Le nouvel article 5 du Code pénal « s'en remet à la libre appréciation du juge pénal pour décider d'appliquer ou non en l'espèce le concours des responsabilités entre la personne physique et la personne morale ». *Doc.*, Ch., 2017-2018, n° 816/3, p. 14.

⁸⁸ A. LEROY, « La responsabilité pénale des personnes morales, version 2018 », *op. cit.*, p. 638. Comme l'indique F. KUTY : « Bref, le droit commun de la responsabilité pénale retrouve son empire. Les règles de la participation punissable doivent permettre d'examiner séparément pour chacun des prévenus, qu'il s'agisse des personnes physiques ou morales, s'ils ont commis une faute engageant leur responsabilité pénale » (« La réforme de la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 1048). Voy. également, A. WERDING, qui précise que « les juridictions apprécient de la sorte si l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction existent dans le chef de chacune des personnes physiques et morales et, si tel est le cas, les deux sont condamnées » (« La responsabilité pénale des personnes morales : au revoir décumul, bienvenue responsabilité pénale de l'État ? », *op. cit.*, p. 80).

⁸⁹ « On est donc passé d'un régime de décumul obligatoire en cas d'infraction commise par imprudence ou négligence, et de cumul facultatif en cas d'infraction commise sciemment et volontairement par la personne physique identifiée, à un régime de cumul obligatoire des responsabilités pénales de la personne physique et de la personne morale, pour autant que les poursuites soient simultanées et que les éléments matériel et moral de l'infraction soient établis dans le chef de chacune de ces personnes » (E. DE FORMANOIR, « La nouvelle loi sur la responsabilité pénale des personnes », *op. cit.*, p. 93).

être poursuivies pour avoir commis une faute dans leur propre sphère de responsabilité. Il n'y a plus de décumul de responsabilité »⁹⁰.

Section 3. La participation criminelle

La participation criminelle est régie par le chapitre VII du Code pénal en ses articles 66 à 69 du Code pénal⁹¹.

La participation vise la situation où une infraction est commise par plusieurs personnes.

Le système, relativement complexe, mis en place par le législateur en 1867 part du principe que la participation n'est pas une infraction en elle-même, mais comme un élément qui se rattache à une infraction principale existant par ailleurs.

Nous examinerons, successivement, la manière dont le problème a été posé en droit pénal, les conditions générales de la participation criminelle, son champ d'application, les formes légales de la corréité et de la complicité, ainsi que le système répressif mis en place.

§ 1. Position du problème

Dans la sphère très large de tous ceux qui peuvent jouer un rôle quelconque dans la réalisation d'un acte délictueux, le législateur a déterminé celui ou ceux qui en porteront pénalement la responsabilité. Dans le Code pénal de 1867, « le régime juridique de la participation criminelle est dominé par le souci de limiter le champ du droit pénal et de protéger la liberté individuelle »⁹².

Cette préoccupation se traduit de deux manières. D'une part, par la définition la plus précise possible des faits par lesquels il est possible de participer à un crime ou à un délit. Les articles 66 et 67 au Code déterminent ainsi les actes de participation et ces actes sont de stricte interprétation. D'autre part, par la distinction entre les auteurs, les coauteurs et les complices permettant de fixer des degrés dans la participation criminelle.

§ 2. Conditions de la participation criminelle

Pour qu'il y ait participation punissable, trois conditions générales doivent être réunies : la volonté de s'associer au même crime ou délit, l'exécution d'un des actes de participation prévus par la loi et l'existence d'une infraction principale.

⁹⁰ *Doc.*, Ch., 2019-2020, n° 55-0417/001, p. 77 (art. 19). Le projet de la Commission de réforme du droit pénal adoptait lui aussi le même système, sur la base des considérations suivantes : « Si l'on part du principe que la personne morale a une responsabilité pénale autonome, indépendante de la responsabilité pénale de la personne physique, il doit être possible, dans tous les cas, de poursuivre tant la personne morale que la personne physique comme auteur ou coauteur participant à l'infraction, l'appréciation pénale de la responsabilité de chacun étant laissée au ministère public, juge de l'opportunité des poursuites, et au juge. Chacune de ces personnes peut avoir commis une faute dans sa propre sphère de responsabilité. Les principes en vigueur du droit pénal, notamment en matière de participation criminelle, doivent permettre d'examiner séparément pour chacun des prévenus, qu'ils soient personnes physiques ou personnes morales, s'ils ont commis une faute engageant leur responsabilité pénale ».

⁹⁰ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal.*, *op. cit.*, p. 76, renvoyant au projet de loi modifiant la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, *Doc.*, Ch., 2006-07, n° 51-2929/001, p. 14 et 15.

⁹¹ Nous n'envisageons pas l'article 68 relatif au recel des malfaiteurs qui constitue un délit spécifique.

⁹² Corr. Liège, 17 février 2004, *J.T.*, 2004, p. 925.

A. La volonté de s'associer au même crime ou délit

La participation implique la collaboration de plusieurs personnes à la même infraction et l'action de chacun doit être rattachée à celle des autres par un lien. Quelle est la nature de ce lien ? La participation criminelle suppose-t-elle un concert préalable entre les participants ? Plusieurs auteurs ont répondu par l'affirmative à cette question et ont considéré que la participation implique une sorte de « préméditation commune »⁹³, un pacte établi au préalable entre les participants⁹⁴.

Néanmoins, la jurisprudence semble avoir abandonné aujourd'hui cette conception rigoureuse de la participation qui se heurte à la généralité des termes utilisés aux articles 66 et 67 du Code pénal et qui aboutit à réduire sensiblement le champ de la participation criminelle.

Pour qu'il y ait participation criminelle, il faut la conjonction de trois éléments.

1. Tout d'abord, un élément de *connaissance* : il faut que l'agent ait connaissance du caractère délictueux de l'acte principal. En la matière, l'ignorance ou l'erreur sur le caractère illicite de l'acte principal élimine la participation : on ne peut pas participer à la réalisation d'un acte dont l'auteur principal ignore son caractère illicite. Cette connaissance doit porter sur toutes les circonstances qui rendent le fait punissable. Ainsi, participe à une escroquerie celui qui avait connaissance des circonstances de celle-ci, même s'il n'est pas condamné du chef des infractions qui ont constitué les manœuvres frauduleuses employées pour l'escroquerie⁹⁵. *A contrario*, ne participe pas à l'infraction une personne qui facilite des contacts téléphoniques sans savoir que ces contacts avaient trait aux activités d'un groupe terroriste plutôt qu'aux activités caritatives d'un terroriste, et sans avoir connaissance de la circonstance qu'elle participait à un crime ou un délit déterminé⁹⁶.

2. Ensuite, il faut un élément de *volonté*, à savoir l'intention du participant de s'associer, de provoquer ou de favoriser l'acte principal⁹⁷. Cette intention doit être certaine, même si la preuve de celle-ci, qui doit être rapportée par le ministère public, est difficile, surtout lorsqu'il n'y a pas concert préalable. Ainsi, la Cour de cassation a confirmé un arrêt de la cour d'appel de Liège qui avait condamné comme co-auteur un prévenu dans les circonstances suivantes : un père et son fils s'étaient rendus ivres à une fête de village. Le père et le fils avaient participé à une rixe, puis avaient quitté les lieux. Dans leur véhicule, après le départ, le père avait convaincu son fils de retourner à la fête pour se venger de leurs agresseurs. Le fils s'est exécuté, et a foncé avec son véhicule pendant plusieurs minutes sur divers participants à la fête. La cour d'appel a considéré que le père, même en sa qualité de passager du véhicule, avait participé à la tentative de meurtre comme co-auteur : « La participation punissable à une tentative de meurtre suppose que le coauteur se soit associé sciemment et volontairement au dessein criminel de l'auteur, à savoir l'intention de tuer. La mort d'autrui est un résultat qui peut être voulu, désiré, escompté ou accepté comme étant une conséquence normale et prévisible de la violence déployée. Le fait que la victime ait survécu à ses blessures ou échappé à l'attentat qui la visait, en dépit des actes perpétrés contre elle par les auteurs, est une circonstance qui, indépendante de la volonté de ceux-ci, n'abolit pas en soi l'intention homicide. En tant qu'il soutient que la tentative de meurtre ne peut pas être déclarée établie dans le chef d'un participant qui n'a fait qu'accepter les

⁹³ R. LEGROS, « L'élément intentionnel de la participation criminelle », *Rev. dr. pén.*, 1952-1953, p. 128, n° 23 ; cf. aussi J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, t. 1^{er}, Liège, Imprimeries Nationales, 1965, p. 323, n° 243.

⁹⁴ Rapport fait par J.J. HAUS au nom de la Commission du gouvernement, in J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1897-1870, p. 133, n° 306.

⁹⁵ Cass. (2e ch.), 18 septembre 2018, *N.C.*, 2018, p. 599.

⁹⁶ Cass., 15 mars 2017, *Pas.*, 2017, n° 187.

⁹⁷ Cass., 5 octobre 2005, *R.C.J.B.*, 2006, p. 243, note Fr. Kutry.

conséquences mortelles prévisibles de la violence à laquelle il s'est délibérément associé, le moyen manque en droit. »⁹⁸

En revanche, l'intention de l'auteur ne nécessite pas qu'il ait connaissance de toutes les modalités d'exécution, ou qu'il soit animé par un dol spécial lorsque l'infraction en cause en suppose l'existence.

3. Enfin, la connaissance et la volonté doivent porter sur une *infraction déterminée* et non sur une infraction quelconque comme l'indique l'intitulé du chapitre VII du Code pénal qui traite « de la participation de plusieurs personnes au *même* crime ou délit ».

« Il y a participation punissable au délit prévu par l'article 257, § 3, de la Loi générale sur les douanes et accises qui requiert un acte positif, à savoir donner sans autorisation une autre destination aux marchandises et les soustraire ainsi au transit, lorsque le coauteur fournit une forme de coopération audit délit prévu par la loi, sait qu'il coopère audit délit et a l'intention de coopérer audit délit »⁹⁹.

Un arrêt rendu par la cour d'assises de Bruxelles le 7 mars 2019¹⁰⁰ illustre parfaitement l'application de cette condition.

L'affaire concernait un événement dramatique et fortement médiatisé, à savoir l'attentat du Musée juif perpétré en 2014. Aux côtés du principal accusé, Mehdi Nemmouche, un second individu était poursuivi. Il s'agissait de Nacer Bendrer, qui avait fourni les armes ayant servi à la commission de l'attentat.

Ce dernier a invoqué l'absence de connaissance précise de l'infraction à laquelle il participait pour rejeter sa responsabilité au plan pénal. La cour a rappelé que la participation suppose un comportement éclairé, la simple conscience de participer à un acte illicite sans plus de précision n'étant pas suffisante. Le participant doit avoir connaissance de la nature et du but de l'infraction, mais une connaissance précise et détaillée n'est pas requise. Néanmoins, la Cour a souligné que lorsqu'un individu renonce sciemment à savoir quelle est l'infraction projetée et renonce à son but, il ne s'ensuit pas qu'il contribue inconsciemment à cette infraction, mais qu'il veut participer en connaissance de cause à n'importe quelle infraction déterminée¹⁰¹.

En l'occurrence, Nacer Bendrer avait connaissance de la radicalisation de Mehdi Nemmouche au moment où il lui a fourni les armes. En outre, le type d'armes fourni (armes de guerre) ne laissait aucun doute sur l'intention de Mehdi Nemmouche de faire usage de celles-ci dans le cadre d'infractions terroristes. Dans cette mesure, Nacer Bendrer a accepté, en connaissance de cause, de participer à l'infraction déterminée qui allait être commise par Mehdi Nemmouche, quelle qu'elle soit. La cour a donc conclu à la participation de Nacer Bendrer aux quatre assassinats terroristes.

B. L'exécution d'un des actes de participation prévus par la loi

1. La volonté de contribuer à l'infraction doit s'inscrire dans la matérialité des faits. Chaque participant n'a cependant pas réalisé tous les éléments de l'infraction puisque l'hypothèse

⁹⁸ Cass., 2 octobre 2019, *Rev. dr. pén. cr.*, 2020, p. 365.

⁹⁹ Cass., 22 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 344.

¹⁰⁰ Cour ass. Bruxelles, 7 mars 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1313. Pour un autre exemple, voy. Mons, 18 novembre 2015, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1317.

¹⁰¹ La Cour s'est référée sur ce point à la jurisprudence de la Cour de cassation : Cass., 16 décembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 2021.

même de la participation est la répartition des tâches. Par ailleurs, tout acte qui favorise l'infraction n'est pas nécessairement punissable.

Partant de ce double constat, le Code pénal détermine les actes par lesquels on peut participer à une infraction (art. 66 et 67 C.P.). Un acte de participation ne sera punissable que s'il rentre dans une des hypothèses limitativement énumérées par le texte, cette condition étant à la fois nécessaire et suffisante. Il en résulte qu'il n'est pas nécessaire que le participant ait l'intention de commettre l'infraction principale à laquelle il coopère : il suffit qu'il prête sciemment et volontairement son aide à l'exécution du délit par un des actes prévus par la loi. Ainsi, lorsqu'un groupe de personnes lance des projectiles vers une patrouille de police, il suffit qu'il soit établi qu'un prévenu a lui-même lancé des projectiles pour qu'il soit condamné au titre de la participation à l'infraction de coups et blessures, sans qu'il soit nécessaire de prouver que le projectile qu'il a lancé est directement à l'origine des lésions des policiers¹⁰².

De même, il est possible de participer à une infraction que l'on ne pourrait commettre en tant qu'auteur. Telle est, précisément, l'hypothèse de l'article 100*bis* du Code pénal qui vise les personnes qui, n'étant pas soumises aux lois pénales militaires, ont participé à un crime ou à un délit réprimé par le Code pénal militaire¹⁰³.

2. En principe, la participation requiert un acte positif. La participation par abstention semble donc exclue car, d'une part, la participation suppose des faits par lesquels on concourt à l'exécution d'un crime ou d'un délit et, d'autre part, l'inaction est équivoque quant à l'intention de participer à l'infraction. Néanmoins, cette vision a connu une évolution importante, au sein de laquelle on peut distinguer deux cas de figure.

D'une part, la jurisprudence a admis l'existence d'une abstention « qualifiée »¹⁰⁴ ou « circonstanciée »¹⁰⁵ qui diffère de l'abstention purement passive. En effet, l'abstention peut, dans certaines circonstances, être assimilée à un acte positif de participation lorsqu'elle traduit une « intention de coopérer directement à l'exécution de l'infraction en contribuant à la permettre ou à la faciliter » ou constitue un « encouragement » à la perpétration de l'infraction¹⁰⁶.

Un exemple type est celui de la victime d'un vol avec violences ou menaces confrontée à un groupe de personnes, dont une seule adopte un comportement actif. La présence de plusieurs individus, qui adhèrent au comportement d'un seul et le facilitent en impressionnant la victime par le nombre, rencontre la notion de participation¹⁰⁷. En matière de viol, le fait pour le prévenu d'avoir été présent lors des agressions commises par d'autres membres de la bande a contribué à « un effet de groupe » qui tantôt « a empêché la victime de pouvoir s'enfuir ou se défendre » et tantôt « a eu pour conséquence de renforcer les auteurs dans leur détermination et de déforer les capacités de résistance de la victime », de sorte que son comportement implique « une participation aux viols en qualité de coauteur et pas seulement une non-assistance à personne en danger »¹⁰⁸. De même, participe à une tentative d'assassinat une personne qui n'est pas

¹⁰² Liège, 6 septembre 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1951.

¹⁰³ Art. 100*bis* du Code pénal : « Elles [les dispositions du livre I du Code pénal] sont appliquées sans exception aux personnes qui, n'étant pas soumises aux lois pénales militaires, ont participé à un crime ou à un délit réprimé par le Code pénal militaire. Toutefois, l'emprisonnement militaire est remplacé par un emprisonnement de même durée et la destitution, portée comme peine principale, par un emprisonnement de deux mois à trois ans ».

¹⁰⁴ S. VAN OVERBEKE, « Strafbare deelneming door gekwalificeerde onthouding », *R.W.*, 1992-1993, p. 648 et s.

¹⁰⁵ Corr. Neufchâteau, 17 janvier 2003, *J.T.*, 2003, p. 87.

¹⁰⁶ E. KRINGS, « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », *J.T.*, 1990, p. 565.

¹⁰⁷ Cass., 17 décembre 2008, *J.T.*, 2009, n° 6370, pp. 693 et s. et *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, p. 483, concl. Av. gén. D. Vandermeersch. Voy., aussi, Gand, 25 juin 1999, *T. Strafr.*, 2001, p. 32, obs. T. Deschepper, « Deelneming door onthouding: wie met vuur speelt... ».

¹⁰⁸ Concl. Av. gén. D. VANDERMEERSCH, Cass., 17 décembre 2008, *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, p. 444. En sens contraire, Corr. Dinant, 17 février 2009, *J.T.*, 2009, n° 6370, pp. 694 et s.

intervenue auprès d'un comparse pour qu'il ne tire pas d'emblée en direction des victimes ou s'abstienne de tirer¹⁰⁹. La notion d'abstention coupable a également été retenue par la Cour d'assises de la province de Luxembourg pour condamner deux accusés qui se rejetaient chacun les actes ayant mené à la mort de la victime : aucun n'a accompli le moindre geste pour freiner ces actes, ils sont donc coauteurs¹¹⁰.

En revanche, la notion d'omission ne peut être utilisée pour contourner l'impossibilité de démontrer l'existence d'un comportement constitutif de participation punissable. Il doit pouvoir être déduit sans aucun doute que l'omission d'agir équivaut à une forme de soutien ou d'encouragement à la commission de l'infraction. Par exemple, lorsque trois auteurs discutent de la commission d'un vol sans l'envisager sérieusement, puis que l'un d'entre eux, immédiatement après et sans en avoir avisé quiconque, arrache le sac d'une personne âgée, le simple fait que les deux autres, pris par surprise, prennent la fuite avec l'auteur, ne démontre pas l'existence d'une intention de coopérer à la commission de l'infraction¹¹¹. La discussion préalable, lors de laquelle la commission de l'infraction n'a pas réellement été envisagée, n'est pas non plus un élément suffisant.

D'autre part, l'abstention volontaire d'un individu qui doit pourtant agir en vertu d'une obligation légale ou contractuelle peut constituer une participation punissable. Il en est ainsi du contrôleur d'impôt qui convient de concert avec le contribuable qu'il ne procédera pas au contrôle qu'il devrait pourtant effectuer, permettant ainsi d'éluder l'impôt. Le fait qu'une personne condamnée ait « en qualité de rédactrice en chef, (...) volontairement omis de faire ce qu'elle savait être exigé par la loi, à savoir empêcher la publication (illégale) des photographies du mineur » et n'ait « pas pris les mesures nécessaires au respect des obligations légales propres à son activité professionnelle », est constitutif de participation¹¹². Néanmoins, lorsque le prévenu conteste l'existence d'une obligation légale qui lui imposait d'agir positivement, le juge ne peut le condamner pour abstention coupable qu'en spécifiant le fondement légal de l'obligation d'agir¹¹³.

« La corréité par provocation directe (...) peut consister en un acte d'abstention lorsqu'il y a un devoir juridique d'agir, que l'abstention est intentionnelle et qu'elle constitue une incitation positive au délit »¹¹⁴.

Cette évolution s'est traduite, en droit belge, en matière de violations graves du droit international humanitaire. Ainsi, l'article 136septies, 5° du Code pénal prévoit expressément l'inaction (intentionnelle) comme mode de participation criminelle : « sont punis de la peine prévue pour l'infraction consommée, l'omission d'agir dans les limites de leur possibilité d'action de la part de ceux qui avaient connaissance d'ordres donnés en vue de l'exécution d'une telle infraction ou de faits qui en commencent l'exécution, et pouvaient en empêcher la consommation ou y mettre fin ».

La consécration de cette évolution apparaît également dans le projet de Code pénal, qui incrimine, comme mode de participation criminelle, l'inaction « qui a encouragé ou facilité directement la commission de l'infraction »¹¹⁵.

¹⁰⁹ Corr. Bruxelles fr., 23 avril 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1539.

¹¹⁰ Cass., 26 juin 2019, RG. n° P.19.344.F, citée dans L. KENNES et D. VANDERMEERSCH, « Chronique de jurisprudence », *Rev. Dr. Pén. crim.*, 2020, p. 209.

¹¹¹ T. corr. Liège, div. Liège (15^{ème} ch.), 21 juin 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1437.

¹¹² Cass., 23 novembre 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 624.

¹¹³ Cass., 12 septembre 2017, *Pas.*, 2017, n° 464.

¹¹⁴ Cass., 26 février 2008, *Pas.*, 2008, n° 129.

¹¹⁵ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal*, op. cit., p. 3 (art. 18).

3. Enfin, la participation requiert un acte antérieur ou concomitant, ce qui écarte, en principe¹¹⁶, la participation par une intervention postérieure à l'infraction, sauf si celle-ci est promise avant l'exécution matérielle de l'infraction pour la faciliter.

« Seul un acte positif, préalable à l'exécution de l'infraction ou concomitant peut constituer la participation à un crime ou à un délit au sens de l'article 66 du Code pénal. Toutefois, des actes postérieurs à la commission de l'infraction peuvent être constitutifs d'une participation punissable lorsqu'ils ont fait l'objet d'une concertation préalable et qu'ils s'intègrent ainsi dans le plan prévu pour la commission de l'infraction »¹¹⁷.

Un arrêt de la Cour de cassation du 3 novembre 2020¹¹⁸ est cependant venu jeter un doute sur cette affirmation. La Cour a dû se prononcer dans une affaire où, malgré un accord préalable à la commission des faits, le prévenu s'était abstenu d'agir. Ainsi, le prévenu s'était engagé à faire sortir du port d'Anvers une cargaison de drogue après son acheminement jusque dans les installations portuaires. Il n'a cependant pas mis cette promesse à exécution. La Cour d'Anvers, approuvée par la Cour de cassation, l'a malgré tout condamné sur fondement de l'article 66, alinéa 3 du Code pénal, qui condamne ceux qui « par un fait quelconque, auront prêté pour l'exécution une aide telle que, sans leur assistance, le crime ou le délit n'eût pu être commis ». Cette motivation est discutable, dans la mesure où l'on peut difficilement parler d'une aide ou d'une assistance indispensable sans que la promesse ait finalement été suivie d'un acte concret. En revanche, on pourrait considérer, dans un tel cas, qu'il y a eu provocation (article 66, alinéa 4 du Code pénal) à commettre l'infraction, si la promesse d'agir a décidé l'auteur principal à commettre les faits¹¹⁹. Sans promesse d'acheminement de la drogue hors du port, l'auteur principal n'aurait pas pris la peine d'amener celle-ci jusque là. En ce sens, on peut considérer qu'une promesse préalable, même sans réalisation postérieure à l'infraction, a provoqué l'acte principal et justifie donc une condamnation en tant que coauteur.

C. L'existence d'une infraction principale

Le système belge se rattache à la théorie de la criminalité d'emprunt : pour être punissables, les actes de participation doivent se rattacher à une infraction principale. Le législateur de 1867 n'a envisagé la participation criminelle que comme un aspect occasionnel, accidentel de l'infraction et non comme une forme courante de la criminalité. Autrement dit, les actes de participation sont des modalités d'exécution de l'infraction et non des infractions elles-mêmes¹²⁰. La théorie de la criminalité d'emprunt signifie que l'acte de participation emprunte son caractère criminel à l'infraction principale à laquelle il se rattache.

La participation doit donc être distinguée des infractions autonomes qui impliquent nécessairement, pour leur existence, la participation de plusieurs personnes. Il en est ainsi, par exemple, du complot (art. 111 C.P.), de la subornation de témoins (art. 223 C.P.), de la corruption de fonctionnaires (art. 252 C.P.), de l'association dans le but d'attenter aux personnes ou aux propriétés (art. 322 C.P.)¹²¹. La pluralité d'auteurs peut également constituer

¹¹⁶ Voy. Cass., 7 juillet 1947, *Pas.*, I, p. 320, note R.H. ; Cass., 12 mai 2004, *Pas.*, 2004, n° 256 où la jurisprudence a, en matière de vol, retenu la participation pour des actes commis postérieurement à l'infraction.

¹¹⁷ Cass., 26 avril 2017, *Rev. Dr. Pén. crim.*, 2017, p. 947, note F. Kuty.

¹¹⁸ Cass., 3 novembre 2020, *R.A.G.B.*, 2021, p. 138, obs. V. Vereecke.

¹¹⁹ Fr. KUTY *et. al.*, « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. Dr. Pén. crim.*, 2021, p. 423.

¹²⁰ C'est la raison pour laquelle, en Belgique, les tribunaux belges sont compétents pour connaître de l'infraction principale commise en Belgique, mais aussi de tous les actes de participation commis à l'étranger.

¹²¹ Bruxelles (mis. Acc.), 17 novembre 1988, *J.T.*, 1989, p. 125.

une circonstance aggravante, comme en matière de violation de domicile (art. 440, al. 3 C.P.) ou de vol (art. 471, al. 6 C.P.).

Pour qu'il y ait participation punissable, l'infraction principale doit être consommée. Ainsi, la Cour de cassation a confirmé un arrêt de la cour d'appel de Liège condamnant un prévenu qui avait incité ses coprévenus à se charger d'une « expédition punitive », à laquelle il n'avait finalement pas participé. Le prévenu maintenait qu'il ne pouvait être condamné comme coauteur d'une infraction à l'exécution de laquelle il s'était soustrait. La cour a constaté que le désistement de l'intéressé était intervenu après l'acte de participation (l'incitation des coprévenus à commettre l'infraction), de sorte que ce désistement intervenu par la suite était sans incidence sur sa participation à l'infraction, qui avait été consommée¹²².

Bien que cela ne soit pas envisagé par les articles 66 et 67 du Code pénal, la jurisprudence admet que la participation à la tentative est punissable dès lors que les conditions de la tentative et de la participation sont réunies dans le chef de l'auteur de l'infraction. En revanche, la tentative de participation n'est pas punissable.

Enfin, il va de soi qu'il n'y a pas de participation punissable à un fait qui ne constitue pas une infraction (le suicide par exemple), qui est prescrit ou qui est objectivement justifié (par la légitime défense, notamment).

§ 3. *Le champ d'application de la participation*

Aux termes des articles 66 et suivants du Code pénal, les règles sur la participation criminelle contenues dans le Code pénal s'appliquent à tous les crimes et délits du livre II du Code pénal, à l'exception du titre X relatif aux contraventions¹²³.

La Cour de cassation a cependant décidé que dans la mesure où le législateur consacre, notamment dans l'article 66 du Code pénal, un principe général gouvernant l'application de la loi pénale, il n'a entendu apporter aucune restriction à cette application : « que doivent donc être tenus comme auteurs d'une infraction, fût-elle une contravention, tous ceux qui par leurs agissements personnels ont directement coopéré à l'exécution du fait érigé en infraction de manière telle que, sans la part prise par eux à cette exécution, l'infraction n'eût pas été commise ainsi qu'elle l'a été »¹²⁴.

Par ailleurs, aux termes de l'article 100 du Code pénal, les règles sur la participation du livre I^{er} ne s'appliquent pas aux infractions prévues par les lois et règlements particuliers. Toutefois, ces derniers peuvent déroger à l'exception et rendre applicable le chapitre VII, ce qui est fréquent¹²⁵.

Enfin, la structure de certaines infractions est incompatible avec la notion de participation. Il en est ainsi des infractions par défaut de prévoyance et de précaution, appelées également infractions d'imprudence, à défaut d'élément intentionnel. Le projet de Code pénal, propose ainsi d'exclure expressément de la participation punissable, les infractions commises par défaut de prévoyance ou de précaution¹²⁶.

¹²² Cass., 20 mars 2013, R.G. n° P.13.0016.F, disponible sur www.cass.be, concl. Av. gén. D. Vandermeersch.

¹²³ En revanche, la participation criminelle s'applique aux délits contraventionnalisés (J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, op. cit., t. 1^{er}, p. 323, n° 262).

¹²⁴ Cass., 6 novembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 316.

¹²⁵ Voy. notamment l'art. 6 de la loi sur les drogues du 24 février 1921 concernant le trafic de substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiants ou antiseptiques : « Les dispositions du Livre I du Code pénal, sans exception du chapitre VII et de l'article 85, auxquelles il n'est pas dérogé par la présente loi, sont applicables aux infractions prévues par celle-ci ».

¹²⁶ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal*, op. cit., p. 4 (art. 18).

§ 4. *Les formes de la participation*

Le Code pénal répartit les formes de la participation en deux catégories : les actes de corréité (auteurs et coauteurs) et les actes de complicité¹²⁷.

Il convient de noter que le projet de Code pénal supprime la distinction entre complicité et corréité¹²⁸.

A. **La corréité**

L'article 66 du Code pénal concerne la corréité qui inclut les actes d'auteurs et de coauteurs. Ces termes ont un sens identique en droit pénal comme l'affirme la Cour de Cassation :

« La loi n'établit pas de distinction entre l'auteur et le coauteur d'une infraction ; ces termes doivent être considérés comme ayant le même sens »¹²⁹.

Il y a trois modes de corréité prévus par la loi, que nous examinerons successivement, pour lesquels le coauteur d'une infraction est assimilé à l'auteur de celle-ci et puni comme tel.

1. ***L'exécution de l'infraction et la coopération directe (art. 66, al. 2 C.P.)***

L'exécution d'un crime ou d'un délit est réalisée par l'accomplissement des actes matériels prévus dans la définition légale de l'infraction. La coopération directe à l'exécution d'un crime ou d'un délit vise, quant à elle, l'accomplissement d'actes matériels d'intervention qui ne correspondent pas en tant que tels aux actes matériels prévus par la définition de l'infraction, mais qui vont s'avérer décisifs dans la réalisation de l'infraction. « Ainsi, celui qui saisit la personne à qui on veut donner la mort ; celui qui lui lie les bras ; celui qui la bâillonne ; celui qui l'égorge, sont coauteurs de l'assassinat. Celui qui force la serrure ; celui qui garde à vue les habitants de la maison et les empêche, par des menaces, d'appeler au secours... sont coauteurs du vol »¹³⁰.

Tous ceux qui accomplissent des actes d'exécution ou de coopération sont qualifiés d'auteurs matériels, quelle que soit l'importance des actes accomplis, car la jurisprudence ne distingue plus les auteurs principaux et les auteurs secondaires¹³¹. Ainsi, dans une affaire où deux prévenus avaient agressé une personne, l'une en lui arrachant son sac et l'autre, en la poussant au sol, le tribunal de Liège a considéré que la qualité de coauteur était établie à charge des deux prévenus et ce, quels que soient les actes de participation de chacun¹³².

2. ***L'aide indispensable (art. 66, al. 3 C.P.)***

Est assimilé à l'auteur de l'infraction, celui qui apporte, par un fait quelconque, une aide indispensable à la préparation ou à l'exécution de l'infraction, c'est-à-dire une aide sans laquelle l'infraction n'eût pu être commise.

¹²⁷ Voy. l'analyse complète du Répertoire pratique du droit belge, v° Infractions et répression en général, Bruxelles, Bruylant, 1972., p. 569 et s.

¹²⁸ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 3-4 (art. 18).

¹²⁹ Cass., 5 octobre 2005, *Pas.*, 2005, n° 481. Voy., également, Cass., 19 décembre 2006, *N.C.*, 2007, p. 224 ; Cass., 15 octobre 1986, *Rev. Dr. Pén.*, 1987, p. 166, note ; *R.W.*, 1987-1988, p. 20, note M. De Swaef ; Bruxelles (mis. Acc.), 9 novembre 2000, *Rev. Dr. Pén.*, 2001, p. 761.

¹³⁰ J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge, op. cit.*, p. 388, n° 509. Voy., également, Cass., 22 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 344, qui a reconnu qu'un agent en douane était coauteur d'une soustraction de biens en transit douanier dès lors qu'il fait sciemment une déclaration évasive ou tout autre acte de douane au nom de son client en sachant qu'il est incorrect.

¹³¹ Cass., 19 mai 1941, *Pas.*, I, p. 196 ; Cass., 6 novembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 316, Cass., 8 novembre 1994, *Pas.*, I, p. 918 ; Cass., 19 décembre 2006, *N.C.*, 2007, p. 224.

¹³² Liège (vac.), 7 juillet 2005, La Revue en ligne du Barreau de Liège.

Comme le souligne J.J. HAUS, « cette disposition ne doit pas s'entendre dans un sens absolu (...) celui qui fait le guet pendant l'exécution du crime... ; celui qui, tandis que son ami enlève une personne, l'attend dans une voiture avec des chevaux ; celui qui a prêté sa maison pour un assassinat ; celui qui y attire la victime... celui qui sert de guide aux rebelles... sont tous coauteurs du crime ou peuvent du moins l'être »¹³³.

Le caractère indispensable de l'aide se mesure par rapport à l'infraction telle qu'elle a été concrètement commise et doit être distinguée de l'aide simplement utile ou accessoire de la complicité. Cette appréciation de fait relève du pouvoir souverain du juge du fond¹³⁴.

« La participation punissable à un vol est possible en réagissant positivement à la question de savoir si l'on est intéressé par 'l'achat' de biens que d'autres sont en train de voler. La réaction positive à l'égard des personnes qui volent les biens constitue une aide nécessaire au vol (art. 66, alinéa 3 C. pén.), parce que sans la réaction positive, le vol n'aurait pas été commis de la manière dont il a été commis concrètement. En effet, moins de choses auraient été alors volées en l'espèce »¹³⁵.

Dans l'affaire de l'attentat du Musée juif dont il a été question précédemment¹³⁶, la cour d'assises de Bruxelles a également dû statuer sur la question de savoir si l'aide fournie par Nacer Bendrer à Mehdi Nemmouche revêtait le caractère indispensable visé par l'article 66, alinéa 3 du Code pénal.

La cour a considéré que tel était le cas, en retenant les éléments suivants :

- Mehdi Nemmouche n'a pas tenté de se procurer des armes auprès d'une autre personne que Nacer Bendrer ;
- Le trafic qui s'est déroulé entre Mehdi Nemmouche et Nacer Bendrer impliquait des déplacements entre Marseille et Bruxelles, ce qui supposait qu'il était impossible pour Mehdi Nemmouche de se fournir les armes recherchées auprès d'individus situés dans des zones plus proches de Bruxelles ;
- Mehdi Nemmouche s'est montré très insistant auprès de Nacer Bendrer, ce qui démontrait qu'il n'avait pas d'autre option que de s'adresser à lui pour l'obtention des armes ;
- L'enquête a démontré que les contacts auxquels Mehdi Nemmouche aurait pu s'adresser pour obtenir une aide n'étaient pas joignables à la période qui a précédé l'attentat.

3. *La provocation directe (art. 66, al. 4 et 5 C.P.)*

La provocation consiste soit à faire naître la résolution criminelle de l'auteur de l'infraction, soit à renforcer cette résolution. Le provocateur est considéré comme *l'auteur moral* de l'infraction, sa cause première.

Toutefois, pour pouvoir être incriminée comme acte de participation, la provocation doit être *directe* (un lien de causalité direct doit être démontré entre l'acte de provocation et l'infraction). Elle doit porter sur la réalisation d'une infraction déterminée : l'article 66, alinéa 4 du Code pénal parle ainsi d'auteurs qui « auront directement provoqué à ce crime ou à ce délit ».

¹³³ J.J. HAUS, Principes généraux du droit pénal belge, *op. cit.*, p. 389 à 390, n° 511.

¹³⁴ L'aide doit être nécessaire indifféremment de son importance (Cass., 3 décembre 2013, R.G. n° P.13.1366.N, www.cass.be ; Cass., 9 avril 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 823 ; Cass., 2 décembre 1975, *Pas.*, 1976, p. 410 ; Cass., 7 février 1979, *Rev. Dr. Pén. crim.*, 1979, p. 392).

¹³⁵ Anvers, 15 mars 2006, *N.C.*, 2007, p. 149, note J. Van Heule.

¹³⁶ Cour ass. Bruxelles, 7 mars 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1313, citée à la p. 19 du présent syllabus.

Par ailleurs, conformément à la théorie de l'autonomie relative de la participation¹³⁷, elle doit être *suivie d'effets*, en ce sens que l'infraction doit être réalisée ou à tout le moins faire l'objet d'une tentative punissable¹³⁸.

Elle doit se réaliser selon l'une des deux formes prévues par le Code pénal. La provocation *privée* ou *individuelle* est celle qui s'adresse à une ou plusieurs personnes déterminées (art. 66, al. 4 C.P.). Il s'agit de ce que l'on appelle le mandat criminel¹³⁹. A cet égard, la frontière entre auteur et coauteur est toutefois étroite. Ainsi, il a été jugé que « celui qui pour faire commettre une infraction utilise un tiers comme simple instrument, est lui-même l'auteur de cette infraction au sens de l'article 66, alinéa 2 du Code pénal et il n'en est pas l'auteur moral par provocation au sens de l'article 66, alinéa 4 du Code pénal »¹⁴⁰. La provocation sera *publique* ou *collective* si elle s'adresse à un nombre indéterminé de personnes, souvent elles-mêmes indéterminées (art. 66, al. 5 C.P.). Elle implique nécessairement une publicité. La provocation publique est soit orale (discours tenus dans des réunions, des lieux publics)¹⁴¹, soit écrite ou figurée (écrits, images, emblèmes, affiches distribuées ou vendues, mises en vente ou exposées au regard du public).

La provocation doit, en outre, se réaliser par un des *moyens énumérés limitativement* par le texte de ces deux alinéas : dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machination ou artifices coupables.

Par ailleurs, la provocation – comme mode de participation criminelle – doit être distinguée de la provocation ou de l'incitation à commettre une infraction incriminée dans le livre II du Code pénal ou dans des lois particulières et qui constitue une infraction autonome. Il en va ainsi de l'article 1^{er}, al. 2, 1^o de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie qui incrimine « quiconque qui, dans l'une des circonstances de l'article 444 du Code pénal, incite à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne, en raison de sa race, de sa couleur, de son ascendance ou de son origine nationale ou ethnique » ou encore de l'article 3, § 2 de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic de substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes ou antiseptiques qui punit ceux qui auront incité à faire usage des substances prohibées. Il en va de même en ce qui concerne l'article 3 de la loi du 16 mars 1999 modifiant la loi relative à la police de la circulation routière, coordonnée le 16 mars 1968 qui, en introduisant un article 37*bis*, punit « quiconque incite ou provoque à conduire un véhicule ou une monture ou à accompagner en vue de l'apprentissage, une personne qui donne des signes évidents d'influence », suite à l'usage de substances stupéfiantes¹⁴².

¹³⁷ Chr. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, t. I, 2^e éd., Anvers-Apeldoorn, Maklu, 1991, p. 292.

¹³⁸ Une provocation non suivie d'effet peut néanmoins constituer une infraction autonome lorsqu'elle est prévue comme telle par la loi. Il en va ainsi, par exemple, dans l'article 136*septies*, 3^o du Code pénal, introduit par la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire qui punit de la peine prévue pour l'infraction consommée, la provocation à commettre des crimes de droit international humanitaire visés aux articles 136*bis*, 136*ter* et 136*quater* du Code pénal, même lorsque la provocation est non suivie d'effet.

¹³⁹ Il a été jugé que cette disposition n'entraîne nullement une dérogation au principe selon lequel il n'y a pas de responsabilité pénale pour les faits commis par autrui, étant donné que c'est le propre comportement de celui qui incite autrui à commettre un crime ou un délit qui est ainsi puni (Bruxelles, 2 mai 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 71).

¹⁴⁰ Cass., 9 mars 1993, *Pas.*, I, p. 260. La personne qui fera usage d'un tiers comme simple instrument pour commettre l'infraction sera, en qualité d'*auteur médiate*, considéré comme le seul auteur.

¹⁴¹ Cf. Bruxelles, 2 mai 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 71 qui a décidé qu'« en admettant même que cette disposition n'ait plus été appliquée depuis sa promulgation, elle n'est pas abrogée pour autant », pour la raison « qu'il n'y a pas, en droit pénal, d'abrogation par désuétude ». Le même arrêt décide qu'« il n'est pas prévu que ce mode de participation criminelle ne pourrait être retenu à propos de discours tenus dans le contexte d'un conflit social ».

¹⁴² Enfin, la loi du 10 août 2005 ayant établi un article 433 dans le Code pénal relatif à l'incitation de mineurs à commettre une infraction, en n'exigeant pas que l'infraction ait été effectivement commise et en se contentant de déterminer l'incidence de ce comportement sur les peines prévues pour le crime ou le délit commis ou projeté, paraît seulement avoir créé une nouvelle

Enfin, la provocation comme forme de participation à l'infraction se distingue de la provocation comme cause d'excuse (art. 411 et s. C.P.) ainsi que de la provocation policière qui constitue une cause d'irrecevabilité de l'action publique au terme de l'article 30 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale¹⁴³.

B. La complicité (art. 67 C.P.)

Les cas de complicité sont déterminés à l'article 67 du Code pénal. Ils concernent, de manière générale, *l'aide* et *l'assistance*, non pas indispensables, comme dans le cadre de la corréité, mais accessoire, apportée aux auteurs du crime ou du délit « dans les faits qui ont préparé ou facilité [le crime ou le délit], ou dans ceux qui l'ont consommé » (art. 67, al. 4 C.P.). L'appréciation du caractère accessoire de la participation relève du juge du fond¹⁴⁴.

Dans l'affaire Dutroux, la chambre du conseil a défini la complicité comme « l'aide secondaire à la perpétration d'un délit ou d'un crime sans participation directe à son exécution » qui tend à « faciliter la réalisation du crime ou du délit par une intervention soit antérieure, soit concomitante à l'infraction »¹⁴⁵.

Parmi les multiples formes de l'aide ou de l'assistance, le Code pénal en retient trois : (1) la fourniture d'*instructions*¹⁴⁶ (art. 67, al. 2 C.P.), (2) la fourniture d'*armes*¹⁴⁷, d'*instruments* ou de *tout autre moyen matériel* (art. 67, al. 3 C.P.) destiné à commettre le crime ou le délit et (3) *l'aide accessoire* apportée dans le but de faciliter l'exécution de l'infraction (art. 67, al. 4 C.P.), mais sans laquelle l'infraction aurait quand même pu être commise.

Dans tous les cas, il faut un lien de causalité suffisamment étroit entre les instructions, les instruments ou l'aide fournis et l'infraction commise. À défaut, il y aura tentative de participation qui n'est cependant pas punissable¹⁴⁸.

Par ailleurs, l'aide ou l'assistance doivent avoir été fournies avant ou pendant l'exécution de l'infraction principale. Selon J.J. HAUS, « on ne peut concevoir une complicité postérieure à l'infraction, parce qu'il est impossible de prendre une part quelconque à un crime qui est consommé et qui a pris fin »¹⁴⁹. Il convient toutefois de noter que selon certains les règles de la participation punissable trouvent également à s'appliquer en cas d'aide apportée après l'exécution du crime ou du délit mais proposée avant celui-ci¹⁵⁰.

§ 5. La répression de la participation criminelle (art. 69 C.P.)

A. La détermination de la peine

Le régime répressif de la participation criminelle est gouverné par trois principes.

circonstance aggravante (voy. P. DE LE COURT, « L'article 433 nouveau du Code pénal ou l'incitation de mineurs à commettre une infraction », *Rev. Dr. Pén.*, 2006, p. 231).

¹⁴³ Voy., *infra*, Chapitre V. La peine, Section 4. La mesure de la peine, § 3. Les excuses.

¹⁴⁴ Cass., 22 février 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 517. Le juge du fond ne peut toutefois considérer que les mêmes faits constituent à la fois une aide indispensable et une aide accessoire (Cass., 25 avril 2012, *Rev. Dr. Pén.*, 2012, p. 1086, concl. Av. gén. D. Vandermeersch).

¹⁴⁵ Corr. Neufchâteau (ch. Cons.), 17 janvier 2003, *J.T.*, 2003, p. 87.

¹⁴⁶ Cette forme a été étendue par la jurisprudence à la fourniture de *renseignements* lorsque, du fait de leur nature et de leur précision, ils ont constitué une aide sans laquelle l'infraction n'eût pu être commise (Cass., 14 mai 1945, *Pas.*, 1945, I, p. 160).

¹⁴⁷ Voy. Cass., 28 mai 1985, *Pas.*, I, p. 1214, concernant un prévenu condamné pour complicité de vol à main armée pour avoir sciemment et volontairement procuré l'arme en vue de commettre le crime même si ce dernier a été commis dans des circonstances différentes de celles prévues au départ.

¹⁴⁸ L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, Louvain-Amersfoort, Aco, 1990, p. 329 à 330, n° 594-597. *Contra* : J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, op. cit., t. I^{er}, p. 426 à 429, n° 562-565.

¹⁴⁹ J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, op. cit., n° 502.

¹⁵⁰ Voy., en ce sens, Cass., 12 mai 2004 R.G. n° P.04.0672.F, disponible sur www.cass.be; Cass., 27 octobre 2009, *Pas.*, I, p. 2456.

Tout d'abord, la participation criminelle ne modifie pas la gravité de l'infraction. « La base de la répression reste la peine applicable à l'auteur du fait agissant seul »¹⁵¹ et c'est par rapport à celle-ci que sera déterminée la peine du participant.

Ensuite, les participants subissent une peine *différente* suivant qu'ils ont commis des actes de corréité ou de complicité. Les coauteurs seront punis comme les auteurs (art. 66, al. 1 C.P.) ; ils encourrent la même fourchette de peine que l'auteur. Les complices bénéficient eux d'une sorte d'excuse légale qui entraîne une diminution de la peine (sauf pour les crimes de droit international humanitaire)¹⁵². Dans le cas d'un crime, les complices sont punis « de la peine immédiatement inférieure à celle qu'ils encourraient s'ils étaient les auteurs du crime conformément aux articles 80 et 81 du présent code ». Ils seront cependant punis « de la réclusion de vingt ans à trente ans s'ils étaient complices d'un crime punissable de la réclusion à perpétuité » (art. 69, al. 1 C.P. tel que modifié par la loi dite « pot-pourri II » du 5 février 2016). Dans le cas d'un délit, les complices encourront une peine qui « n'excédera pas les deux-tiers de la peine qui leur serait appliquée s'ils étaient auteurs de ce délit » (art. 69, al. 2 C.P.)¹⁵³.

Enfin, la responsabilité pénale reste *personnelle*. Cela signifie que chaque participant, auteur, coauteur, complice, est puni dans les limites objectives prévues pour son acte, dès qu'il est reconnu que le fait principal tombe sous le coup de la loi pénale. Peu importe la responsabilité pénale et la peine infligée aux autres participants.

B. Les circonstances aggravantes¹⁵⁴

L'articulation de la participation criminelle et des circonstances aggravantes soulève la question de la « communication » de ces dernières aux coauteurs et aux complices.

Il est très logiquement admis que les participants ne subissent pas les effets des circonstances *aggravantes personnelles* à savoir, les circonstances liées à l'auteur de l'infraction principale (parricide, infanticide, lésions corporelles volontaires envers son époux...).

En revanche, la majorité de la doctrine¹⁵⁵ ainsi que la jurisprudence¹⁵⁶, jusqu'à l'arrêt *Göktepe c. Belgique* de la Cour européenne des droits de l'homme du 2 juin 2005, considéraient que les circonstances aggravantes *réelles* ou *objectives* (vol avec effraction, vol commis la nuit, résultat des lésions corporelles telles une maladie, une incapacité, voire la mort), qui sont inhérentes à l'infraction, se communiquent aux participants, indépendamment de toute connaissance de leur

¹⁵¹ P.E. TROUSSE, « La participation criminelle en droit pénal positif belge », *Rev. Int. Dr. Pén.*, 1957, p. 169.

¹⁵² L'article 4, al. 5, de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions, punit de la peine prévue pour l'infraction consommée toutes les formes de la participation à un crime de droit international, qu'il s'agisse de la corréité ou de la complicité.

¹⁵³ Cass., 4 octobre 1983, *R.W.*, 1984-1985, col. 753.

¹⁵⁴ Sur les circonstances aggravantes, voy., *infra*, Chapitre V. La peine, Section 4. La mesure de la peine, § 1. Les circonstances aggravantes.

¹⁵⁵ R. LEGROS, « L'élément intentionnel dans la participation criminelle », *op.cit.*, p. 128, n°23 ; P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge, Les Nouvelles, Droit pénal*, t. 1, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1956, n° 2800 et vol. 2, n° 4048 ; J. D'HAENENS, « Strafbare deelneming », *A.P.R.*, 1959, p. 111, n° 310 et s. ; J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, *op. cit.*, t. 1, p. 333 et s. ; R. DECLERCQ, « Tentative, participation et désistement », *Rapport belge au XII^e congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 1986, p. 462 ; A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal spécial*, 1^{re} éd., Gand-Bruxelles, E. Story-Scientia, 1987 ; 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2008, p. 327 ; L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, *op. cit.*, n° 579 et 802 ; Ch. VANDEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, 2^e éd., livre 1^{er}, p. 302. *Contra* : M. FRANCHIMONT et G. DELEIXHE, « Aspects de la participation criminelle en Belgique », *Rev. Dr. Pén.*, 1955-1956, p. 906 ; Chr. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 294 à 295 ; C. HENNAU-HUBLET, « La participation punissable : vers un affranchissement de la théorie de l'emprunt de criminalité ? », *Rev. Dr. Pén.*, 1990, p. 591 et s.

¹⁵⁶ Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 11 mai 1909 (*Pas.*, I, p. 232) jusqu'à récemment : Cass., 15 mai 1985, *Pas.*, I, p. 1153 ; Cass., 24 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 363 ; Cass., 19 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 185 ; Bruxelles, 26 juin 1990 (Affaire dite du Heysel), *J.L.M.B.*, 1990, p. 1135 ; Liège, 9 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 8.

part. Même l'erreur invincible, soutient R. LEGROS, « ne déchargerait pas les participants des circonstances aggravantes »¹⁵⁷. Il s'agit là de l'application de la théorie de l'emprunt matériel de criminalité qui considère que la concertation préalable, inhérente à la participation, laisse présumer la connaissance des circonstances aggravantes objectives¹⁵⁸. En raison d'une règle d'équité et de vie sociale, ceux qui participent à une infraction ne peuvent déclinier la responsabilité des conséquences qui en résultent et peuvent, par le seul fait de leur participation à l'infraction principale, se voir imputer les circonstances aggravantes objectives qui s'y attachent et infliger les peines correspondantes. La Cour de cassation a pu ainsi préciser, à propos des circonstances aggravantes attachées aux coups et blessures volontaires (art. 400 C.P.), qu'il n'est pas nécessaire que les participants aient voulu toutes et chacune des conséquences liées à l'infraction principale¹⁵⁹. Ou encore, que la peine infligée en cas de viol accompagné de séquestration (art. 376, al. 2 C.P.) frappe légalement chacun des prévenus, bien que certains d'entre eux n'ont pas participé à toutes les circonstances aggravantes objectives de l'infraction et même qu'ils les ont ignorées dans la mesure où « les circonstances aggravantes objectives, inhérentes à un crime ou à un délit prévu par le Code pénal, préjudicient à tous les coauteurs »¹⁶⁰.

L'imputation automatique des circonstances aggravantes objectives à tous les participants – qui entraîne des conséquences très lourdes pour les coauteurs et complices quant à la peine – n'a pas, jusqu'à l'arrêt *Göktepe*, été jugée contraire au principe de la personnalité des peines ni aux droits de la défense dans la mesure où seule la culpabilité du coauteur dans l'infraction principale doit être examinée sans avoir égard à son implication dans les circonstances aggravantes. La cour d'assises n'était dès lors pas tenue de faire poser aux jurés des questions séparées pour chacun des coauteurs¹⁶¹.

C'est précisément sur ce cas qu'est intervenu l'arrêt *Göktepe c. Belgique* du 2 juin 2005 de la Cour européenne des droits de l'homme qui constitue un tournant important dans la mesure où il décide que l'absence d'individualisation de la question relative à l'existence de circonstances objectives dans le chef de chacun des participants est incompatible avec le principe du contradictoire qui est au cœur de la notion de procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

« La question de l'implication personnelle du requérant, qui a toujours nié avoir porté les coups ayant conduit au décès de la victime, était donc déterminante pour l'exercice de ses droits de la défense (§ 28). Le fait qu'une juridiction n'ait pas égard à des arguments portant sur un point essentiel et entraînant des conséquences aussi sévères doit passer pour incompatible avec le respect du contradictoire qui est au cœur de la notion de procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention (§ 29) »¹⁶².

¹⁵⁷ R. LEGROS, « L'élément intentionnel dans la participation criminelle », *op. cit.*, p. 123, n° 14.

¹⁵⁸ Rapport fait par J.J. HAUS au nom de la Commission du gouvernement, in J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1897-1870, p. 133, n°306.

¹⁵⁹ Cass., 5 octobre 2005, *Pas.*, 2005, n° 481.

¹⁶⁰ Cass., 11 mai 1994, *IDj*, 1995, p. 808.

¹⁶¹ Cass., 16 février 1999, *Pas.*, 1999, p. 209. Plusieurs Cours d'assises ont cependant pris l'initiative de faire poser aux jurés des questions individualisées sur l'implication des coauteurs dans les circonstances aggravantes objectives. Voy. les arrêts cités par Chr. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 296.

¹⁶² Cour eur. D.H., 2 juin 2005, arrêt *Göktepe c. Belgique*. Voy. *Rev. Dr. Pén. crim.*, 2005, p. 1247, note M. Nève; *J.L.M.B.*, 2005, p. 1556, obs. N. Colette-Basecqz; *J.T.*, 2005, p. 715, obs. P.-P. Renson et *Journ. Proc.*, 2005, n° 506, p. 19, obs M. Marechal.

Cet arrêt, dont la position de principe a été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Delespesse c. Belgique* du 27 mars 2008¹⁶³, a sonné le glas de la théorie de l'emprunt de criminalité¹⁶⁴, sans que « les enseignements de l'arrêt se limitent au procès d'assises »¹⁶⁵. Dans un arrêt du 17 juin 2008, la Cour de cassation, revenant sur sa jurisprudence antérieure¹⁶⁶, semble en effet s'être engagée dans la voie de la condamnation de la théorie de l'emprunt de criminalité. La Cour estime en effet que les articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques exigent « une appréciation distincte de ces circonstances dans le chef de chaque coauteur ou complice »¹⁶⁷. La position de la Cour de cassation a été en partie consacrée par la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises qui exige désormais que les jurés répondent aux questions, portant tant sur le fait principal que sur chacune des circonstances aggravantes, séparément et individuellement pour chaque coauteur (art. 329^{quater} C.i.cr.).

Si la Cour de cassation tire les conclusions de ce raisonnement une fois encore à propos de la procédure en assises, il semble bien qu'elle « opère ici un revirement de jurisprudence et consacre explicitement, dans des termes généraux et sans se limiter à la procédure d'assises, le principe de la responsabilité individuelle »¹⁶⁸.

Dans un arrêt *Haxhishabani c. Luxembourg* du 20 janvier 2011, la Cour européenne des droits de l'homme semble nuancer son propos en considérant que l'imputation de la circonstance aggravante objective de meurtre par les juridictions luxembourgeoises n'avait pas été opérée automatiquement bien qu'il n'existait aucune preuve que le requérant ait participé matériellement au meurtre. La Cour estime, après avoir souligné que les juridictions internes ont examiné en détail les faits ayant conduit au meurtre et le rôle d'instigateur joué par le requérant, que « la manière dont les éléments constitutifs de la circonstance aggravante furent appliqués au requérant est une déduction assimilable à une 'présomption' en matière pénale »¹⁶⁹.

Comme le souligne D. VANDERMEERSCH, il n'est pas aisé d'évaluer l'incidence de la jurisprudence européenne et la jurisprudence belge illustre la difficulté à condamner définitivement la théorie de l'emprunt matériel de criminalité¹⁷⁰. Selon cet auteur, la circonstance aggravante ne devrait être imputée à un participant qu'à partir du moment où celui-ci « avait conscience que cette circonstance constituait un élément ou une suite prévisible de la

¹⁶³ Cour eur. D.H., 27 mars 2008, arrêt *Delespesse c. Belgique* : « Le président de la cour d'assises ayant refusé d'individualiser les questions relatives aux circonstances aggravantes objectives qui furent posées au jury, celui-ci n'a pas été en mesure de décider, pour chaque accusé séparément, s'il devait être tenu pour responsable du meurtre » (§ 25).

¹⁶⁴ Voy., notamment, N. COLETTE-BASECQZ, « La théorie de l'emprunt de criminalité jugée incompatible avec le procès équitable et les droits de la défense », *op. cit.*, p. 1564.

¹⁶⁵ P.-P. RENSON, « L'emprunt matériel de criminalité sérieusement condamné par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 716.

¹⁶⁶ Dans plusieurs arrêts postérieurs à l'arrêt *Göktepe*, la Cour de cassation estimait toujours que les circonstances aggravantes réelles de l'infraction se communiquaient à tous les participants à l'infraction. Voy. Cass., 5 octobre 2005, *R.C.J.B.*, 2006, p. 243, note F. KUTY : « La participation criminelle n'est pas irréductible à toute abstention ». Cf. aussi, Cass., 19 décembre 2006, *N.C.*, 2007, p. 224.

¹⁶⁷ Cass., 17 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 379.

¹⁶⁸ Voy., notamment, C. FAGNOULLE, « Le point sur les circonstances aggravantes réelles », obs. sous Liège, 10 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2009, n° 1, p. 30.

¹⁶⁹ Cour eur. D.H., 20 janvier 2011, arrêt *Haxhishabani c. Luxembourg*, § 37. Pour une analyse de cet arrêt, voy. Fr. KUTY, « La responsabilité pénale du chef des circonstances aggravantes réelles de nature intentionnelle : la jurisprudence *Haxhishabani* », *J.T.*, 2011, p. 360.

¹⁷⁰ Ainsi la cour d'appel de Liège a fait application de la théorie de l'emprunt matériel de culpabilité, estimant que l'arrêt *Göktepe c. Belgique* ne condamnait pas « les règles du droit positif belge relatives à la participation criminelle visées aux articles 66 et suivants du Code pénal belge, mais bien la procédure spéciale à la cour d'assises visant à imputer automatiquement à tous les participants à une infraction principale les circonstances aggravantes ayant accompagné cette infraction ... » (Liège, 10 avril 2008, *Rev. dr. pén.*, 2009, n° 2, pp. 206 et s.). Pour une approche critique de cette lecture restrictive de l'arrêt *Göktepe*, cf. Fr. LUGENTZ, « Une première analyse de la portée de l'arrêt *Göktepe* ; pour une interprétation stricte ? », note sous Liège, 10 avril 2008, *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, n° 2, p. 2012 et s. ; C. FAGNOULLE, « Le point sur les circonstances aggravantes réelles », *op. cit.*

commission de l'infraction et que malgré la connaissance de cet élément, il ait persisté dans sa volonté de s'associer à l'infraction telle que prévue »¹⁷¹.

C'est d'ailleurs ce raisonnement qu'a suivi la Cour de cassation dans un arrêt du 20 juin 2018¹⁷². L'affaire concernait cinq prévenus, dont le plan initial visait à voler une victime en l'entravant et la bâillonnant dans son habitation. Au cours des événements, la victime s'est agitée et s'est montrée plus bruyante que prévu. Le prévenu dont la tâche était d'assurer sa surveillance, au lieu de l'assommer, a pris la décision en une fraction de seconde de lui tirer une balle dans la tête.

L'ensemble des prévenus était poursuivi pour vol avec violences, avec la circonstance aggravante de meurtre. La cour d'appel a cependant requalifié les faits en vol avec violence sans viser le meurtre pour quatre d'entre eux. La Cour s'est notamment fondée sur le fait que ces derniers ignoraient que le tireur était porteur d'une arme à feu et que le plan d'origine se limitait à entraver la victime avec des liens, sans qu'il n'ait jamais été envisagé de lui donner la mort. La Cour de cassation a approuvé ce raisonnement. Il découle de cette décision que « la responsabilité pénale du chef de circonstances aggravantes réelles de nature intentionnelle requiert la connaissance de fait et le consentement à la commission de cette infraction connexe aggravante. La loi exige en effet une faute intentionnelle dans le chef des participants, qui suppose comme premier élément constitutif la connaissance »¹⁷³.

Sur le plan des principes généraux et de ce que l'on pourrait appeler la moralité interne du droit pénal, une intervention législative serait nécessaire pour revoir le régime de la participation criminelle sur ce point et inscrire, dans le droit positif, le principe de la responsabilité personnelle des participants, et ce, à tous les stades du procès pénal.

C'est précisément ce qu'ont considéré les auteurs du projet de Code pénal, qui ont proposé « [d']apporter une réponse légale »¹⁷⁴ à la jurisprudence de Strasbourg en intégrant l'exigence d'un élément de connaissance ainsi qu'un élément intentionnel dans le chef des participants pour pouvoir leur imputer les circonstances aggravantes objectives attachées à l'infraction principale.

En parallèle, on observe une évolution qui tend à incriminer l'entente, le concert entre plusieurs personnes, afin d'atteindre le groupe criminel dès sa naissance. Ainsi, l'adoption de certains textes législatifs traduit l'accent mis sur le danger que représente la participation de plusieurs personnes à l'infraction qui, souvent, prend la forme d'un groupe criminel, voire d'une criminalité organisée.

Ainsi, la loi du 10 janvier 1999 relative aux organisations criminelles rend punissable la seule appartenance à ce type d'organisation lorsqu'elle se réalise « sciemment et volontairement » (art. 324^{ter} C.P.)¹⁷⁵. Comme l'observent A. DE NAUW et F. DERUYCK, « il s'agit en fait d'un nouveau chapitre punissant la participation. On ne pourra donc plus se limiter au livre I^{er} du

¹⁷¹ D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 4^e éd., Bruxelles, La Charte, 2012, p. 125 à 126 ; voy., aussi, « La participation criminelle : questions d'actualités », *Droit pénal en questions*, Ch. Guillaïn et P. Jadoul (dir.), Bruxelles-Limal, Publications de l'Université Saint-Louis-Anthemis, 2013, p. 17 à 22 et les arrêts cités : Cass., 13 avril 2010; Cass., 12 octobre 2011; Cour ass. Bruxelles-Capitale, 8 octobre 2011 ; Cour ass. Bruxelles-Capitale, 25 octobre 2011 ; Cour ass. Province Hainaut, 30 novembre 2012, et Cour ass. Bruxelles-Capitale, 11 octobre 2012.

¹⁷² Cass. (2^{ème} ch.), 20 juin 2018, *J.T.*, 2018, p. 717, obs. Fr. KUTY, « La responsabilité pénale du chef d'une circonstance aggravante réelle de nature intentionnelle : l'exigence de prévision de sa commission à l'exclusion de sa seule prévisibilité ».

¹⁷³ Fr. KUTY, « La responsabilité pénale du chef d'une circonstance aggravante réelle de nature intentionnelle : l'exigence de prévision de sa commission à l'exclusion de sa seule prévisibilité », obs. sous Cass. (2^{ème} ch.), 20 juin 2018, *J.T.*, 2018, p. 719.

¹⁷⁴ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal*, op. cit., p. 82 et p. 4 (art. 19).

¹⁷⁵ Loi du 10 janvier 1999 relative aux organisations criminelles (*M.B.*, 26 février 1999). Voy. I. ONSSEA, « Wet betreffende de criminele organisaties : een eerste effectieve stap in de strijd tegen georganiseerde criminaliteit ? », *Panopticon*, 1999, p. 278 et s.

Code pénal pour étudier les diverses formes de participation bien qu'on soit en droit de se demander si le texte ne sous-estime pas la portée actuelle des dispositions en la matière. Il en résultera inmanquablement des cas de concours avec les articles 66 et suivants du Code pénal »¹⁷⁶. Il en va de même de la loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes qui a inséré le nouvel article 140 du Code pénal qui rend dorénavant punissable la participation à une activité d'un groupe terroriste en ayant ou en ayant dû avoir connaissance que cette participation pourrait contribuer à commettre un crime ou un délit du groupe terroriste.

Section 4. La récidive¹⁷⁷

La récidive vise la situation de l'individu qui, après avoir déjà encouru une condamnation pénale définitive, fait l'objet de nouvelles poursuites.

La matière de la récidive¹⁷⁸ est une matière complexe qui réunit, tant sur le plan théorique que pratique, certaines des questions parmi les plus significatives du droit pénal. La place que les auteurs lui assignent dans l'étude du droit pénal révèle les différents versants de la notion. Certains envisagent la récidive comme une « rechute dans l'infraction » et la situe, dès lors, dans l'étude de l'infraction¹⁷⁹. D'autres s'attachent à l'effet de la récidive et ils rangent cette matière dans la détermination du taux de la peine¹⁸⁰. D'autres encore analysent la récidive parmi les questions relatives au délinquant¹⁸¹.

Si la prise en compte de la récidive par le droit pénal a toujours existé, il y a un non-dit dans la question pénale de la récidive : celui de l'impuissance ou de l'échec du droit pénal que la récidive entend rencontrer, alors qu'elle en est la marque visible¹⁸².

Le régime juridique de la récidive trouve sa source dans les articles 54 à 57 et 565 du Code pénal, ainsi que dans les articles 34*bis* à 34*quinquies* du Code pénal, insérés par la loi du 26 avril 2007 concernant la mise à disposition du tribunal de l'application des peines. Ajoutons que les lois particulières peuvent, conformément à l'article 100 du Code pénal, contenir des règles propres en matière de récidive. Il convient également de faire référence, outre au régime légal de droit positif, aux deux grands projets de réforme de la matière pénale : l'Avant-projet de Code pénal du Commissaire Royal Robert Legros¹⁸³ et au récent projet de nouveau Code

¹⁷⁶ A. DE NAUW et F. DERUYCK, « Le droit pénal spécial belge à l'épreuve du crime organisé », *Rev. int. dr. pén.*, 1997, n° 3/4, p. 627 et s.

¹⁷⁷ Voy. Ch. GUILLAIN et O. NEDERLANDT, « Le régime légal de la récidive : entre approche classique et positiviste du droit pénal », in *La récidive et les carrières criminelles en Belgique*, coll. Les Cahiers du GEPS, Politeia, Bruxelles 2021, pp. 15 à 53.

¹⁷⁸ Cette contribution (principalement en son premier point « la question des fondements ») s'inspire, en partie, de l'ouvrage : Fr. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 10e éd., Bruxelles, Story-Scientia, 2014 et, plus particulièrement, pp. 522-541.

¹⁷⁹ P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge, Les Nouvelles, Droit pénal*, t. I, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1956, vol., pp. 465 et s.

¹⁸⁰ G. SCHUIND, « Remarques sur la récidive pénale », *Rev. dr. pén. crim.*, 1923, p. 648 : « les règles de la récidive contribuent à l'établissement des peines » ; Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, La Chartre, 2019, pp. 364 – 375 (Titre V. « Les éléments influençant le taux de la peine ») ; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 4 éd., Limal, Anthemis, 2019, pp. 535 et s.

¹⁸¹ R. LEGROS, *Droit pénal*, 2^e vol., 5^e éd., Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1980-1981, pp. 338 et s. ; Fr. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 522.

¹⁸² « Il y a dérision à dire que la récidive doit être punie plus sévèrement parce qu'elle démontre l'impuissance d'une première correction » (A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, op. cit., n° 455, note 2).

¹⁸³ R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, préface de J. GOL, vice-premier ministre et ministre de la Justice, Bruxelles, Moniteur, 1985, 216 p.

pénal porté par Joëlle Rozie et Damien Vandermeersch¹⁸⁴, qui a fait l'objet d'une proposition de loi déposée à la Chambre des représentants¹⁸⁵.

§ 1. La question des fondements

La matière de la récidive peut faire l'objet d'une lecture soit « classique », soit « positiviste »¹⁸⁶, illustrant la tension constante du droit pénal entre les fictions fondatrices du pénal, qu'il s'agisse du libre-arbitre ou de la dangerosité.

Dans la perspective du *droit pénal classique* ou du « droit pénal de l'acte », où seule l'infraction peut être l'objet de la règle de droit, la reconnaissance légale de la récidive, dont l'unique effet est de permettre une aggravation de la peine, constitue de toute évidence une exception. Cet affleurement de la subjectivité, dans un système dominé par une approche objective, sera contenu dans des limites étroites liées à l'infraction elle-même. C'est le sens notamment des conditions légales de la récidive que nous examinons au point suivant. Comment toutefois fonder la récidive sur le plan pénal ? Pour des auteurs tels que A. CHAUVÉAU et F. HÉLIE ou P. ROSSI, la récidive caractérise la moralité de l'auteur¹⁸⁷. Plus précisément encore, J.J. HAUS estime que « l'aggravation de la peine que la loi attache à la récidive est fondée sur la présomption d'une plus grande culpabilité du délinquant »¹⁸⁸. En l'espèce, le recours à la présomption est significatif dans la mesure où celle-ci traduit clairement l'idée d'une entorse à la réalité afin de réaliser certains objectifs. Le caractère relativement gratuit de cette affirmation est souligné par d'autres auteurs qui estiment, au contraire, que les effets particuliers de l'habitude criminelle devraient permettre de reconnaître au récidiviste une diminution de responsabilité morale dans la mesure où elle détruit la liberté et, partant, efface l'imputabilité¹⁸⁹. La conséquence logique de cette position paraît insupportable : « À pousser un peu loin cette opinion, il faudrait conclure que la peine la plus forte sera réservée au premier délit, et la plus légère au dernier, pour la proportionner à une culpabilité qui irait en s'affaiblissant. Le récidiviste serait traité avec plus de douceur que le délinquant primaire : voilà qui met à nu l'absurdité du système »¹⁹⁰.

Quant aux *positivistes* et partisans de la défense sociale ou d'un « droit pénal de l'agent », ils reconnaissent bien volontiers que la récidive entraîne une diminution de la culpabilité de l'acte et qu'à ce titre elle agit plutôt comme une circonstance atténuante. En revanche, ils adhèrent fermement à l'idée que la récidive accroît l'état de danger de celui qui, par habitude criminelle, s'isole et est isolé de la société¹⁹¹. Il s'agit, en l'espèce, d'un état de danger criminel « à l'égard duquel le délit n'est qu'un simple élément de détermination »¹⁹². Tout en constatant « que la

¹⁸⁴ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1^{er} du Code pénal, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 24, Bruxelles, La Charte, 2016 ; J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH et J. DE HERDT (avec le concours de M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Un nouveau Code pénal pour le futur ? La proposition de la Commission de réforme du droit pénal, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 27, Bruxelles, La Charte, 2019.

¹⁸⁵ Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2 (déposée par Philippe Goffin (MR), Koen Geens (CD&V), Servais Verherstraeten (CD&V) et Katja Gabriëls (Open Vld), *Doc. parl.*, Ch. repr., session extraordinaire 2019, 55-417/001.

¹⁸⁶ Voy. M. ANCEL, « Le récidivisme en droit comparé », *Rev. int. dr. pén.*, 1955, pp. 8 et s. ; M.-H. RENAUT, « Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », *Rev. sc. crim.*, 2000, pp. 319 et s.

¹⁸⁷ A. CHAUVÉAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, op. cit., t. 1, n° 196 ; P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, 1^{re} éd., Bruxelles, Louis Hauman et compagnie, Librairies, 1829 ; 3^e éd., 2 vol., Paris-Genève, Sautet-Alexandre Mesnier-J. Barbezat, 1863, t. III, p. 114.

¹⁸⁸ J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand-Paris, Hoste-Thorain, 1^{re} éd., 1869 ; 2^e éd., 1874 ; 3^e éd., 1879, repr., Bruxelles, Swinnen, 1979, t. II, p. 171, n° 893.

¹⁸⁹ Voy. ce débat dans G. DE MONTVALON, *La récidive, sa répression et ses remèdes*, Bruxelles, L. Larose, 1897, pp. 10 et 11.

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ G. TARDE, *La philosophie pénale*, Paris, Cujas, 2^e éd., 1888, pp. 260 et s.

¹⁹² H. BEKAERT, *Les principes de la récidive dans le droit pénal classique*, Louvain, Imprimerie administrative, 1939, p. 7.

prison est le véritable bureau de recrutement de l'armée des malfaiteurs » et que la récidive peut trouver sa cause dans « l'effet déplorable de l'intervention judiciaire »¹⁹³, notamment en ce qui concerne les courtes peines de prison, les mesures de défense sociale envisagées se concentrent paradoxalement sur le seul individu¹⁹⁴. Progressivement, comme le souligne H. BEKAERT, la récidive est considérée comme la démonstration de « l'existence d'une délinquance *différente* par sa nature et ses causes de la délinquance occasionnelle »¹⁹⁵. Les récidivistes deviennent ainsi une catégorie spéciale de délinquants, délinquants professionnels, d'habitude, et ils sont rangés parmi le groupe criminel des adolescents coupables, des anormaux et des aliénés. Ces « antisociaux normaux » occupent une place privilégiée dans de nombreuses législations positivistes en Europe depuis la fin du XIX^e siècle¹⁹⁶, notamment en Belgique dans la loi de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude du 9 avril 1930¹⁹⁷.

Le récidiviste est ainsi soumis à un régime pénal et potentiellement à un régime de défense sociale. Cette tension dans les fondements de la récidive se ressent dans le régime juridique actuellement applicable, qui reste marqué par certaines incohérences¹⁹⁸.

Dès l'adoption du Code pénal, l'idée que la récidive est la mesure de l'efficacité du système pénal a été relativisée : « Au point de l'utilité, la récidive est un grave symptôme de l'inefficacité de la loi répressive du condamné. Assurément, le législateur n'a point la prétention d'édicter une répression complètement efficace même à l'égard du délinquant. Une telle perfection dans les lois supposerait l'amendement possible de toutes les perversités, de tous les vices, de tous les tempéraments et la toute-puissance législative sur le présent et sur l'avenir, espérances évidemment chimériques »¹⁹⁹. La récidive représenterait, au contraire, l'échec ou l'impuissance du droit pénal à remplir sa fonction dissuasive consistant à prévenir la commission de nouvelles infractions²⁰⁰.

Le paradoxe est, qu'à cet échec du pénal que souligne la récidive (inefficacité de la première condamnation), on répond par un alourdissement de la répression : aggravation de la peine,

¹⁹³ G. DE MONTVALON, *La récidive, sa répression et ses remèdes*, Bruxelles, L. Larose, 1897, p. 7.

¹⁹⁴ Dans son rapport fait au nom de la Commission du gouvernement, HAUS observait aussi que la responsabilité de la récidive retombe en partie sur la société elle-même (in J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire et complément du Code pénal belge*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1867-1870, t. II, p. 94, n° 208). Sur l'individu, lieu commun d'application de la réaction sociale dans la théorie classique et positiviste, cf. M. VAN DE KERCHOVE, « Culpabilité et dangerosité. Réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité », *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, sous la direction de Chr. Debuyst, avec la collaboration de Fr. Tulkens, Genève, Masson-Médecine et Hygiène, coll. Déviance et société et Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1981, p. 293.

¹⁹⁵ H. BEKAERT, *Les principes de la récidive dans le droit pénal classique*, Louvain, Imprimerie administrative, 1939, p. 22. Sur ces types de délinquance, voy. A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Christophe et Librairie A. Marescq aîné, 1899, pp. 298 à 306. Avec du recul, nous percevons le danger des constructions juridiques fondées sur les explications scientifiques.

¹⁹⁶ En France, la loi du 27 mai 1885 institue pour les récidivistes la relégation qui est une mesure de sûreté (elle sera remplacée en 1970 par la tutelle pénale) tandis que la loi Béranger du 26 mars 1891 introduit la distinction entre les délinquants d'occasion et les délinquants d'habitude. En Angleterre, le *Prevention Crime Act* de 1908 prévoit une mesure d'élimination provisoire ou définitive pour le délinquant d'habitude réputé incorrigible tandis que le *Criminal Justice Act* de 1948 introduit, d'une part, le *corrective training* (formation de rééducation prolongée) et, d'autre part, la *preventive detention* (internement de sûreté) à l'encontre des *persistent offenders* qui paraissent dangereux pour la sécurité publique. Le *Criminal Justice Act* de 1967 a remplacé ces mesures par des *extended sentences*. En Allemagne, l'article 66 du Code pénal (introduit par la loi du 24 novembre 1933, modifiée par la loi du 25 juin 1969) prévoit un internement de sûreté obligatoire pour les récidivistes graves et facultatif pour les délinquants d'habitude, tandis que l'article 65 impose le placement dans un centre de thérapie sociale des récidivistes ayant des troubles graves de la personnalité. En Italie, les articles 102 et suivants du Code pénal de 1930 prévoient des mesures pour les délinquants d'habitude et par tendance.

¹⁹⁷ P. CORNIL, « Le problème de la récidive et la loi belge de défense sociale », *Rev. sc. crim.*, 1957, pp. 767 et s.

¹⁹⁸ Le droit comparé est intéressant en cette matière. Voy. A. DE NAUW, « Les nouvelles techniques de la récidive en droit comparé », *Rev. dr. pén. crim.*, 1978, pp. 351 et s.

¹⁹⁹ Code pénal, Rapport fait au nom de la Commission par A. ROUSSEL, *Doc. parl.*, Chambre, 1850-1851, séance du 2 juillet 1851, n° 245, p. 10. Voy., aussi, P. LANDREVILLE, « La récidive dans l'évaluation des mesures pénales », *Déviance et société*, 1982, pp. 375 et s.

²⁰⁰ P. LANDREVILLE, « La récidive dans l'évaluation des mesures pénales », *Déviance et société*, 1982, pp. 375 et s.

mise à la disposition du tribunal de l'application des peines, révocation de la suspension du prononcé ou du sursis, durcissement des conditions pour obtenir la réhabilitation, report de la date d'admissibilité à la libération conditionnelle. Comme le soulignent Chauveau et Hélie, « il y a dérision à dire que la récidive doit être punie plus sévèrement parce qu'elle démontre l'impuissance d'une première correction »²⁰¹. Et de fait, une étude récente de l'Institut national de criminalistique et de criminologie (INCC) démontre que le taux de récidive est plus élevé pour les personnes ayant été condamnées à une peine privative de liberté²⁰².

L'avant-projet de Code pénal (2016) estime qu'il y a lieu de modifier les règles relatives à la récidive, dans la mesure où il n'existe aucune étude scientifique démontrant que les récidivistes doivent être punis plus sévèrement. En effet, « il est impossible de justifier une peine plus grave lorsque l'on ne peut motiver l'objectif poursuivi par la sanction ». Or, les recherches en la matière démontrent que « des peines plus lourdes ne préviennent pas la rechute criminelle » et que « les personnes condamnées à une peine privative de liberté présentent (...) un risque de récidive plus élevé que les autres »²⁰³.

§ 2. Les conditions légales de la récidive

Pour les auteurs classiques, la récidive est considérée comme une sorte de « circonstance aggravante personnelle »²⁰⁴ propre à l'auteur de l'infraction et fondée sur la tendance à la délinquance du prévenu, qui permet au juge, dans les limites prévues par la loi, d'user de plus de rigueur dans la répression²⁰⁵. Techniquement, elle ne l'est cependant pas, comme l'a rappelé la Cour de cassation :

« La récidive légale n'est pas une circonstance aggravante personnelle, mais un état, qui, non seulement est susceptible d'entraîner une majoration de la peine au-delà du maximum légalement prévu et de justifier, dans certains cas, la prononciation d'une mise à la disposition du gouvernement, mais encore, par l'effet même de la loi, place automatiquement le condamné dans une situation plus défavorable que le délinquant primaire en ce qui concerne l'obtention éventuelle de la libération conditionnelle et de la réhabilitation »²⁰⁶.

La récidive n'est admise qu'à deux conditions – on parle aussi des deux termes de la récidive – : une condamnation antérieure et une infraction nouvelle.

Ces conditions ne sont pas liées, comme on aurait pu le croire, à la criminalité de l'auteur lui-même, mais aux infractions commises. Comme le souligne H. BEKAERT, tout en le critiquant, dans le système classique qui a inspiré les articles 54 à 57 du Code pénal, « la base du régime, c'est le dernier délit »²⁰⁷. Ce choix, qui peut évidemment paraître illogique, s'explique par la nécessité de maintenir le caractère objectif du droit pénal, dans le respect du principe de la

²⁰¹ A. CHAUXEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, 2^e éd. belge annotée par J.S.G. NYPELS, 2 t., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1859, n° 455, note 2).

²⁰² B. MINE et L. ROBERT, « La récidive après une décision judiciaire. Des chiffres nationaux sur la base du Casier judiciaire central » INCC, 2015 (rapport consultable sur <http://incc.fgov.be>).

²⁰³ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, Commission de réforme du droit pénal, op. cit., p. 150-153.

²⁰⁴ J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, op. cit., t. II, p. 161, n° 883; Cass., 25 avril 2001, *Pas.*, 2001, n° 231; Cass., 25 avril 2012, *Rev. dr. pén.*, 2012, p. 1094, concl. Av. gén. D.Vandermeersch.

²⁰⁵ Cass., 20 août 1964, *Pas.*, I, p. 1188; Cass., 24 avril 2001, *J.T.*, 2001, p. 637.

²⁰⁶ Cass., 30 juin 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 200. Comme nous le verrons par la suite, la loi du 26 avril 2007, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012, a remplacé la mise à la disposition du gouvernement par la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines.

²⁰⁷ H. BEKAERT, Les principes de la récidive dans le droit pénal classique, op. cit., p. 25.

légalité. Il est intéressant de lire, dans *Science pénale et droit positif*, l'ensemble des critiques que PRINS formule à l'endroit du régime juridique de la récidive dans le Code pénal qu'il estime, dans la perspective de la défense sociale qu'il promeut, être « défectueux à divers points de vue »²⁰⁸.

A. Une condamnation antérieure

La condamnation antérieure, qui est le premier terme de la récidive, représente un « avertissement de justice », requis à la fois comme « facteur de culpabilité dans l'appréciation des délits futurs » et comme « valeur de certitude pour établir l'existence de délits antérieurs »²⁰⁹. C'est cet antécédent judiciaire qui justifie, dans le Code pénal, le sort différent réservé à la récidive et au concours d'infractions, aggravation de la peine dans le premier cas et atténuation dans le second. L'efficacité de l'avertissement légal suppose certaines conditions qui sont dégagées par la doctrine et la jurisprudence. L'idée est que le récidiviste ne puisse se plaindre ni d'une appréciation arbitraire de son passé, ni de ne pas avoir été averti.

Il doit s'agir :

- d'une condamnation et non d'une simple poursuite, d'un classement sans suite ou d'un non-lieu, d'une transaction ou d'une médiation-mesure (ancienne médiation pénale) qui ne constituent pas une condamnation ;

- d'une condamnation à une peine prononcée pour crime, délit ou contravention. Ne remplissent pas cette condition : la suspension du prononcé de la condamnation²¹⁰, les déclarations de culpabilité, les mesures de sûreté prises à l'égard des mineurs ou des malades mentaux, les sanctions administratives, les condamnations disciplinaires ainsi que les condamnations civiles. Aux termes de la loi, il doit s'agir d'une condamnation à une peine de réclusion, d'emprisonnement ou d'amende de sorte que les peines dites alternatives (peine de travail, de probation autonome ou de surveillance électronique) ne peuvent fonder un état de récidive²¹¹.

La condamnation définitive doit avoir été prononcée, mais pas nécessairement avoir été exécutée, ce qui peut paraître paradoxal par rapport au fondement de la récidive selon lequel « l'homme puise dans le châtiment l'énergie nécessaire pour ne plus délinquer »²¹². C'est la dimension symbolique de la condamnation qui est privilégiée, indépendamment de sa dimension instrumentale. Une condamnation assortie d'un sursis, une condamnation graciée ou dont la peine est prescrite, ne font dès lors pas obstacle à la récidive. En revanche, une condamnation tombée dans « l'oubli juridique » (effacement, réhabilitation, amnistie) fait disparaître la récidive²¹³.

- d'une condamnation pénale coulée en force de chose jugée. Il faut une condamnation définitive, qui ne soit plus susceptible d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation au moment où les faits nouveaux sont commis.

²⁰⁸ A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, *op. cit.*, pp. 312 et s.

²⁰⁹ H. BEKAERT, *Les principes de la récidive dans le droit pénal classique*, *op. cit.*, pp. 30 – 31 ; J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, t. II, p. 145, n° 826.

²¹⁰ Cass., 19 décembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 497.

²¹¹ En revanche, quelqu'un en état de récidive peut être condamné à une peine dite alternative, voy. *infra*, Chapitre V. La peine, Section 2. La classification des peines.

²¹² P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, p. 465, n° 3031.

²¹³ En ce qui concerne l'effacement : Cass., 13 novembre 1991, *Rev. dr. pén.*, 1992, p. 663 et s.

« L'état de récidive requiert qu'au moment où l'infraction nouvelle est commise, la condamnation déjà encourue soit passée en force de chose jugée »²¹⁴.

- d'une condamnation pénale prononcée par une juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne.

Les auteurs classiques rejetaient catégoriquement la récidive fondée sur une condamnation pénale étrangère, et cela pour trois raisons : le champ d'application du droit pénal qui diffère d'un Etat à un autre, les divergences des législations et une méfiance internationale²¹⁵.

L'immobilisme en cette matière s'est cependant vite heurté à l'évolution du droit pénal européen. La décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 24 juillet 2008 relative à la prise en compte des décisions de condamnations entre les Etats membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale, transposée en droit belge par la loi du 25 avril 2014²¹⁶, oblige dorénavant le juge belge, pour établir s'il y a récidive, à prendre en compte les condamnations prononcées par les autres Etats membres de l'Union européenne. À cette fin, la loi du 25 avril 2014 insère, dans le livre premier du Code pénal, un chapitre XI intitulé « De la prise en compte des condamnations prononcées par les juridictions pénales d'autres États » et comprenant un article unique, l'article 99bis qui dispose: « Les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un autre État membre de l'Union européenne sont prises en compte dans les mêmes conditions que les condamnations prononcées par les juridictions pénales belges, et elles produiront les mêmes effets juridiques que ces condamnations ».

Enfin, le droit international peut autoriser un Etat à prendre en considération une condamnation dans un autre Etat pour fonder l'état de récidive. Il en est ainsi de l'article 36, § 2, a), (iii) de la Convention unique sur les stupéfiants du 30 mars 1961²¹⁷.

La preuve de l'antécédent judiciaire doit en principe être rapportée par l'extrait officiel de la décision qui a prononcé la condamnation et qui mentionne qu'elle est passée en force de chose jugée²¹⁸. L'extrait du casier judiciaire est normalement insuffisant et ne peut être admis qu'en l'absence de

²¹⁴ Cass., 22 septembre 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 211 ; *J.L.M.B.*, 2005, p. 518 ; Cass., 21 décembre 2004, *Pas.*, I, n° 262 ; Cass., 2 mai 2012, *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 1297. Il a été notamment jugé qu'une condamnation par défaut peut servir de base à la récidive, à l'expiration du délai d'opposition, et pour autant qu'aucun recours n'ait été exercé (Cass., 25 avril 2001, *J.T.*, 2001, p. 631 ; *Pas.*, 2001, I, p. 692). Sous réserve de l'exercice des voies de recours, une décision judiciaire définitive est revêtue de l'autorité de la chose jugée qui est une présomption légale de vérité pour les parties en cause, par rapport au litige (art. 23 du Code judiciaire : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet de la décision »). En matière pénale - et contrairement au droit judiciaire civil - une décision ne passe en force de chose jugée que lorsqu'elle n'est plus susceptible ni d'opposition, ni d'appel, ni de pourvoi en cassation. La différence porte sur le pourvoi en cassation puisque celui-ci, en matière pénale, est, en principe, suspensif de l'exécution de la décision attaquée. Voy. Cass., 17 juin 1980, *Pas.*, I, p. 1281. L'article 534bis, § 2 du Code pénal réprimant le graffiti parle expressément, pour établir la récidive, de « jugement antérieur portant condamnation et passé en force de chose jugée ». Il en va de même de l'article 81 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins qui évoque une « condamnation passée en force de chose jugée prononcée du chef de la même infraction ». En cas d'infraction continue ou collective, rien n'empêche le juge de constater l'état de récidive alors que seule une partie des nouveaux faits mis à charge du prévenu a été commise après que la condamnation antérieure ait été coulée en force de chose jugée (Cass., 12 janvier 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 1096 ; Cass., 26 octobre 2010, *Pas.*, 2010, n° 636).

²¹⁵ L'article 149 de l'*Avant-projet de Code pénal* (1979) se départit de cette réserve et envisage la récidive internationale, en raison notamment des engagements internationaux de la Belgique. Il convient toutefois de s'assurer que la condamnation étrangère a été prononcée dans le respect des droits de l'homme et des droits de la défense, *Avant-projet de Code pénal, op. cit.*, p. 48 et exposé des motifs, p. 165.

²¹⁶ Loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 14 mai 2014.

²¹⁷ « Sous réserve des dispositions constitutionnelles de chaque Partie, de son système juridique et de sa législation nationale (...), les condamnations prononcées à l'étranger pour ces infractions seront prises en considération aux fins d'établissement de la récidive ». Pour un cas d'application, voy. Cass., 13 juin 2007, *Pas.*, 2007, n° 324.

²¹⁸ Cass., 25 avril 2012, *Pas.*, 2012, p. 903 et concl. Av. Gén. D. VANDERMEERSCH.

contestation du prévenu²¹⁹. La Cour de cassation considère toutefois que la preuve de l'existence d'une condamnation antérieure passée en force de chose jugée peut être apportée par d'autres moyens par le ministère public à qui il incombe, en tant que partie poursuivante, d'établir que les conditions de récidive sont réunies²²⁰. Le juge n'est cependant pas tenu de prendre connaissance du dossier concernant les faits donnant lieu à la condamnation antérieure sur la base de laquelle l'état de récidive légale est constaté²²¹.

B. Une infraction nouvelle

Juridiquement, il n'y a récidive que si, après une première condamnation coulée en force de chose jugée, l'auteur commet une nouvelle infraction²²². Celle-ci est donc le second terme de la récidive. Il n'y a cependant récidive que si la nouvelle infraction a été commise après la première condamnation. À défaut, l'auteur n'est pas en état de récidive, mais se trouve éventuellement dans la situation d'un concours d'infractions. Rien n'empêche toutefois le juge de prendre en considération des faits antérieurs ayant fait l'objet d'une condamnation passée en force de chose jugée postérieurement aux faits examinés, pour autant qu'il n'admette pas la récidive.

« Aucune disposition légale ni principe du droit n'empêche le juge pénal, pour asseoir sa conviction et fixer le taux de la peine, de tenir compte de l'existence d'une condamnation antérieure passée en force de chose jugée qui a été prononcée du chef de faits antérieurs similaires après la commission des faits examinés, pour autant qu'il n'admette pas de récidive légale »²²³.

C. Les types de récidive prises en compte par le droit pénal

Toute « rechute criminelle », ou récidive dans le sens commun du terme, n'est pas nécessairement synonyme d'un état de récidive pris en compte par le droit pénal. Les rapports entre les deux termes de la récidive (condamnation antérieure et infraction nouvelle) introduisent certaines distinctions visant à déterminer quelles situations tombent ou non dans le régime de la récidive légale. Une première distinction est de nature temporelle et est basée sur *l'intervalle de temps* qui sépare les infractions avec comme conséquence, la prescription éventuelle de l'état de récidive. Si aucun délai n'est prévu entre les deux infractions, la récidive est dite perpétuelle ; tel est le cas, notamment, en matière de crimes (art. 54 et 55, C. pén.), de même que pour la récidive de délit sur crime (art. 56, al. 1^{er}). Si la première condamnation n'est retenue que pendant un certain temps, la récidive est dite temporaire ; c'est le cas pour la récidive de crime sur délit (art. 55bis) et pour celle de délit sur délit (art. 56, al. 2) qui ne donnent plus lieu à récidive après l'expiration d'un délai de cinq ans « depuis qu'il (le condamné) a subi ou prescrit sa peine »²²⁴ et pour les contraventions après douze mois (art. 565). La logique du

²¹⁹ Cass., 9 juin 1964, *Pas.*, I, p. 1083. En effet, l'article 600 du Code d'instruction criminelle stipule que « Les informations communiquées par le Casier judiciaire ne constituent pas la preuve des décisions judiciaires ou administratives auxquelles elles se rapportent ».

²²⁰ Cass., 12 novembre 2019, *R.A.B.G.*, 2020, p. 688, obs. F. Van Volsem, *T. Strafr.*, 2020, p. 301, obs. T. Decaigny.

²²¹ Cass., 3 juin 2003, *Pas.* 2003, p. 1120.

²²² L'infraction nouvelle doit avoir été accomplie *entièrement* après que la condamnation du chef de la première infraction ait acquis force de chose jugée, d'où l'importance de déterminer la nature, instantanée ou continue, de celle-ci.

²²³ Cass., 22 avril 2008, *Pas.* 2008, p. 975.

²²⁴ Lorsque la condamnation, premier terme de la récidive, a été prononcée avec sursis et que celui-ci n'a pas été révoqué, la peine est « réputée subie » à l'expiration du délai d'épreuve et la période de cinq ans prévue par l'article 56, al. 2, du Code pénal prend cours à ce moment (Cass., 24 juin 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, p. 1006 et s., note G.D. ; Cass., 15 juillet 1997, *Pas.*, I, p. 316 ; Cass., 2 mai 2001, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 1013 ; comp. Liège, 23 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1012 et s., note F. Kefer). De même, en cas de libération conditionnelle, le point de départ du délai de récidive est la date de la libération définitive car ce n'est qu'à cette date que

système veut que la récidive temporaire, plus favorable au prévenu, joue pour les infractions considérées comme moins graves.

Une deuxième distinction porte sur l'*objet* des infractions qui sont prises en considération pour la récidive et porte sur l'identité des infractions concernées par les deux termes de la récidive. Dans la récidive spéciale, il y a identité entre les infractions (vol sur vol, faux sur faux) ; dans la récidive générale cet élément est indifférent²²⁵. En vue de simplifier la matière et pour prendre en compte les données criminologiques, l'*Avant-projet de Code pénal* du professeur Legros (1985) proposait de limiter la récidive punissable aux seuls cas d'infractions « du même type de délinquance » (art. 146). Ainsi, par exemple, une rébellion après des outrages à l'autorité ou un viol après des coups ou blessures volontaires²²⁶. Une troisième distinction, enfin, concerne la *nature* des infractions où nous observons une évolution significative. Le législateur de 1867 entendait limiter le mécanisme aggravant de la récidive aux seuls crimes et délits du livre II du Code pénal²²⁷. La raison invoquée tenait au fait que seules ces infractions constituaient des atteintes à l'ordre social et étaient, dès lors, susceptibles de démontrer le caractère antisocial de leur auteur²²⁸. *A contrario*, il ne pouvait y avoir de récidive entre une infraction qui relève du droit pénal commun et une infraction qui relève du droit pénal particulier²²⁹. Depuis l'important arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 1967, la jurisprudence a renoncé à cette singulière restriction du champ d'application de la récidive²³⁰. Aujourd'hui, la récidive entre les infractions du livre II du Code pénal et celles contenues dans les lois particulières est possible, de même que la récidive entre infractions du droit pénal particulier.

« Est légalement justifiée la décision qui considère que le condamné se trouve en état de récidive légale, lorsqu'après une condamnation du chef d'une infraction prévue par le Code pénal, il commet une infraction à une loi particulière »²³¹.

Enfin, une dernière distinction porte que le caractère *facultatif ou obligatoire* de l'aggravation de la peine en cas de récidive.

§ 3. Les cas de récidive

Il convient de distinguer la récidive organisée par le Code pénal et la récidive prévue par les lois spéciales et particulières.

la peine est réputée subie (Cass., 23 octobre 1996, *J.T.*, 1997, p. 221). Sur la prescription des peines, voy. les articles 91 à 96 du Code pénal.

²²⁵ En vue de simplifier la matière et pour prendre en compte les données criminologiques, l'*Avant-projet de Code pénal* (1979) propose de limiter la récidive punissable aux seuls cas d'infractions « du même type de délinquance » (art. 146). Ainsi, par exemple, une rébellion après des outrages à l'autorité ou un viol après des coups et blessures volontaires, *Avant-projet de Code pénal, op. cit.*, pp. 47-48 et exposé des motifs, p. 165.

²²⁶ *Avant-projet de Code pénal, op. cit.*, pp. 47-48 et exposé des motifs, p. 165.

²²⁷ Voy. Cass., 17 septembre 1985, *R.W.*, 1985-1986, col. 2274, note A. Vandeplass.

²²⁸ J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge, op. cit.*, t. II, p. 171, n° 893: « les actions et les inactions réprimées par les lois particulières sont généralement des infractions de convention sociale, infractions que la justice ne permet pas de confondre avec les délits qui blessent la morale par eux-mêmes et dont la répression fait l'objet du Code pénal commun ». Voy. aussi P.E. TROUSSE, *Les principes généraux ...*, *op. cit.*, p. 474, n° 3095.

²²⁹ Sur le sens et la portée de cette distinction, voy., *supra*, Chapitre II. Le droit pénal, Section 3. Les divisions du droit pénal, § 2. Le droit interne, A. Le droit pénal matériel, 2. Le droit pénal commun et le droit pénal particulier.

²³⁰ Cass., 23 janvier 1967, *Pas.*, I, p. 611, concl. Av. gén. Charles ; Cass., 2 juin 1975, *Pas.*, I, p. 941 ; Cass., 15 mars 1977, *Pas.*, I, p. 762.

²³¹ Cass., 22 décembre 1998, *Pas.*, I, p. 533.

A. Dans le droit pénal général

Les articles 54 à 56 du Code pénal s'attachent à la récidive en matière criminelle et correctionnelle.

Quatre hypothèses sont prévues par la loi : la récidive de *crime* sur *crime* ; la récidive de *crime* (non correctionnalisé) sur *délit* (ou crime correctionnalisé) ; la récidive de *délit* (crime correctionnalisé) sur *crime* et la récidive de *délit* (crime correctionnalisé) sur *délit* (crime correctionnalisé).

Avant toute analyse, rappelons que les règles relatives à la récidive se calculent sur la base de la peine appliquée (*in concreto*) et non sur la base de la peine applicable (*in abstracto*), tant pour le premier terme (condamnation antérieure) que pour le second terme (nouvelle infraction) de la récidive²³². Par ailleurs, en cas de concours d'infractions avec récidive, le juge doit appliquer les règles de la récidive avant celles du concours²⁸⁴.

« En cas de récidive jointe au concours de délits, le juge doit d'abord fixer la peine que paraît mériter chacun des délits concurrents eu égard à la récidive puis appliquer aux peines ainsi déterminées les règles relatives au concours d'infractions »²³³.

1. Les articles 54 et 55 concernent la **récidive de *crime sur crime***. En l'espèce, la récidive est perpétuelle, générale et facultative ou obligatoire. Le point de départ de l'aggravation est la peine normalement prévue pour la nouvelle infraction sans la récidive, que le juge peut augmenter, en tenant compte des termes de l'article 54 ou 55²³⁴. S'il s'agit de la réclusion, le juge pourra condamner à la réclusion de dix à quinze ans ; s'il s'agit de la réclusion de dix à quinze ans, il pourra condamner à la réclusion de quinze à vingt ans. La récidive est donc facultative (art. 54, al. 1er et 2 et 7 du Code pénal). En revanche, si le dernier crime emporte la réclusion de quinze à vingt ans, le prévenu sera condamné (récidive obligatoire) à dix-sept ans au moins de cette peine (art. 54, al. 3 et 7 du Code pénal). L'article 55 organise le même système pour la peine de détention qui est la peine réservée au crime politique²³⁵. L'antécédent judiciaire, qui doit nécessairement être une condamnation à une peine criminelle, ne peut dès lors consister en une peine alternative qui ne peut être prononcée qu'en matière correctionnelle ou de police.

L'article 55bis concerne la récidive de ***crime (non correctionnalisé) sur délit (ou crime correctionnalisé)***, introduite par la loi du 5 mai 2019 insérant dans le Code pénal un article 55bis, en ce qui concerne la récidive²³⁶. Avant l'entrée en vigueur de la loi, le Code pénal ne prévoyait pas l'hypothèse de crime sur délit (ou crime correctionnalisé)²³⁷. Comme l'a

²³² G. SCHUIND, « Remarques sur la récidive pénale », *Rev. dr. pén.*, 1923, p. 637.

²⁸⁴ Cass., 25 avril 2012, *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 1094, concl. de l'avocat général D. VANDERMEERSCH : « En cas de récidive jointe au concours de délits, le juge doit d'abord fixer la peine que paraît mériter chacun des délits concurrents eu égard à la récidive puis appliquer aux peines ainsi déterminées les règles relatives au concours d'infractions ».

²³³ Cass., 25 avril 2012, *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 1094, concl. Av. gén. D. VANDERMEERSCH ; voy., aussi, N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 500.

²³⁴ Sur cette interprétation généralement admise de l'expression « ... un crime emportant... » utilisée par le législateur, cf. P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, p. 476, n° 3107.

²³⁵ Voy. *supra*, Chapitre III. L'infraction, Section 2. La classification des infractions, § 2. Classification fondée sur l'objet de l'infraction, A. Les infractions politiques, 2. La répression du délit politique.

²³⁶ M.B., 28 mai 2019, entrée en vigueur le 7 juin 2019. Voy. Ch. GUILLAIN, « La récidive de crime sur délit : un coup d'épée dans l'eau ? », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, V. Franssen et A. Masset (dir.), Anthemis, Commission Université-Palais (CUP), 2019, vol. 194, p. 45 à 72 ; Ch. GUILLAIN, « Actualités en droit pénal général : nouveautés en matière de récidive et de concours d'infractions », *Actualités en droit pénal et exécution des peines*, Ch. Guillaïn et Fr. Kutý (dir.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 49 à 78.

²³⁷ Cass., 9 août 1989, *Pas.*, I, p. 1212 ; Cass., 30 juin 1999, *Pas.*, I, p. 411.

rappelé à plusieurs reprises la Cour constitutionnelle²³⁸, le législateur de 1867 a considéré que les fourchettes de peines criminelles (entre le minimum et le maximum) laissent une latitude suffisante au juge pour individualiser la répression: « la peine criminelle, applicable à cette récidive, est pourvue d'une force suffisante et laisse au juge assez de latitude pour satisfaire à tous les besoins d'aggravation que cette récidive a fait surgir, l'inefficacité de la première condamnation trouvant alors son remède dans la sévérité nécessaire de la deuxième »²³⁹. La position adoptée par le législateur de 1867 est également dictée par des considérations d'ordre criminologique, celui-ci ayant estimé que la condamnation antérieure à une peine correctionnelle ne représente pas un incitant suffisant à ne pas commettre d'infraction punie d'une peine criminelle²⁴⁰.

L'insertion d'une récidive de crime sur délit dans le Code pénal vise, selon les vœux du législateur, à apporter une réponse à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui a constaté une violation du principe d'égalité. Dans plusieurs arrêts, la Cour constitutionnelle a en effet estimé que le prévenu qui, après avoir encouru une peine d'au moins un an d'emprisonnement, est renvoyé devant la cour d'assises du chef d'un crime correctionnalisable, se trouve dans une situation nettement plus favorable que s'il était renvoyé devant le tribunal correctionnel qui peut le condamner en état de récidive légale (contrairement à la cour d'assises avant la réforme). La Cour constitutionnelle a dès lors considéré qu'une telle situation violait les articles 10 et 11 de la Constitution au niveau de la fixation de la peine. Elle a également constaté cette différence de traitement au stade de son exécution, dès lors que l'état de récidive retarde le moment auquel une libération conditionnelle peut être sollicitée pour toute une série de condamnés.

« L'article 56, alinéa 2, du Code pénal, lu en combinaison avec l'article 25 du même Code, avec l'article 216^{novies} du Code d'instruction criminelle et avec l'article 2, alinéas 1^{er} et 3, de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, viole les articles 10 et 11 de la Constitution, mais uniquement dans la mesure où il autorise la condamnation de l'inculpé renvoyé au tribunal correctionnel du chef d'un crime correctionnalisé commis moins de cinq ans après qu'il a subi ou prescrit une peine d'emprisonnement d'au moins un an, à une peine supérieure à celle qui peut être prononcée à l'égard de l'inculpé renvoyé du chef du même crime commis dans cette même circonstance à la cour d'assises ayant constaté l'existence de circonstances atténuantes » (concernant la fixation de la peine)²⁴¹.

« La différence de traitement en cause qui consiste à retenir un seuil d'admissibilité à la libération conditionnelle plus sévère pour les personnes condamnées par une juridiction correctionnelle, en état de récidive légale, à une peine d'emprisonnement du chef d'un crime punissable de la peine de réclusion de cinq à dix ans correctionnalisé ou d'un délit, est dépourvue de justification raisonnable. En effet, elle a pour conséquence qu'il n'est pas garanti que l'échelle des peines est respectée au stade de l'exécution des peines dès lors que les condamnés en état de récidive légale à une peine d'emprisonnement pour un fait puni plus sévèrement par la loi sont susceptibles d'être admissibles à la libération conditionnelle plus tôt que les condamnés en état de récidive légale à une

²³⁸ C.C., 15 décembre 2011, n° 193/2011, § B. 17 ; C.C., 18 décembre 2014, n° 185/2014, § B. 9.

²³⁹ Code pénal, Rapport fait au nom de la Commission par A. ROUSSEL, *Doc.*, Ch., 1850-1851, séance du 2 juillet 1851, n° 245, p. 41 et 42.

²⁴⁰ Rapport fait par J.J. HAUS au nom de la Commission du gouvernement, in J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1897-1870, II, p. 111, n° 248.

²⁴¹ C.C., 15 décembre 2011, n° 193/2011 et 22 décembre 2011, n° 199/2011 et 7 février 2018, n° 15/2018.

peine d'emprisonnement pour un fait puni moins sévèrement par la loi » (concernant l'exécution de la peine)²⁴².

Par l'insertion d'un article 55*bis* dans le Code pénal, le législateur entend ainsi faire en sorte qu'un condamné ne puisse plus tirer « avantage » d'un renvoi devant la cour d'assises puisque l'aggravation de la peine, et les conséquences qui en découlent, pourra être prononcée indépendamment de la juridiction de renvoi²⁴³. La doctrine considère cependant que l'insertion de l'article 55*bis* dans le Code pénal n'a pas mis fin aux discriminations existantes (*infra*).

Comme le montre le tableau suivant, trois situations sont visées par la loi, liées aux nouvelles infractions commises et à l'aggravation de la peine que l'état de récidive est susceptible d'entraîner :

Récidive de crime sur délit (ou crime correctionnalisé) Loi du 5 mai 2019		
1 ^{er} Terme Récidive (Antécédent Judiciaire)	2 ^{ème} Terme Récidive (Nouvelle Infraction)	Aggravation Peine
Emp min. 1 an (art. 55 <i>bis</i> , al. 1 ^{er})	Réclusion 5 à 10 ans	Réclusion 10 à 15 ans (Facultatif)
Emp min. 1 an (art. 55 <i>bis</i> , al. 2)	Réclusion 10 à 15 ans	Réclusion 15 à 20 ans (Facultatif)
Emp min. 1 an (art. 55 <i>bis</i> , al. 3)	Réclusion 15 à 20 ans	Réclusion de 17 ans au moins (Obligatoire)
-	Réclusion 20 à 30 ans	Pas de récidive
-	Réclusion à perpétuité	Pas de récidive

Comme pour la récidive de délit sur délit (art. 56, al. 2, C. pén.), la récidive de crime sur délit est temporaire avec comme conséquence, la prescription de l'état de récidive après l'expiration d'un délai de cinq ans. L'antécédent judiciaire doit consister en un emprisonnement correctionnel d'un an au moins de sorte qu'un antécédent judiciaire inférieur à 365 jours, tout comme une condamnation à une peine de travail, de probation ou de surveillance électronique, ne peut fonder l'état de récidive. La récidive est également générale, dans la mesure où il ne doit pas y avoir identité entre les infractions commises. Enfin, la nouvelle infraction commise peut être soit de droit commun (réclusion), soit politique (détention).

Concernant l'aggravation de la peine, le législateur s'est calqué sur les termes des articles 54 et 55 du Code pénal, concernant la récidive de crime sur crime. Dans les deux premières hypothèses de l'article 55*bis* du Code pénal (al. 1^{er} et 2), le point de départ de l'aggravation est la peine normalement prévue pour la nouvelle infraction sans la récidive, que la cour d'assises peut augmenter de cinq ans. Ainsi, s'il s'agit d'un crime puni de la réclusion ou de la détention de cinq à dix ans, la cour d'assises pourra condamner l'individu récidiviste pour

²⁴² C.C., 7 février 2018, arrêt n° 15/2018, § B.12. Voy., aussi, C.C., 26 juillet 2017, n° 102/2017.

²⁴³ Proposition de loi modifiant la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, en ce qui concerne l'état de récidive, Rapport de première lecture fait au nom de la Justice, *Doc.*, Ch., 2018-2019, 54-3213/3, p.4.

un terme de dix à quinze ans ; s'il s'agit de la réclusion ou de la détention de dix à quinze ans, elle pourra le condamner pour un terme de quinze à vingt ans. L'augmentation de la peine est laissée à l'appréciation de la cour d'assises et est, dès lors, facultative.

Dans la dernière hypothèse visée à l'article 55*bis*, alinéa 3 du Code pénal, si le crime emporte la réclusion ou la détention de quinze à vingt ans, le prévenu sera condamné à dix-sept ans au moins. La récidive est ici, en principe, obligatoire.

En revanche, rien n'est prévu concernant le crime emportant la réclusion de vingt à trente ans ou la réclusion à perpétuité, de sorte qu'il n'y a toujours pas de récidive légale dans ces deux hypothèses, en raison de la peine élevée que le condamné est susceptible d'encourir devant la cour d'assises, ce qui amène, à nouveau, à des situations paradoxales²⁴⁴.

Enfin, l'article 55*bis* du Code pénal ne devrait connaître que peu d'applications dans la mesure où la récidive de crime sur délit reste exceptionnelle. Elle vise en effet quelqu'un qui, après avoir été condamné pour un délit ou pour un crime correctionnalisé (soit à une peine correctionnelle) est poursuivi devant la cour d'assises où il est condamné à une peine de réclusion (soit à une peine criminelle). Elle ne vise dès lors pas l'hypothèse de la majorité des crimes qui sont correctionnalisés et portés à la connaissance du tribunal correctionnel, ni l'hypothèse de la cour d'assises qui prononce des peines correctionnelles, à la suite de l'admission de causes d'excuse ou de circonstances atténuantes. Dans ces deux cas, c'est l'article 56, alinéa 2, concernant la récidive de délit sur délit qui s'applique ou, éventuellement, l'article 56, alinéa 1^{er} si l'antécédent judiciaire consiste en une peine de réclusion.

3. L'article 56, alinéa 1^{er}, concerne la récidive de **délit (crime correctionnalisé) sur crime**. Celle-ci est également perpétuelle, générale et facultative. L'aggravation consiste dans la condamnation « à une peine double du maximum porté par la loi contre le délit ». La même remarque peut être formulée quant aux peines alternatives comme antécédent judiciaire.

4. L'article 56, alinéa 2, concerne la récidive de **délit (crime correctionnalisé) sur délit (crime correctionnalisé)** soit la majorité des récidives déférées au tribunal correctionnel. Dans ce cas, l'antécédent judiciaire doit être un emprisonnement correctionnel d'un an au moins afin d'éviter de faire jouer le système aggravant de la récidive quand le premier délit est mineur. La durée d'un mois d'emprisonnement étant de trente jours, conformément à l'article 25 du Code pénal, la condamnation à une peine de douze mois d'emprisonnement (360 jours) est inférieure à celle d'un an d'emprisonnement (365 jours) et ne peut dès lors fonder l'état de récidive prévu à l'article 56, alinéa 2, du Code pénal. Les condamnations à une peine d'amende, de travail, de probation ou de surveillance électronique ne fondent pas non plus la récidive²⁴⁵.

Le condamné doit avoir commis le nouveau délit « avant l'expiration de cinq ans depuis qu'il a subi ou prescrit sa peine »²⁴⁶. Si elle reste générale et facultative, la récidive devient ici

²⁴⁴ Ce qui est pour le moins paradoxal alors que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, constatant la discrimination, portait essentiellement sur des crimes correctionnalisés, passibles à l'origine, d'une peine de réclusion de vingt à trente ans., M.-A. BEERNAERT, D. VANDERMEERSCH, « La loi du 5 mai 2019 insérant dans le Code pénal un article 55*bis* : un nouvel essai manqué pour pallier les discriminations épinglées par la Cour constitutionnelle en matière de récidive », *J.T.*, 2019, p. 490 à 492.

²⁴⁵ Voy. Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, op. cit., p. 371.

²⁴⁶ Voy. Liège, 23 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1012, note F. Kefer. Cf. également Cass., 2 mai 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 752 ; *Rev. dr. pén.*, 2001, p. 1013, qui précise que, lorsque la condamnation constitutive du premier terme de la récidive a été prononcée avec sursis et que le sursis n'a pas été révoqué, la peine est réputée subie à l'expiration du délai d'épreuve et le délai de cinq ans prend cours à ce

temporaire. Le législateur a donc établi « une sorte de prescription abolitive de l'état de récidive »²⁴⁷.

L'aggravation de la peine est la même que celle prévue dans l'hypothèse précédente (art. 56, al. 1^{er}), à savoir que le juge peut aller jusqu'à doubler le maximum de la peine prévue par la loi contre le nouveau délit. Compte tenu de la durée de l'emprisonnement correctionnel (cinq ans au plus aux termes de l'article 25 du Code pénal), le maximum de la peine pour un délit sera donc, en principe, de dix ans d'emprisonnement.

Cependant, l'article 25 du Code pénal, dans sa version actuelle²⁴⁸, autorise le juge correctionnel, qui connaît de certains crimes correctionnalisés, à prononcer une peine pouvant aller jusqu'à vingt ans d'emprisonnement. Le juge serait dès lors autorisé, en cas de récidive, à prononcer un emprisonnement pouvant aller jusqu'à quarante ans, ce qui correspond au plafond prévu par l'article 56, alinéa 3 du Code pénal, tel que modifié par la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (loi dite pot-pourri II) qui stipule que « si le nouveau délit est un crime qui a été correctionnalisé ou pour lequel la cour d'assises a admis l'existence de circonstances atténuantes, la durée de la peine d'emprisonnement ne pourra excéder celle de la peine de réclusion maximale prévue par la loi pour ce crime ou quarante ans si ladite peine est la réclusion à perpétuité »²⁴⁹.

Le tableau suivant montre que, malgré la loi du 5 mai 2019 insérant dans le Code pénal un article 55bis, en ce qui concerne la récidive de crime sur délit, des discriminations subsistent. En effet, le prévenu qui, après avoir encouru une peine d'au moins un an d'emprisonnement, est renvoyé devant la cour d'assises du chef d'un crime correctionnalisable - mais non correctionnalisé - punissable d'une peine de réclusion de quinze à vingt ans, de vingt à trente ans ou de la réclusion à perpétuité, se trouve toujours dans une situation nettement plus favorable que s'il était renvoyé devant le tribunal correctionnel, suite au mécanisme de la correctionnalisation. En effet, par l'admission de circonstances atténuantes, la cour d'assises ne peut prononcer une peine supérieure, respectivement, à quinze, vingt et trente ans de réclusion, là où le tribunal peut le condamner à vingt, trente et quarante ans d'emprisonnement²⁵⁰. Conformément aux enseignements de la Cour constitutionnelle, le juge correctionnel, confronté à cette situation, doit veiller à ne pas condamner le prévenu à une peine d'emprisonnement dont la durée excède le maximum de la peine de réclusion qui aurait pu être imposée par la cour d'assises, ayant constaté des circonstances atténuantes, soit au maximum trente ans d'emprisonnement.

moment et non au jour de la condamnation. Il en va de même en cas de libération conditionnelle, où la peine n'est réputée subie qu'à l'expiration du délai d'épreuve, soit lorsque la libération conditionnelle est devenue définitive.

²⁴⁷ Rapport d'ANETHAN au Sénat, séance du 20 février 1866, in J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, op. cit., t. I^{er}, XX, p. 468, n° 47.

²⁴⁸ Art. 25 C. pén. tel que modifié par la loi du 21 décembre 2009 relative à la cour d'assises et rétabli par l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017 (arrêt n° 148/2017) annulant partiellement la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (pot-pourri II).

²⁴⁹ L'article 56, al. 3 du Code pénal a été rétabli par la loi du 5 février 2016 et n'a pas été annulé par l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017.

²⁵⁰ Voy., le tableau annexé à l'article de M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, op. cit.

Comparaison récidive crime correctionnalisé sur délit et récidive de crime non correctionnalisé sur délit			
Antécédent Judiciaire	Nouvelle Infraction	Tribunal correctionnel (Art. 25 et 56 CP) = Récidive de délit sur délit	Cour d'assises (Art. 55<i>bis</i> et 80 CP) = Récidive de crime sur délit
Emp min. 1 an	Réclusion 5 à 10 ans	Emp <u>10</u> ans max	Réclusion <u>10</u> ans max
Emp min. 1 an	Réclusion 10 à 15 ans	Emp <u>15</u> ans max	Réclusion <u>15</u> ans max
Emp min. 1 an	Réclusion 15 à 20 ans	Emp <u>20</u> ans max	Réclusion <u>15</u> ans max
Emp min. 1 an	Réclusion 20 à 30 ans	Emp <u>30</u> ans max	Réclusion <u>20</u> ans max
Emp min. 1 an	Réclusion à perpétuité	Emp <u>40</u> ans max	Réclusion <u>30</u> ans max

Pour ces raisons, la Ligue des Droits Humains a demandé à la Cour constitutionnelle, l'annulation de l'article 55*bis* du Code pénal, en arguant de sa violation avec les articles 10 et 11 de la Constitution concernant le principe d'égalité et de non-discrimination. Dans son arrêt du 14 octobre 2021²⁵¹, la Cour rejette le recours considérant que les différences de traitement ne trouvent pas leur origine directement dans l'article 55*bis* du Code pénal, mais dans une lecture combinée de l'article 56, alinéa 2, du Code pénal, de l'article 25 du même Code et de l'article 2, alinéas 1^{er} et 3, de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, pour la fixation de la peine (B.3.3.) et, dans la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté, concernant l'exécution de la peine (B.6.4.).

Par ailleurs, aux termes de l'article 56, alinéa 2 du Code pénal, le montant de l'amende, de même que la durée de l'interdiction des droits civils et politiques, peuvent également être doublés. Il est en revanche impossible de doubler la peine de confiscation. Quant à la peine de travail, la peine de surveillance électronique et la peine de probation autonome, leur durée maximale est, depuis la loi du 5 février 2016 (pot-pourri II) respectivement de trois cents heures, d'un an et deux ans. La récidive ne modifie dès lors pas le taux maximum des peines alternatives.

Suite à la transposition de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 24 juillet 2008 relative à la prise en compte des décisions de condamnations entre les Etats membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale, la loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de justice insère un nouvel article 57*bis* dans le Code pénal qui dispose que les règles établies aux articles 54 à 57 du Code pénal en matière de récidive sont également appliquées en cas de condamnation antérieure prononcée par la juridiction pénale d'un autre Etat membre.

²⁵¹ C.C., 14 octobre 2021, arrêt n° 138/2021.

Synthèse des récidives dans le livre Ier du Code pénal		
	1 ^{er} Terme Récidive (Antécédent Judiciaire)	2 ^{ème} Terme Récidive (Nouvelle Infraction)
Art. 54 et 55	Crime (non correctionnalisé)	Crime (non correctionnalisé)
Art. 55bis	Délit (ou crime correctionnalisé)	Crime (non correctionnalisé)
Art. 56, al. 1 ^{er}	Crime (non correctionnalisé)	Délit (ou crime correctionnalisé)
Art. 56, al. 2	Délit (ou crime correctionnalisé)	Délit (ou crime correctionnalisé)

B. Dans le droit pénal spécial et particulier

S'il n'existe pas de régime général concernant la récidive de contravention sur contravention dans le livre Ier du Code pénal, l'article 565 du Code pénal organise un régime propre de récidive en matière de contraventions. La récidive est temporaire (douze mois) et spéciale (« pour la même contravention »). Elle s'applique uniquement aux contraventions prévues par le Titre X du Livre II du Code pénal (« dans les cas prévus aux quatre chapitres qui précèdent »)²⁵². Les articles 562 et 564 du Code pénal fixent les effets de la récidive sur les peines. De ces dispositions, il découle que, dans ces cas, la récidive est facultative.

Dans certaines matières, le Code pénal a organisé une récidive spéciale qui déroge partiellement aux règles générales sur la récidive prévue par le droit pénal commun et qui implique, nécessairement, une identité d'infractions. Ainsi, par exemple, la récidive prévue à l'article 391bis, alinéa 7 concernant l'abandon de famille. Dans d'autres cas, comme en matière de délinquance informatique (art. 550bis, § 8 et 550ter, § 5, C. pén.) ou de graffitis (art. 534bis, § 2, C. pén.), la loi a prévu une récidive à la fois spéciale et obligatoire.

Par application de l'article 100 du Code pénal, les règles relatives à la récidive du Code pénal ne s'appliquent aux infractions prévues par les lois et règlements particuliers qu'à défaut de dispositions contraires. Les récidives particulières sont toujours spéciales, en ce sens qu'il n'y a récidive qu'à l'intérieur d'une même législation²⁵³; dans certains cas, les infractions elles-mêmes doivent être identiques. Elles sont également le plus souvent temporaires²⁵⁴. Alors que dans le Code pénal, les récidives s'établissent « de peine à peine », dans les lois particulières, elles s'établissent « d'infraction à infraction »²⁵⁵. L'aggravation de la peine est souvent obligatoire, parfois facultative. Elle peut porter sur la nature même de l'infraction et d'autres peines peuvent éventuellement être prononcées, comme par exemple, l'interdiction, conformément à l'article 33 du Code pénal.

Notons, enfin, la possibilité actuellement admise par la Cour de cassation d'un concours éventuel entre une récidive prévue par le Code pénal et une récidive prévue par une loi particulière qui a longtemps fait l'objet de discussions dans la doctrine²⁵⁶.

²⁵² Elle ne concernait donc pas les délits contraventionnalisés (Cass., 17 juin 1968, *Pas.*, I, p. 1185).

²⁵³ Cass., 19 décembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 496.

²⁵⁴ Cass., 15 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 52.

²⁵⁵ P.E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, *op. cit.*, p. 481, n° 3146.

²⁵⁶ Voy. *supra*, § 2. Les conditions légales de la récidive, B. Une infraction nouvelle, *in fine*.

« Lorsque, après une condamnation du chef d'une infraction prévue par le Code pénal, le condamné commet une infraction à une loi particulière contenant des dispositions qui n'organisent la récidive que pour les infractions qui y sont prévues, est légale l'application à cette dernière infraction des dispositions du Chapitre V du Livre premier du Code pénal lorsque les conditions prévues pour la récidive spéciale ne sont pas remplies »²⁵⁷.

§ 4. *Les effets de la récidive*

Les effets de la récidive, qui en droit belge peuvent se conjuguer, se situent dans deux ordres de réalité qui traduisent l'évolution de la doctrine pénale sur la question de la récidive : l'aggravation de la peine (A) s'inscrivant dans le droit pénal classique, d'une part, et la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines (B) qui découle de l'approche positiviste, d'autre part. En outre, l'état de récidive légale place, par l'effet même de la loi, le « condamné récidiviste » dans une situation plus défavorable que le « condamné primaire », en ce qui concerne l'obtention éventuelle du sursis ou de la suspension du prononcé, de la réhabilitation (voy. *infra*)²⁵⁸. Outre ces différents effets de la récidive au stade de la fixation de la peine, la récidive a aussi des conséquences au stade de l'exécution de la peine privative de liberté, quant aux différentes modalités d'exécution de la peine que peut octroyer le tribunal de l'application des peines (voy. *infra*).

A. **Aggravation de la peine**

Dans le Code pénal de 1867 et dans les lois particulières, la récidive entraîne une aggravation de la peine. Devant la difficulté à la fonder rationnellement²⁵⁹, cette aggravation répond « aux exigences de l'opinion commune »²⁶⁰. L'aggravation de la peine peut être soit obligatoire, soit facultative. Dans le premier cas, c'est l'effet de prévention générale qui est recherché ; dans le second, la récidive s'inscrit dans la perspective de l'individualisation judiciaire de la peine et s'attache à la prévention spéciale. La récidive du Code pénal est en principe facultative – fondée sur l'idée que la présomption de culpabilité plus grande est relative²⁶¹ – tandis que les récidives des lois particulières sont généralement obligatoires.

Il est à noter que si le juge doit reconnaître l'état de récidive, il n'est en général pas obligé d'aggraver la peine :

« Si la décision rendue par défaut comporte à titre de peine principale une peine d'emprisonnement et que, statuant sur l'appel de la décision rendue sur opposition, les juges d'appel remplacent cette peine par une peine de travail, la constatation par ces juges de l'état de récidive du prévenu n'aggrave pas sa situation »²⁶².

L'aggravation peut être simple, c'est-à-dire identique quel que soit le nombre de récidive ; elle peut aussi être progressive, c'est-à-dire augmenter en raison des infractions commises. Ainsi, l'article 2^{ter} de la loi du 24 février 1921 sur les drogues stipule que la détention de cannabis par un majeur à des fins de consommation personnelle est punie d'une amende de 15 à 25 euros pour la première infraction. Une amende de 26 à 50 euros est prévue en cas de récidive dans

²⁵⁷ Cass., 4 juin 1974, *Pas.*, I, p. 1021 ; Cass., 23 juin 1975, *Pas.*, I, p. 1025 ; Cass., 22 décembre 1998, *Pas.*, n° 533 ; Cass., 13 janvier 2009, *Pas.*, 2009, n° 26.

²⁵⁸ Cass., 30 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 367.

²⁵⁹ Cf. *supra*, § 1. La question des fondements.

²⁶⁰ P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, op. cit., p. 472, n° 3083.

²⁶¹ J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, op. cit., t. II, p. 158, n° 879.

²⁶² Cass., 26 mai 2021, P.20.0771.F/1, disponible sur Juportal.

l'année de la première condamnation, tandis qu'un emprisonnement de huit jours à un mois et une amende de 50 à 100 euros est prévue en cas de nouvelle récidive dans l'année depuis la deuxième condamnation²⁶³. Si la modification de la nature de la peine devrait entraîner une modification de la nature de l'infraction en vertu de l'article 1^{er} du Code pénal, la Cour de cassation a néanmoins considéré que la récidive n'influe pas sur la nature de l'infraction et, dès lors, sur le délai de prescription de l'action publique.

« Lorsqu'une infraction, qualifiée contravention, est punie, en raison de la récidive, d'un emprisonnement excédant sept jours, cette infraction ne perd pas son caractère de contravention »²⁶⁴.

Relevons, pour terminer, que le nouveau régime prévu en matière de récidive rencontre les fondements de la réforme (précision, cohérence et simplicité) et répond aux objectifs de la peine prônés par le projet : non un esprit de vengeance tourné vers le passé, mais une rétribution juste et proportionnée tournée vers l'avenir. Sur la base de ces prémisses, la Commission de réforme du droit pénal simplifie grandement les règles relatives à la récidive en stipulant que « dans les cas prévus par la loi, la peine prévue pour une infraction peut être aggravée vers une peine du niveau immédiatement supérieur si au moment de la commission de l'infraction cinq années ne se sont pas encore écoulées à compter du jour où la condamnation précédente est passée en force de chose jugée. Le délai de cinq ans est toutefois prolongé de la durée pendant laquelle la peine d'emprisonnement se trouve exécutée à l'exception de la période de libération anticipée ». Selon l'exposé des motifs, cette dernière formulation « permet de faire débiter le délai de cinq ans soit à partir du jour où la condamnation a acquis force de chose jugée ou – dans l'hypothèse d'une privation de liberté effective – à partir de la libération »²⁶⁵. Le délai de cinq ans est inspiré du droit néerlandais, mais, contrairement à ce dernier où la peine précédente doit être une peine correctionnelle, la récidive s'applique ici quelle que soit la nature de la peine précédemment infligée²⁶⁶. Le système d'aggravation de la peine permet de prononcer une peine d'emprisonnement plus lourde, mais également d'opter pour une sanction alternative²⁶⁷. La récidive prévue par la Commission est ainsi toujours facultative (l'aggravation de la peine n'est jamais une obligation pour le juge), temporaire (l'écoulement du délai de cinq ans prescrit l'état de récidive) et spéciale (uniquement dans les cas prévus par la loi et à condition qu'il existe un lien entre la condamnation antérieure et la nouvelle infraction)²⁶⁸.

B. La mise à la disposition du tribunal de l'application des peines

La loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et des auteurs de certains délits sexuels, telle que modifiée par les lois du 1^{er} juillet 1964 et du 5 mars 1998, a été abrogée par la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement des personnes²⁶⁹, à l'exception de son chapitre VII concernant la mise à la disposition du gouvernement. Le chapitre

²⁶³ Pour un cas d'application et sur la notion de « première condamnation », voy. Bruxelles, 30 juin 2004, *Journ. Proc.*, 10 septembre 2004, n° 485, p. 26 et note Ch. GUILLAIN. Voy., aussi, l'article 1^{er}, § 1^{er} de l'arrêté-loi du 14 novembre 1939 relatif à la répression de l'ivresse : « Quiconque est trouvé en état d'ivresse dans un lieu public est puni : pour la première infraction, d'une amende de 15 à 25 francs ; en cas de récidive dans l'année depuis la première condamnation, d'une amende de 26 à 50 francs ; en cas de nouvelle récidive dans l'année depuis la deuxième condamnation, d'un emprisonnement de huit jours à un mois et d'une amende de 50 à 100 francs ».

²⁶⁴ Cass., 8 novembre 1976, *Pas.*, I, 1977, p. 276 ; Cass., 23 novembre 2011, *Rev. dr. pén.*, 2012, p. 556, et note G.-Fr. Raneri.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 155.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 156.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 154.

²⁶⁹ Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016 aux termes de l'article 250 de la loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de Justice, *M.B.*, 13 mai 2016. Voy., *supra*, Chapitre III. L'infraction, Section 3. Les conditions d'existence de l'infraction, § 3. L'élément moral, A. L'imputabilité morale, 2. Causes de non-imputabilité, 1) L'altération des facultés mentales.

VII de la loi du 9 avril 1930 a toutefois été remplacé à son tour par la loi du 26 avril 2007 relative à la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines²⁷⁰, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012²⁷¹. Le fait que la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines fasse dorénavant l'objet d'une loi distincte de l'internement entend mettre fin à une « confusion des genres » créée par la loi de défense sociale, dans la mesure où, bien que « dans les deux cas, les intéressés sont considérés comme des personnes représentant un danger pour la sécurité de la société », « le statut des délinquants souffrant de troubles mentaux ne peut (...) pas être confondu avec celui des récidivistes et des délinquants d'habitude qui, eux, ne souffrent pas de troubles mentaux »²⁷².

En revanche, la loi nouvelle poursuit le mouvement initié par la loi du 5 mars 1998 en soumettant à cette mesure non seulement les récidivistes – la notion de délinquant d'habitude ayant disparu –, mais encore « les personnes qui ont commis des infractions particulièrement odieuses » qui doivent « être maintenues en prison pour des raisons de sécurité publique évidentes en vue de les empêcher de commettre de nouvelles infractions »²⁷³.

Nous distinguerons les conditions permettant aux juridictions de jugement de prononcer la peine de la mise à disposition du tribunal de l'application des peines (art. 34*bis* à 34*quinqies* du Code pénal), de ses modalités d'exécution du ressort du tribunal de l'application des peines (art. 95/2 à 95/30 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine).

1. Précédant la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines, la mise à la disposition du gouvernement était qualifiée de « mesure de nature mixte »²⁷⁴, révélant la difficulté à cerner la mise à disposition oscillant entre peine et mesure de sûreté. La Cour de cassation a cependant décidé que la mise à la disposition du gouvernement constituait une peine²⁷⁵. La loi du 26 avril 2007 relative à la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines confirme cette position en qualifiant cette mesure de peine complémentaire s'ajoutant à la peine principale et visant à protéger la société à l'égard de personnes ayant commis certains faits graves (art. 34*bis* du Code pénal).

Constituant une peine, la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines doit être prononcée par les juridictions de jugement et est tantôt obligatoire (art. 34*ter* C. pén.) tantôt facultative (art. 34*quater* C. pén.). L'exposé des motifs précise que cette distinction « repose sur l'idée qu'il y a des situations certes limitées en nombre mais tellement graves, soit de par la répétition des faits, soit de par la gravité particulière des faits commis, que la société doit se prémunir de manière légitime contre les auteurs de ces faits », tandis qu'il existe « d'autres situations intolérables mais celles-ci ne présentent pas le même caractère odieux » et pour lesquelles « les juridictions de jugement disposent de la possibilité de prononcer une mise à la disposition mais il ne s'agit pas d'une obligation »²⁷⁶.

²⁷⁰ Voy., notamment, Cass., 2 mai 2012, *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 1297.

²⁷¹ Art. 7 de la loi du 24 juillet 2008 portant des dispositions diverses (II).

²⁷² Exposé des motifs, *Doc.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-2054/1, p. 4.

²⁷³ Exposé des motifs, *Doc.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-2054/1, p. 4.

²⁷⁴ P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op. cit.*, p. 239, n° 1364 et les références citées.

²⁷⁵ Cass., 4 avril 1978, *Pas.*, I, p. 858.

²⁷⁶ Exposé des motifs, *Doc.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-2054/1, p. 5 et 6.

La peine peut ou doit être prononcée pour une période de cinq ans au minimum et de quinze ans au maximum. L'exposé des motifs souligne que par rapport à la mise à la disposition du gouvernement, « le délai maximum est donc réduit, mais le champ d'application de la mise à disposition est étendu » (le délai pouvait varier entre un an et vingt ans sous le régime antérieur)²⁷⁷. Notons que des propositions de loi ont été discutées afin d'étendre le nombre de cas où cette mise à la disposition serait possible (notamment pour viser les infractions terroristes), certaines propositions veulent la rendre obligatoire dans un plus grand nombre de cas (notamment en cas de récidive de crime sur crime) et, d'autres encore, veulent en allonger la durée (jusqu'à 20, voire 30 ans)²⁷⁸.

Selon l'article 34*bis* du Code pénal, la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines prend cours à l'expiration de l'emprisonnement principal effectif ou de la réclusion. La Cour de cassation a considéré que le principe de non-rétroactivité de la loi pénale²⁷⁹ ne s'appliquait pas à la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines étant donné que le tribunal de l'application des peines statue sur les modalités de l'exécution de la peine et non sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale²⁸⁰. Dans la mesure où la mise à disposition est une peine prononcée par un juge du fond, cette interprétation ne nous semble pas conforme à la jurisprudence européenne et plus particulièrement à l'arrêt *Del Rio Prada c. Espagne* du 10 juillet 2012. Il en résulte néanmoins que, depuis l'entrée en vigueur de la loi au 1^{er} janvier 2012, l'exécution de la mise à la disposition n'est plus confiée au ministre de la Justice, mais au tribunal de l'application des peines²⁸¹.

Notons que l'avant-projet de Livre I^{er} du Code pénal (2016) abandonne la peine de mise à la disposition du TAP dans la mesure où elle semble difficilement conciliable avec les principes énoncés par la réforme : « D'une part, le champ d'application actuel *ratione materiae/ratione personae* est considéré par la doctrine comme arbitraire, ce qui ne cadre pas avec le principe selon lequel une législation pénale optimale doit être précise. D'autre part, la durée de la mise à disposition revient à une augmentation artificielle mais réelle de la peine, ce qui est inconciliable avec le principe selon lequel les règles de droit doivent être proportionnelles à l'objectif poursuivi »²⁸². En outre, il semble qu'en pratique, la peine de la mise à la disposition du TAP est peu mobilisée. En réponse à une question parlementaire, le ministre de la Justice, sous la 54^{ème} législature, a indiqué que : « selon les statistiques des condamnations enregistrées au Casier judiciaire central, 130 condamnations et mises à disposition du TAP ont été prononcées entre 2012 et 2017. (...) Majoritairement, les infractions sanctionnées sont le viol, l'attentat à la pudeur, l'outrage public aux mœurs et la corruption de la jeunesse ou la prostitution. Dans 70 % des cas, la durée de la peine privative de liberté prononcée était supérieure à trois ans et allait jusqu'à dix ans d'emprisonnement »²⁸³.

²⁷⁷ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-2054/1, p. 11.

²⁷⁸ Proposition de loi du 6 août 2019 modifiant les articles 34*ter* et 34*quater* du Code pénal ainsi que l'article 95/7 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des condamnés (...) en ce qui concerne la mise à disposition du tribunal de l'application des peines, *Doc. Parl.*, Ch., 2019, 55-0212/001 ; Proposition de loi du 19 novembre 2019 modifiant le Code pénal en ce qui concerne la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines, *Doc. Parl.*, Ch., 2019-2020, 55-0768/001 ; Proposition de loi du 21 novembre 2019 modifiant le Code pénal en vue d'élargir à toutes les infractions terroristes la liste des infractions entrant en ligne de compte pour la mise à la disposition facultative du tribunal de l'application des peines, *Doc. Parl.*, Ch., 2019-2020, 55-0777/001 ; Proposition de loi du 28 janvier 2020 modifiant le Code pénal en vue d'étendre la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines à l'ensemble des infractions terroristes, *Doc. Parl.*, Ch., 2019-2020, 55-0969/001.

²⁷⁹ Voy., *supra*, Chapitre II. Le droit pénal, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, § 1. L'application de la loi pénale dans le temps, B. Le conflit des lois pénales dans le temps, 1. La non-rétroactivité des lois pénales.

²⁸⁰ Cass., 15 juin 2011, *Pas.*, 2011, n° 402.

²⁸¹ Cass., 17 avril 2012, *Pas.*, 2012, n° 234.

²⁸² J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), *Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre I^{er} du Code pénal*, *op. cit.*, pp. 34-35.

²⁸³ Question de Zakia KHATTABI à Koen GEENS sur « La mise à disposition du tribunal d'application des peines » (55003393C), *Doc. Parl.*, Ch., Compte rendu intégral, 19 février 2020, CRIV 55 COM 119, p. 7.

2. Préalablement à l'expiration de la peine principale effective, le TAP décide, sur la base de l'avis du directeur de la prison où se trouve le condamné, ainsi que, le cas échéant, sur la base de l'avis motivé d'un service ou d'une personne spécialisée dans l'expertise diagnostique des délinquants sexuels, soit de priver de liberté, soit de libérer sous surveillance²⁸⁴, le condamné mis à la disposition (art. 95/2, § 2 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté). Il y est précisé que « le condamné mis à la disposition est privé de sa liberté lorsqu'il existe dans son chef un risque qu'il commette des infractions graves portant atteinte à l'intégrité physique ou psychique de tiers et qu'il n'est pas possible d'y pallier en imposant des conditions particulières dans le cadre d'une libération sous surveillance » (art. 95/2, § 3). En revanche, après avoir notamment entendu la victime sur les conditions éventuellement imposées dans son intérêt, le TAP peut accorder la libération sous surveillance en soumettant le condamné, à des conditions générales et si nécessaire, à des « conditions particulières individualisées qui pallient au risque qu'il commette des infractions graves susceptibles de porter atteinte à l'intégrité physique ou psychique de personnes ou qui s'avèrent nécessaires dans l'intérêt des victimes », ou encore, le cas échéant, à la condition de suivre une guidance ou un traitement auprès d'un service spécialisé dans la guidance ou le traitement de délinquants sexuels (art. 95/7, § 2). Le TAP peut également octroyer d'autres modalités d'exécution de la peine au condamné avant sa libération sous surveillance (permissions de sortie, congés pénitentiaires, surveillance électronique ou détention limitée). Il est par ailleurs précisé que le condamné qui bénéficiait d'une libération conditionnelle au terme de son délai d'épreuve est placé en libération sous surveillance, le cas échéant, avec les conditions précitées (art. 95/2, § 2, al. 2). Enfin, si la libération définitive du condamné intervient de plein droit au terme de la période de mise à la disposition (art. 95/28), le condamné peut également, deux ans après l'octroi d'une libération sous surveillance, et ensuite tous les deux ans, demander qu'il soit mis fin à la mesure de mise à la disposition du TAP.

²⁸⁴ L'exposé des motifs précise que « la mise sous surveillance et la libération conditionnelle sont des modalités similaires quant au contenu mais portent des noms différents pour distinguer les deux cadres légaux dans lesquels elles s'inscrivent » (*op. cit.*, p. 8).

Chapitre V. La peine

Section 1. La définition et les caractères de la peine

§ 1. Définition

Apparemment simple, la notion de peine possède en réalité des contours à la fois incertains et fluctuants qui soulèvent des difficultés considérables relatives à sa définition²⁸⁵. Il existe un « noyau dur » de sanctions pénales, à savoir les peines énumérées aux articles 7 et suivants du Code pénal et qui viennent sanctionner les infractions pénales (emprisonnement, amende pénale, peine de travail, peine de mise à la disposition du tribunal de l'application des peines, confiscation, ...). Mais ce noyau dur de sanctions pénales connaît le voisinage d'un arsenal de sanctions qui, pour ne pas être des peines au sens strict, présentent néanmoins de fortes analogies avec la peine: transaction et médiation pénale (« médiation et mesures »), mesures de protection de la jeunesse (dont le placement en IPPJ), mesures de défense sociale (internement), sanctions administratives venant sanctionner des infractions pénales (infractions « mixtes »), sanctions disciplinaires, période de sûreté, ... On constate d'entrée de jeu que les frontières de la peine ne sont pas toujours aussi nettes que l'on pourrait le croire.

Par ailleurs, la définition de la peine varie suivant les pays ou suivant les contextes juridiques. Si l'on s'en tient strictement à la signification de la peine en droit positif, il est possible de distinguer au moins trois contextes différents dans lesquels cette question peut être abordée.

Un premier contexte est fourni par la Convention européenne des droits de l'homme qui, dans son article 6, prévoit un certain nombre de garanties procédurales en « matière pénale »²⁸⁶. Un deuxième contexte est celui de la Constitution, dont l'article 14 dispose que « nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi » et renvoie au principe de légalité en matière pénale. Enfin, un troisième contexte est celui du droit pénal au sens strict.

Le principe constitutionnel de la légalité pénale ayant déjà été examiné²⁸⁷, nous nous contenterons ici d'esquisser la notion de peine au regard du droit pénal et au regard de la Convention européenne des droits de l'homme.

²⁸⁵ M. VAN DE KERCHOVE, « Les frontières des normes pénales », *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, Ph. Robert, Fr. Soubiran et M. van de Kerchove (dir.), t. II, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 99 et s. ; D. KAMINSKI, S. SNACKEN et M. VAN DE KERCHOVE, « Mutations dans le champ des peines et de leur exécution », *Déviance et société*, 2007, vol. 31, n° 4, p. 487 et s. ; M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009 ; *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerchove*, Fr. Tulkens, Y. Cartuyvels et Ch. Guillaïn (dir.), Bruxelles, Larcier, 2010.

²⁸⁶ Fl. MASSIAS, « Le champ pénal européen selon la Cour européenne des droits de l'homme : interprétation autonome et applicabilité des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Paris, Dalloz, 2006, p. 89 et s. ; P. DOURNEAU-JOSETTE, « La notion de peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *La dimension historique de la peine 1810-2010 : bicentenaire du Code pénal de 1810*, Y. Jeanclos (dir.), Paris, Economica, 2013, p. 444 et s. ; Fr. TULKENS, « Le contrôle de la sanction pénale par la Cour européenne des droits de l'homme », *La sanction. Regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, Paris, Dalloz.

²⁸⁷ Cf. *supra*, Chapitre II. Le droit pénal, Section 4. Les sources du droit pénal, § 1. Le principe de la légalité.

A. Au regard du droit pénal

La peine n'est pas définie dans le Code pénal si ce n'est à travers son article 1^{er} qui consacre la division tripartite des infractions et des peines²⁸⁸.

Dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation a été amenée à formuler une définition de la peine, dont on retiendra les principaux traits tout en soulignant qu'ils ne permettent pas de lever toutes les difficultés inhérentes à la détermination des frontières séparant la peine d'une mesure non pénale.

Selon les termes de la Cour :

« A le caractère d'une peine la mesure infligée par la justice répressive, en vertu de la loi, à titre de sanction d'un acte que la loi défend »²⁸⁹.

« La notion de peine implique un mal infligé à titre de sanction d'un acte que la loi défend »²⁹⁰.

1. De ces définitions, résulte d'abord le fait que la peine est une sanction au sens étroit du terme, c'est-à-dire une conséquence juridique frappant un acte interdit par une règle de droit²⁹¹. De là résulte notamment la différence qu'on peut apercevoir entre un impôt qui, quel que soit son caractère dissuasif, notamment de par son montant prohibitif, frappe en principe un acte licite (revenus du travail ou du capital) et une amende pénale qui, même insignifiante en raison de sa modicité, frappe un acte illicite, juridiquement prohibé et revêt dès lors le caractère d'une sanction.

2. De cette définition résulte également que la peine est une sanction qui ne peut être établie qu'en vertu de la loi, comme l'exige le principe de la légalité des peines inscrit à l'article 14 de la Constitution. On en déduit que « c'est au législateur à conférer à une sanction le caractère d'une peine »²⁹², même s'il existe des exceptions²⁹³.

3. On peut également déduire de cette définition que la peine ne peut être appliquée que par une juridiction²⁹⁴. On en conclut habituellement que les mesures qui sont adoptées par une autre autorité ne constituent pas des peines. Il en va ainsi de la transaction ou de la médiation pénale (« médiation et mesures ») proposées par le ministère public, des sanctions administratives décidées par l'administration ou, encore, des sanctions disciplinaires infligées par les ordres professionnels²⁹⁵. Pour résoudre cette difficulté, P. PONCELA a suggéré de parler, dans ce cas,

²⁸⁸ Art. 1^{er} CP : « L'infraction que les lois punissent d'une peine criminelle est un crime. L'infraction que les lois punissent d'une peine correctionnelle est un délit. L'infraction que les lois punissent d'une peine de police est une contravention »

²⁸⁹ Cass., 16 mars 1970, *Pas.*, I, p. 632. Cf. également Liège, 12 mars 1973, *J.T.*, 1973, p. 424 : « elle sanctionne une désobéissance à un ordre de la loi et a pour but de réparer le trouble social causé par l'infraction ».

²⁹⁰ Cass., 14 janvier 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 508.

²⁹¹ Sur les différents sens juridiques que l'on peut donner à la notion de sanction, cf. notamment Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *Droit et pouvoir*, t. I, *La validité*, Fr. Rigaux, G. Haarscher et P. Vassart (dir.), Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 253 et s.; M. VAN DE KERCHOVE, « Signification juridique de la sanction en matière de délinquance juvénile », *Délinquance des jeunes. Politiques et interventions*, C. De Troy, Fr. Tulkens et M. Van de Kerchove (dir.), Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, p. 166 à 170 ; Ch.-A. MORAND, « La sanction », *Arch. phil. dr.*, t. 35, 1990, p. 293 et s. ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 221 et s.

²⁹² P.E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, *op. cit.*, p. 143.

²⁹³ Voy., *supra*, Syllabus (Partie I), Section 4. Les sources du droit pénal, §1. *Le principe de légalité*.

²⁹⁴ Il n'est cependant pas nécessaire qu'il s'agisse d'une juridiction répressive. Ainsi, a-t-on pu juger que l'amende que le juge civil peut infliger au témoin défaillant, en vertu de l'article 926 du Code judiciaire, a le caractère d'une peine (Liège, 12 mars 1973, *J.T.*, 1973, p. 424). Cf. également R. LEGROS, *Droit pénal*, *op. cit.*, vol. II, p. 370 : « C'est le pouvoir judiciaire qui prononce les peines, normalement les tribunaux répressifs, mais parfois aussi... les tribunaux civils. »

²⁹⁵ Sur l'importance croissante de telles sanctions et les problèmes que suscite ce « système punitif administratif » cf. notamment A. DE NAUW, « L'évolution législative vers un système punitif administratif », *Rev. dr. pén. crim.*, 1989, p. 337 et s. Pour rendre compte de cette distinction.

de « sanction pénale » et de réserver la notion de peine à l'hypothèse où la sanction est prononcée par une juridiction²⁹⁶. En réalité, on peut se demander s'il ne s'agit pas là d'une « pétition de principe »²⁹⁷, dans la mesure où c'est la nature pénale ou non d'une mesure qui devrait avoir pour conséquence qu'elle doive ou non être prononcée par le pouvoir judiciaire, et non l'inverse. Cette pétition de principe, cependant, montre bien que le dernier mot, en matière de qualification, appartient au législateur, sous réserve des contrôles juridictionnels auxquels il peut se trouver soumis.

La problématique est la même concernant les interdictions ou incapacités qui résultent d'office d'une condamnation sans devoir être prononcées par le juge, dont les effets peuvent être sévères, telles que l'interdiction à certains condamnés et aux faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités, qui est prévue par l'arrêté royal du 24 octobre 1934, ou encore les mesures de renvoi ou d'expulsion des ressortissants étrangers qui ont été condamnés pénalement en Belgique²⁹⁸. C'est ce que l'on appelle le droit pénal de l'ombre ou le droit pénal occulte²⁹⁹. La Commission pour la révision du Code pénal (1979) a ainsi proposé que les déchéances et les interdictions soient toujours prononcées par le juge, sans pouvoir jamais être attachées de plein droit à la condamnation³⁰⁰. Adoptant une position plus radicale, la Cour d'arbitrage a décidé, dans un arrêt du 27 mai 1998, que les articles 1^{er} et 1^{er bis} de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 « violent les articles 10 et 11 la Constitution en tant qu'ils établissent des interdictions professionnelles automatiques, illimitées dans le temps ». La Cour a estimé, en effet, que le fait que l'interdiction professionnelle ne fasse pas « l'objet d'un débat à l'issue duquel le juge peut en fixer la durée par une décision motivée » va « au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi », à savoir « la confiance dans le commerce »³⁰¹. En revanche, la consécration de telles interdictions de plein droit a été considérée par la Cour d'arbitrage comme conforme à la Constitution dans d'autres cas où le grief évoqué précédemment ne lui paraissait pas fondé³⁰².

4. De cette définition se dégage ensuite un autre trait essentiel, à savoir que la peine, comme le suggère son sens usuel, constitue un « mal », une souffrance ou, si l'on préfère, la privation d'un bien (liberté, droit ou fonction, somme d'argent). Tel est ce qu'on appelle souvent le caractère « afflictif » de la peine³⁰³. A ce sujet, les discussions suscitées par la proposition d'instaurer en Belgique la peine de travail et la peine de formation sont symptomatiques. Si l'instauration de la peine de travail a été admise, c'est parce que l'on a reconnu qu'elle implique une « restriction de liberté », une « charge » ou une « souffrance »³⁰⁴. En revanche, si l'instauration de la peine de formation a été rejetée, c'est parce que l'on a considéré que cette expression « contient une

²⁹⁶ P. PONCELA, *Droit de la peine*, Paris, P.U.F., 1995 ; 2^e éd., 2001, p. 39.

²⁹⁷ R. LEGROS, *Droit pénal*, op. cit., vol. II, p. 370 ; I. MOREAU-MARGREVE, « L'astreinte », *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1982, p. 42. Comme nous l'avons déjà rappelé, il importe cependant de souligner que la Cour de cassation a abandonné cette référence dans Cass., 14 janvier 2004.

²⁹⁸ Voy., notamment, en matière d'interdiction professionnelle, C.C., 28 avril 2011, n° 56/2001, *Rev. dr. pén. crim.*, 2011, p. 1178, et note F. Lutgentz.

²⁹⁹ A cet égard, cf. notamment G. KELLENS, A. LEMAITRE, F. BAYARD et F. COSTER, *Traquer le droit pénal occulte. Inventaire des interdictions et déchéances légales découlant automatiquement d'une condamnation pénale*, Bruxelles, SSTC, 1994.

³⁰⁰ COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, op. cit., p. 66.

³⁰¹ C.A., 27 mai 1998, arrêt n° 57/98, *M.B.*, 3 septembre 1998, p. 28507. La loi du 2 juin 1998 modifiant l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 a mis fin à cette situation. A cet égard, cf. notamment G.-A. DAL, « Les interdictions professionnelles ou l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités », *J.T.*, 2001, p. 769 et s. L'article 3bis, § 4, de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 a encore été modifié par la loi du 28 avril 2009. Par ailleurs, la loi du 22 novembre 2004 supprimant l'interdiction légale a mis fin à celle-ci ; Cf. G. KELLENS et V. SERON, « La fin de l'interdiction légale », *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, F. Verbruggen, R. Verstraeten, D. Van Daele et B. Spriet (dir.), Louvain, Universitaire Pers Leuven, 2005, vol. I, p. 457 et s.

³⁰² Cf. notamment C.A., 29 mars 2000, arrêt n° 38/2000, *M.B.*, 24 mai 2000, p. 17441.

³⁰³ A cet égard, cf. notamment J. DE PEUTER, « Het leed hoofdcomponent van de straf », *Liber amicorum Jules D'Haenens*, Gand, Mys & Breesch, 1993, p. 69 et s. ; M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, op. cit., p. 41 et s.

³⁰⁴ Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme K. LALIEUX, *Doc.*, Chambre, 2000-2001, n° 50-0549/011, p. 4 et 19.

contradiction dans les termes », dans la mesure où il s'agit cette fois d'une « aide », d'une « qualification » et d'un « bénéfice » pour l'intéressé³⁰⁵.

Ce caractère afflictif n'est cependant pas propre à la peine et peut être présent dans d'autres sanctions (mesure d'expulsion, sanction disciplinaire ou administrative). Comment, sous cet angle, distinguer la sanction de la peine ? On considère généralement que l'intensité, le « degré de sévérité de la sanction » est un critère de « pénalité », même s'il n'est pas absolu³⁰⁶. Ainsi, le Conseil d'Etat a suggéré que le montant de l'amende soit modéré pour ne pas constituer une peine.

« Pour qu'une amende administrative n'acquière pas de caractère proprement punitif, ce qui en modifierait la nature, il faut que par la modération de son montant, elle n'ait pas d'effets sensibles sur les revenus ou sur le patrimoine du contrevenant »³⁰⁷.

La Cour de cassation a considéré, quant à elle, que le fait qu'une sanction pécuniaire « est très sévère eu égard à son montant » constitue un critère parmi d'autres pour déterminer si une sanction administrative constitue une sanction pénale³⁰⁸. Le caractère afflictif, qui serait propre à la peine, doit ainsi revêtir une certaine intensité.

5. Bien qu'il ne soit plus mobilisé par la Cour de cassation depuis son arrêt du 16 mars 1970³⁰⁹, l'aspect « punitif » de la peine peut également la caractériser, à savoir que la peine comporte une dimension de réprobation sociale de l'acte sanctionné, qui a pour effet que le mal infligé ne se ramène pas seulement au désagrément nécessaire à la réparation du dommage causé, comme le suppose par exemple la condamnation civile d'un débiteur au paiement de dommages-intérêts, mais implique également une forme de « blâme social ». Tel est ce qu'on appelle traditionnellement la dimension « infamante » de la peine³¹⁰. La Cour d'arbitrage a ainsi pu souligner que :

« Les amendes administratives n'ont pas le caractère infamant qui s'attache aux condamnations pénales sensu stricto, ne sont pas inscrites au casier judiciaire et ne sont pas de nature à compromettre la réintégration de celui auquel elles sont infligées »³¹¹.

La Cour constitutionnelle mobilise cependant plus volontiers le « caractère répressif » d'une mesure, sans nécessairement distinguer, de ce point de vue, les sanctions administratives et les sanctions pénales³¹². Ainsi, la Cour a décidé que des indemnités sanctionnant des infractions en matière sociale, bien que considérées d'après les travaux préparatoires, comme des mesures « de nature civile », ont un « caractère répressif dominant », sont des sanctions « de nature pénale » et peuvent, par conséquent, se voir appliquer la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation³¹³. La Cour a réitéré son propos à l'encontre des sanctions administratives infligées par le fonctionnaire sanctionnateur communal sur la base de la loi du

³⁰⁵ Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme K. LALIEUX, *Doc.*, Ch., 2000-2001, n° 50-0549/011, p. 4, 5, 8 et 19.

³⁰⁶ En ce sens, *cf.* notamment C.A., 18 novembre 1992, n° 72/92, où le Conseil des ministres a défendu l'idée qu'une amende (administrative) dont le montant est élevé devient une peine. (Cass., 6 mai 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 1090).

³⁰⁷ Avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Sénat, 1992-1993, n° 762/1, p. 86.

³⁰⁸ Cass., 6 mai 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 1090.

³⁰⁹ Pour la jurisprudence antérieure, voy. Cass., 4 décembre 1944, *Pas.*, 1945, I, p. 59 ; Cass., 30 juin 1949, *Pas.*, I, p. 482.

³¹⁰ A cet égard, *cf.* notamment M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir, op. cit.*, p. 57 et s.

³¹¹ C.A., 28 novembre 2001, arrêt n° 153/2001.

³¹² A cet égard, *cf.* notamment C.A., 24 février 1999, arrêt n° 22/99 ; C.A., 13 juillet 2000, arrêt n° 92/2000 ; C.A., 7 juin 2001, arrêt n° 77/2001 ; C.A., 13 juin 2001, arrêt n° 80/2001 ; C.A., 24 septembre 2003, arrêt n° 125/2003 ; C.A., 16 juin 2004, arrêt n° 105/2004 ; C.C., 4 mars 2008, arrêt n° 46/2008 ; C.C., 28 mars 2013, arrêt n° 47/2013. Ce critère a notamment permis à la Cour de décider que la cotisation de solidarité prévue par la loi du 27 juin 1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs était « une mesure de nature essentiellement civile » et non pas une peine, étant donné qu'elle n'a « pas une fonction répressive » et « s'explique par le souci du législateur de réparer un dommage évalué forfaitairement » (C.C., 1^{er} mars 2012, n° 28/2012).

³¹³ C.A., 7 juin 2001, arrêt, n° 77/2001 et C.A., 13 juin 2001, arrêt n° 80/2001.

24 juin 2013 : « en ce qu'ils ne permettent pas au fonctionnaire sanctionnateur ou, sur recours, au tribunal de police d'assortir d'un sursis l'amende qu'ils prévoient, les articles 3, 3°, et 31 de la loi du 24 juin 2013 relative aux sanctions administratives communales [...] violent les articles 10 et 11 de la Constitution »³¹⁴. Dans d'autres arrêts, la Cour a également décidé qu'une amende administrative, comme une amende pénale, constituait une peine au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme pour en conclure, notamment, que s'y applique le droit à être jugé dans un délai raisonnable³¹⁵.

Le choix de sanctionner pénalement ou non certains comportements n'est idéologiquement pas neutre et peut traduire des préférences politiques certaines. Si la nature pénale d'une sanction dépend de la volonté du législateur et de la qualification qu'il lui attribue, une telle qualification apparaît souvent très largement empreinte de fiction³¹⁶. Ainsi, si l'on admet généralement qu'une mesure dite de sûreté, telle que l'internement en matière de défense sociale, « n'est pas une peine, mais, tout à la fois, une mesure de sécurité sociale et d'humanité, dont le but est de mettre le dément ou l'anormal hors d'état de nuire et, en même temps, de le soumettre, dans son propre intérêt, à un régime curatif scientifiquement organisé »³¹⁷, certains n'ont cependant pas hésité à dire qu'elle possède en réalité, indépendamment des intentions du législateur et de leur qualification juridique, un caractère à la fois afflictif (privation de liberté ressentie comme un mal par l'intéressé, sinon par autrui) et infamant (caractère stigmatisant de la mesure)³¹⁸ qui l'apparentent à une peine.

Ces différents caractères de la peine ne suffisent cependant pas à lever toute ambiguïté quant à la définition de la peine, ce qui pose problème quant à l'application d'un certain nombre de principes du droit pénal, tel que la non-rétroactivité qu'on a déjà eu l'occasion de voir³¹⁹. Ainsi, la Cour de cassation a pu considérer qu'une mesure de sûreté qui vise la « protection de l'intérêt général » ne relève pas de la matière pénale de sorte qu'elle doit être appliquée « dès que la loi qui [la] prévoit, entre en vigueur »³²⁰. Il en va de même concernant les lois relatives au sursis³²¹ ou à la libération conditionnelle³²² au motif qu'elles ne contiennent ni incrimination ni peine ou encore, à la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines étant donné que ce dernier statue sur les modalités de l'exécution de la peine et non sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale³²³. À partir du moment où la distinction radicale entre peine et mesure de sûreté tend à s'estomper, ces tempéraments font l'objet d'une remise en question. La Commission pour la révision du Code pénal et l'Avant-projet de Code pénal renonçaient déjà

³¹⁴ CC, 23 avril 2020, n° 56/2020, tout en décidant que « en ce qu'elles ne permettent pas au fonctionnaire sanctionnateur ou, sur recours, au tribunal de police d'accorder une mesure de suspension du prononcé, les mêmes dispositions ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution ».

³¹⁵ C.A., 15 septembre 2004, arrêt n°148/2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 186 et s., note H.-D. Bosly.

³¹⁶ A cet égard, cf. notamment M. VAN DE KERCHOVE, « Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection », *Rev. dr. pén. crim.*, 1976-1977, pp. 245 et s. Les mêmes difficultés ont été signalées notamment à propos des amendes administratives par R. LEGROS, « A propos du projet de loi sur les amendes administratives », *J.T.*, 1971, p. 99, et à propos de la transaction pénale par J. MESSINNE, « La nature juridique de la transaction en matière répressive », obs. sous Bruxelles, 22 janvier 1970, *R.C.J.B.*, 1972, p. 68.

³¹⁷ Cass., 25 mars 1946, *Pas.*, I, p. 116. Cf. également Cass., 11 décembre 1933, *Pas.*, 1934, I, p. 96 ; Cass., 11 mars 1987, *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, p. 703 : « la décision de la juridiction d'instruction ordonnant l'internement d'un inculpé, sur le fondement de l'article 7 de la loi de défense sociale, ne constitue ni une déclaration de culpabilité du chef d'une infraction ni une condamnation à une peine ».

³¹⁸ Cf. notamment L. CORNIL, *La loi de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude du 9 avril 1930*. Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la cour d'appel de Bruxelles, le 15 septembre 1930, p. 49.

³¹⁹ Syllabus, I, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, §1. L'application de la loi pénale dans le temps. Voy., également, *infra*, concernant la période de sûreté : Chapitre V. La peine, Section 4. La mesure de la peine, § 1. La motivation de la peine, B. La période de sûreté.

³²⁰ Cass., 1^{er} février 2005, *R.W.*, 2007-2008, n° 5, p. 191 (sommaire). Voy., aussi, à propos de l'internement, Cass., 21 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, 1149 et 22 novembre 1977, *Pas.*, 1978, I, 321.

³²¹ Cass., 15 janvier 2002, *Pas.*, 2002, n° 28.

³²² Cass., 22 mai 2002, *Rev. dr. pén.*, 2002, p. 969.

³²³ Cass., 15 juin 2011, *Pas.*, 2011, n° 402.

à cette exception, en reconnaissant la non-rétroactivité des lois qui instituent des mesures³²⁴. La Cour de cassation a, quant à elle, considéré que la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère s'appliquait à la loi qui supprime la possibilité de prononcer le sursis : « Fixé par le juge, le sursis est une modalité d'exécution de la peine qui fait partie intégrante de celle-ci. La possibilité ou l'impossibilité légale d'en obtenir le bénéfice doit être prévisible au moment de l'infraction »³²⁵.

B. Au regard de la Convention européenne des droits de l'homme

Il ressort de plusieurs arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme que, si les Etats membres demeurent souverains pour déterminer la nature juridique des sanctions prévues en droit interne, la Cour se réserve le pouvoir de contrôler cette qualification afin d'éviter qu'elle ne conduise à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention.

« Si les Etats pouvaient à leur guise, en qualifiant une infraction d'administrative plutôt que de pénale, écarter le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7, l'application de celles-ci se trouverait subordonnée à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention »³²⁶.

Il en résulte, dès lors, que certaines sanctions qui n'étaient pas qualifiées de peines en droit interne, ont pu être considérées comme relevant de la « matière pénale », au sens de l'article 6 de la Convention. Notons enfin que la référence à la peine figure également à l'article 7 de la Convention (pas de peine sans loi)³²⁷ ainsi qu'à l'article 4 du Protocole n° 7 (droit à ne pas être jugé ou puni deux fois)³²⁸. À cet égard, la Cour a précisé en outre que « la notion de peine ne saurait avoir des acceptions différentes selon les différentes dispositions conventionnelles »³²⁹.

La Cour a ainsi pu décider qu'une sanction disciplinaire appliquée à des militaires en vertu d'une loi néerlandaise de 1903 relève de la matière pénale, en raison du « degré de sévérité de la sanction »³³⁰; qu'une sanction disciplinaire (570 jours de perte de remise de peine) infligée au Royaume-Uni dans un établissement pénitentiaire « s'est apparentée à une privation de liberté, même si juridiquement elle n'en constituait pas une »³³¹; qu'une amende disciplinaire prévue par le Code vaudois de procédure pénale, de même qu'une amende disciplinaire prévue par la législation maltaise s'appliquent chacune à une infraction qui « concerne virtuellement la population tout entière » et présentent donc l'une et l'autre « un caractère pénal », d'autant plus que « l'enjeu revêtait une importance assez grande pour entraîner la qualification pénale »³³²; qu'une amende disciplinaire pour abus de procédure inscrite dans le Code de procédure civile dont le montant est élevé et qui peut être transformée en emprisonnement à défaut de paiement

³²⁴ Commission pour la révision du Code pénal, *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, Bruxelles, *Moniteur*, 1979, p. 34.

³²⁵ Cass., 13 mai 2015, *Rev. dr. pén.*, 2015, p. 980 et suiv., concl. Av. gén. Loop, note Fr. Kuty.

³²⁶ Cf. notamment Cour eur. D.H., 21 février 1984, arrêt *Öztürk c. Allemagne*, § 49.

³²⁷ Cour eur. D.H., 7 décembre 2006, décision *Van der Velden c. Pays-Bas* (le prélèvement d'un échantillon d'ADN sur une personne condamnée et la conservation de son propre ADN dans un fichier national pendant 30 ans ne constituent pas une peine au sens de l'article 7).

³²⁸ Cour eur. D.H. (GC), 10 février 2009, arrêt *Sergueï Zolotoukhine c. Russie* : application au problème du cumul d'une sanction administrative et d'une sanction pénale du principe selon lequel « l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde 'infraction' pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes ».

³²⁹ Cour eur. D.H., 2 juillet 2002, arrêt *Gökten c. France*, § 48. Voy., aussi, Cour eur. D.H., 8 juin 1995, arrêt *Jamil c. France*.

³³⁰ Cour eur. D.H., 8 juin 1976, arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas*.

³³¹ Cour eur. D.H., 28 juin 1984, arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*. Voy., aussi, Cour eur. D.H. (GC), 9 octobre 2003, arrêt *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*.

³³² Cour eur. D.H., 22 mai 1990, arrêt *Weber c. Suisse* ; Cour eur. D.H., 27 août 1991, arrêt *Demicoli c. Malte*.

est suffisamment importante pour être considérée comme pénale³³³. De la même manière, elle a décidé que les sanctions administratives applicables aux *Ordnungswidrigkeiten* allemandes (infractions aux ordres de l'administration) présentent une analogie suffisante avec les sanctions pénales, quant au type de comportement sanctionné, quant aux règles de procédure applicables, quant aux fonctions qui leur sont assignées³³⁴; qu'une majoration d'impôt prévue à titre de sanction fiscale implique une accusation en matière pénale dans la mesure où elle est prévue par une disposition qui « concerne tous les citoyens », qu'elle vise « pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération d'agissements semblables », qu'« elle se fonde sur une norme de caractère général dont le but est à la fois préventif et répressif » et qu'elle revêt une « ampleur considérable »³³⁵; qu'une amende administrative prévue par la législation commerciale grecque en matière d'importation et d'exportation était « suffisamment sévère pour considérer la poursuite engagée... comme une poursuite en matière pénale au sens de la Convention »³³⁶, qu'une amende administrative prévue par la législation slovaque sur les contraventions à l'ordre public sanctionne la transgression d'une règle de droit qui « s'adresse à tous les citoyens » et poursuit un « objectif dissuasif et punitif » révélant que l'infraction « revêtait un caractère pénal au regard de l'article 6 de la Convention »³³⁷, qu'une sanction administrative telle que le retrait de points relatif au permis de conduire, prévue par la législation française, « revêt... un caractère punitif et dissuasif et s'apparente donc à une peine accessoire »³³⁸, qu'une sanction administrative qui sanctionne la participation à une manifestation non autorisée rentre dans la sphère pénale en raison de la nature et de la gravité de la peine³³⁹, qu'une amende fiscale prévue par la législation suisse « ne tendait pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice, mais avait un caractère essentiellement punitif et dissuasif » et que « l'article 6 s'applique sous sa rubrique pénale »³⁴⁰, qu'une mesure de réparation civile, prévue par un décret adopté par la Région flamande, « peut être regardée comme une 'peine' au sens de la Convention »³⁴¹, qu'une mesure de sûreté telle que la détention de sûreté prévue par la législation allemande « doit être qualifiée de 'peine' aux fins de l'article 7, § 1 de la Convention »³⁴². La décision *Matyjek c. Pologne* du 30 mai 2006 est sans doute la plus inédite dans la mesure où la Cour estime que l'article 6 est applicable à une procédure de lustration. En l'espèce, une personne convaincue d'avoir soumis une fausse déclaration n'est passible ni d'une peine d'emprisonnement, ni d'une amende, mais de l'interdiction d'exercer certaines professions. La gravité de cette sanction doit donc passer pour revêtir un caractère au moins en partie répressif et préventif³⁴³.

La Cour de cassation a également pu décider qu'une sanction administrative, tout en ne constituant pas une peine au sens de l'article 2, alinéa 2 du Code pénal, constituait une peine au sens de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et devait se voir appliquer, à ce titre, le principe de rétroactivité de la loi la plus douce³⁴⁴.

³³³ Cour eur. D.H., 14 novembre 2000, arrêt *T. c. Autriche*.

³³⁴ Cour eur. D.H., 21 février 1984, arrêt *Öztürk c. Allemagne*; Cour eur. D.H., 25 août 1987, arrêt *Lutz c. Allemagne*.

³³⁵ Cour eur. D.H., 24 février 1994, arrêt *Bendenoun c. France*; Cour eur. D.H., 23 juillet 2002, arrêt *Janosevic c. Suède*.

³³⁶ Cour eur. D.H., 24 septembre 1997, arrêt *Garyfallou Aebe c. Grèce*.

³³⁷ Cour eur. D.H., 2 septembre 1998, arrêt *Kadubec c. Slovaquie*.

³³⁸ Cour eur. D.H., 23 septembre 1998, arrêt *Malige c. France*. Voy., toutefois, en sens contraire Cour eur. D.H. (GC), 28 octobre 1999, arrêt *Escoubet c. Belgique* et A. VANDEBURIE, *Le retrait immédiat du permis de conduire et son contrôle juridictionnel. De l'arrêt Escoubet à la loi du 20 juillet modifiant les lois coordonnées du 16 mars 1968 relatives à la police de la circulation routière*, Bruxelles, La Charte, 2007.

³³⁹ Cour eur. D.H., 1^{er} février 2005, arrêt *Ziliberg c. Moldova*.

³⁴⁰ Cour eur. D.H., 3 mai 2001, arrêt *J.B. c. Suisse*.

³⁴¹ Cour eur. D.H., 27 novembre 2008, arrêt *Hamer*.

³⁴² Cour eur. D.H., 17 décembre 2009, arrêt *M. c. Allemagne*.

³⁴³ Cour eur. D.H., 30 mai 2006, décision *Matyjek c. Pologne*.

³⁴⁴ Cass., 14 mars 2005.

L'autonomie de l'interprétation de la matière pénale joue cependant dans les deux sens : « si la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas liée par l'interprétation de termes (...) par les cours nationales, ces cours nationales ne sont pas liées par l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, dans la mesure au moins où cette interprétation entraîne des conséquences qui ne sont pas pertinentes pour l'application de la CEDH »³⁴⁵, comme l'a relevé un arrêt de la Cour d'arbitrage :

« La qualification de pénale, au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, d'une amende administrative ou fiscale n'a pas pour conséquence que cette amende soit de nature pénale au sens de la législation belge »³⁴⁶.

Ces différentes décisions font clairement apparaître que la notion de « peine » a une signification plus large dans le cadre de l'article 6 de la Convention que dans le droit interne des différents Etats membres³⁴⁷. Il semble, en revanche, impossible de dégager des critères d'appartenance que toutes les décisions de la Cour européenne auraient en commun pour déterminer la « matière pénale »³⁴⁸. Comme on peut le remarquer, la Cour semble avoir consacré, dans chacune de ces espèces, des critères de nature partiellement différente (qualification donnée officiellement et en fait, actuellement et antérieurement, à la mesure ; caractères de l'acte sanctionné ; fonctions de la sanction et degré de sévérité, notamment en termes de privation de liberté). Il convient cependant de rappeler que, à l'exception de la qualification de pénale qui semble déterminante à elle seule³⁴⁹, les autres critères sont généralement considérés par la Cour comme ayant un caractère « alternatif » et non « cumulatif », ce qui permet de voir en chacun d'eux une condition suffisante, mais non nécessaire, pour rattacher une sanction à la matière pénale³⁵⁰.

Parfois, cependant, « si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire »³⁵¹, une approche cumulative se trouve suivie et aboutit alors à retenir la « prédominance » des aspects qui « présentent une coloration pénale »³⁵². Il en résulte non seulement une relativisation des frontières établies en droit interne entre les peines et les sanctions de nature non pénale, mais encore une incertitude importante concernant les limites

³⁴⁵ M. BOES, « Amendes administratives, sanctions pénales », obs. sous C.A., 2 mars 1995, *Amén.*, 1995, n° 1, p. 32.

³⁴⁶ C.A., 2 mars 1995, arrêt n° 18/95, *M.B.*, 11 mai 1995, p. 12623. Dans le même sens, cf. notamment C.A., 6 décembre 2000, arrêt n° 127/2000 ; C.A., 1^{er} mars 2001, arrêt n° 24/2001 ; C.C., 12 décembre 2007, arrêt n° 151/2007 ; C.C., 16 juillet 2009, arrêt n° 119/2009 ; Cass., 28 octobre 2008 ; Cass., 4 novembre 2008 ; Cass., 24 novembre 2009.

³⁴⁷ A cet égard, certains auteurs soutiennent que l'article 6 de la Convention joue un rôle important dans le mouvement de repénalisation du droit social et fiscal. Cf. A. DE NAUW, « De rechten van de mens, stuwende kracht van een nieuwe golf van penalisatie in het ondernemingsrecht », *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Bruges, Die Keure, 2001, p. 487 et s.

³⁴⁸ Depuis l'arrêt *Engel*, la Cour a consacré trois critères susceptibles de déterminer si une mesure relève de la « matière pénale » : le fait que « le texte définissant l'infraction en cause ressortit ou non du droit pénal d'après la technique juridique de l'Etat défendeur » (critère que la Cour considère cependant comme un simple « point de départ », dont la valeur n'est que « formelle » et « relative ») ; la nature même de l'infraction (critère que la Cour considère comme un « élément de plus grand poids ») ; la « nature et le degré de gravité de la sanction que risquait de subir l'intéressé » (critère dont la Cour a pu dire, dans l'arrêt *Lutz*, qu'il avait un caractère « alternatif » et non « cumulatif » par rapport au précédent). Sur la réunion de ces trois critères, Cour eur. D.H. (GC), 15 décembre 2005, arrêt *Kyprianou c. Chypre*. De manière générale, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées ? Réflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2005, p. 467 et s.

³⁴⁹ Cf. notamment S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 2002-2004*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 96. C'est en ce sens que la Cour a pu affirmer que « l'autonomie de la notion de 'matière pénale' opère pour ainsi dire à sens unique » (Cour eur. D.H., 8 juin 1976, arrêt *Engel* et autres c. Pays-Bas).

³⁵⁰ Cour eur. D.H., 25 août 1987, arrêt *Lutz c. Allemagne* ; Cour eur. D.H. (GC), 9 octobre 2003, arrêt *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* ; Cour. eur. D.H., 1^{er} février 2005, arrêt *Ziliberg c. Moldova* ; Cour. eur. D.H., 23 novembre 2006, arrêt *Jussila c. Finlande* ; Cour. eur. D.H., 31 juillet 2007, arrêt *Zaicevs c. Lettonie* ; Cour. eur. D.H., 4 mars 2008, arrêt *Hüseyin Turan c. Turquie*.

³⁵¹ Cour eur. D.H. (GC), 23 novembre 2006, arrêt *Jussila c. Finlande* ; Cour. eur. D.H., 31 juillet 2007, arrêt *Zaicevs c. Lettonie* ; Cour. eur. D.H., 4 mars 2008, arrêt *Hüseyin Turan c. Turquie*.

³⁵² Cf. notamment Cour eur. D.H., 24 février 1994, arrêt *Bendenoun c. France* ; Cour eur. D.H. 21 mars 2006, décision *Valico S.R.L. c. Italie*.

de la matière pénale ainsi conçue qui ne peut être tranchée selon une stricte « logique binaire d'appartenance ou de non-appartenance »³⁵³. Cette incertitude paraît encore accrue depuis l'arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006 dans lequel la Cour distingue cette fois, au sein de la matière pénale elle-même, certaines sanctions qui, telles les majorations d'impôt, ne font « pas partie du noyau dur du droit pénal » et décide en conséquence que « les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 ne doivent pas nécessairement s'(y) appliquer dans toute leur rigueur ». La Cour introduit ainsi une nouvelle distinction qui rappelle singulièrement les doctrines positivistes entre les infractions qui font partie du noyau dur du droit pénal et celles qui n'en relèvent pas.

La Cour européenne a également remis en cause la distinction entre peine et mesure relative à l'exécution de la peine en énonçant que « la distinction entre les deux n'est peut-être pas toujours nette en pratique »³⁵⁴ et n'excluant pas « que des mesures prises par le législateur, des autorités administratives ou des juridictions après le prononcé d'une peine définitive ou pendant l'exécution de celle-ci puissent conduire à une redéfinition ou à une modification de la portée de la 'peine' infligée par le juge qui l'a prononcée ». Ce faisant, des dispositions portant sur l'exécution des peines, prises postérieurement au prononcé de celle-ci, sont susceptibles de tomber dans le champ d'application de l'article 7 de la Convention européenne : « S'il en allait différemment, les États seraient libres d'adopter – par exemple en modifiant la loi ou en réinterprétant des règles établies – des mesures qui redéfiniraient rétroactivement et au détriment du condamné la portée de la peine infligée, alors même que celui-ci ne pouvait le prévoir au moment de la commission de l'infraction ou du prononcé de la peine. Dans de telles conditions, l'article 7, § 1^{er} se verrait privé d'effet utile pour les condamnés dont la portée de la peine aurait été modifiée a posteriori, et à leur détriment »³⁵⁵.

§ 2. Caractères

On peut relever **cinq** caractères de la peine. Elle est légale, obligatoire, égale, personnelle et individuelle.

A. Légale

Le principe de la légalité des peines découle de l'article 14 de la Constitution : « Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi » et constitue le pendant du principe de la légalité des incriminations. Nous renvoyons, pour le surplus, à la partie I du Syllabus³⁵⁶.

B. Obligatoire

La peine est en principe obligatoire, au sens où, à la différence du ministère public qui a le pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites, le juge, une fois saisi et convaincu de ce que les conditions d'application de la peine sont réunies, est tenu légalement de la prononcer.

« Il n'est... pas permis au tribunal, quelles que soient les conceptions personnelles de ceux qui le composent, d'acquitter par opportunité ; ... il a le devoir absolu de prononcer une condamnation si... tous les éléments constitutifs de chaque infraction sont réunis, à

³⁵³ A ce sujet, cf. notamment M. DELMAS-MARTY, « Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain », *Dalloz-Sirey*, 1986, *Chron.*, p. 27 et s. ; M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1986, p. 317 et s. ; M. DELMAS-MARTY, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la 'logique du flou' », *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, p. 1031 et s.

³⁵⁴ Cour. eur. D.H., arrêt *M. c. Allemagne*, 17 décembre 2009, § 121 ; arrêt *Kafkaris c. Chypre*, 12 février 2008, § 142.

³⁵⁵ Cour. eur. D.H., arrêt *Del Rio Prada c. Espagne*, 21 octobre 2013, §§ 85 et 89.

³⁵⁶ Section 4. Les sources du droit pénal, § 1. Le principe de légalité.

moins qu'il ne constate l'existence d'une cause de justification qui supprimerait la culpabilité du prévenu »³⁵⁷.

La Cour de cassation a notamment eu l'occasion d'appliquer ce principe en cassant des arrêts qui avaient déclaré établi le fait mis à charge du prévenu, mais acquitté celui-ci sans invoquer l'existence d'une cause légale de justification³⁵⁸ « en raison du peu d'importance de ce fait »³⁵⁹ ou parce que « l'amende est, dans une affaire déterminée, disproportionnée à la nature de l'infraction ou aux moyens financiers du prévenu »³⁶⁰.

Le caractère obligatoire de la peine ne s'applique strictement qu'aux peines principales, car les peines accessoires ont tantôt un caractère facultatif tantôt un caractère obligatoire³⁶¹.

Par ailleurs, différents mécanismes dispensent le juge de prononcer une peine. Ainsi, en cas de dépassement du délai raisonnable, le juge peut déclarer le prévenu coupable des faits mis à sa charge sans prononcer de peine, aux termes de l'article 21*ter* du Titre préliminaire du Code de procédure pénale³⁶². Il en va de même en cas de concours idéal d'infractions³⁶³, sur la base de l'article 65, alinéa 2 du Code pénal ou en cas d'excuse absolutoire³⁶⁴. Enfin, si le prévenu entre dans les conditions pour en bénéficier, le juge peut également suspendre le prononcé de la condamnation sans prononcer de peine (art. 3 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation)³⁶⁵. La déclaration de culpabilité n'empêche pas le dédommagement de la partie civile, la condamnation aux frais de justice, la restitution ni la confiscation³⁶⁶.

Malgré différents projets de réforme, « la déclaration de culpabilité » n'est pas encore reconnue comme peine à part entière³⁶⁷. L'*Avant-projet de Code pénal* (1970) prévoyait déjà, dans son article 157, que « le juge peut, sans plus, déclarer la culpabilité du prévenu »³⁶⁸ tandis que l'article 50 de l'*Avant-projet de Code pénal* (2016) propose que le juge puisse « prononcer la condamnation par déclaration de culpabilité lorsqu'il constate au vu des circonstances concrètes de la cause que les faits jugés présentent une gravité limitée ou que l'écoulement du temps rend la prononciation d'une autre peine inopportune »³⁶⁹.

C. Égale

Il est traditionnel d'affirmer également que la peine est égale, au sens où « tous les individus ayant perpétré le même délit, tombent sous le coup du même texte répressif et encourrent les

³⁵⁷ Corr. Namur, 9 mars 1984, *R.R.D.*, 1985, p. 292.

³⁵⁸ Cass., 9 juillet 1951, *Pas.*, I, p. 777.

³⁵⁹ Cass., 12 mars 1956, *J.T.*, 1956, I, p. 492.

³⁶⁰ Cass., 18 mai 1999, *Pas.*, I, p. 288. Voy., en matière de confiscation, Cass., 3 mai 2006, *Pas.*, 2006, n° 254 et les conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH : le juge « ne doit ni ne peut soumettre l'infliction de cette peine à une mise en balance des intérêts de la propriété par rapport aux nécessités de l'utilité publique ».

³⁶¹ Il en va ainsi notamment de l'interdiction des droits civils et politiques, de la confiscation spéciale, de la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines. Voy., *infra*, Section 2. La classification des peines, § 1. Classification des peines selon les rapports qu'elles ont entre elles, B. Peines accessoires ou complémentaires.

³⁶² Art. 21*ter* du Titre préliminaire du Code de procédure pénale : « Si la durée des poursuites pénales dépasse le délai raisonnable, le juge peut prononcer la condamnation par simple déclaration de culpabilité ou prononcer une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi. Si le juge prononce la condamnation par simple déclaration de culpabilité, l'inculpé est condamné aux frais et, s'il y a lieu, aux restitutions. La confiscation spéciale est prononcée ».

³⁶³ Voy., *infra*, Section 4. La mesure de la peine, § 2. Le concours d'infractions, B. Le concours idéal.

³⁶⁴ Voy., *infra*, Section 4. La mesure de la peine, § 3 Les causes d'excuses ; B. Deux sortes d'excuse, 1. Les excuses absolutoires.

³⁶⁵ Voy., *infra*, Section 5. Les modalités de la peine, § 1. Modalités faisant l'objet d'une décision judiciaire initiale, A. La suspension du prononcé de la condamnation.

³⁶⁶ Cass., 12 février 2008.

³⁶⁷ Commission Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine, *Rapport final*, 2^e partie, Bruxelles, s.d. (2003), p. 28.

³⁶⁸ R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, *op. cit.*, pp. 50 et 166-167.

³⁶⁹ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal ...*, *op. cit.*, p. 150 à 153. Concernant la déclaration de culpabilité sans prononcé de peine en droit comparé, cf. M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir*, *op. cit.*, p. 195 et s.

pénalités qu'ils commencent »³⁷⁰. Ce principe d'égalité devant la peine culminait avec le système des peines fixes prévu par le Code pénal révolutionnaire de 1791. Comme certains l'ont souligné, cependant, « ce principe, net en théorie, est malaisé dans son application »³⁷¹. Dans la mesure où les textes répressifs eux-mêmes favorisent une diversification et une individualisation de plus en plus poussée des peines, tant au stade du prononcé qu'à celui de l'exécution, il apparaît en effet que ce principe ne saurait conserver la portée essentielle qu'il possédait à l'origine dans les théories classiques du droit pénal³⁷².

D. Personnelle

La peine doit être personnelle, au sens où elle ne peut en principe atteindre une autre personne que l'auteur de l'infraction. La Cour de cassation a ainsi rappelé qu'en abrogeant la confiscation générale, « l'article 17 de la Constitution prohibe la peine qui, atteignant tout le patrimoine, cesserait d'être individualisée et frapperait la famille du délinquant »³⁷³. Le juge qui condamne un prévenu doit donc indiquer expressément qu'il a commis le fait mis à sa charge³⁷⁴. Il en résulte également que l'action publique s'éteint par la mort de l'inculpé (art. 20 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale), que les peines s'éteignent par la mort du condamné (art. 86 du Code pénal) et ne peuvent être prononcées contre ses héritiers. Par ailleurs, il n'existe pas, contrairement à la responsabilité civile, de responsabilité pénale du fait d'autrui³⁷⁵.

Le principe connaît toutefois des exceptions lorsqu'une peine accessoire, telle la fermeture d'un établissement³⁷⁶ ou la confiscation de certains biens, a un caractère « réel » et s'impose, de ce fait, à toute autre personne physique ou morale que l'auteur de l'infraction³⁷⁷. La Cour de cassation a ainsi pu décider que : « la confiscation des avantages patrimoniaux délictueux ou d'un montant y correspondant (...) sont l'une et l'autre des peines présentant un caractère

³⁷⁰ A. BRAAS, *Précis de droit pénal*, 3^e éd., Bruxelles-Liège, Bruylant-Vaillant-Carmann, 1946, p. 173.

³⁷¹ P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, op. cit., p. 152.

³⁷² Cf. à cet égard, J. MESSINNE, « L'égalité et l'individualisation de la peine », *L'égalité*, vol. IV, R. Dekkers, P. Foriers et Ch. Perelman et L. Ingber (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 7 et s. En ce qui concerne les aspects les plus récents d'une telle tendance, cf. Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « Certitudes et incertitudes dans l'évolution du droit pénal en Belgique », *Arch. pol. crim.*, 1989, p. 235 à 238.

³⁷³ Cass., 3 mai 2006. Cf. également S. FROSSARD, « Quelques réflexions relatives au principe de la personnalité des peines », *Rev. sc. crim.*, 1998, n° 4, p. 703 et s. Concernant l'application du principe, cf. notamment Cass., 12 janvier 1989, *J.T.*, 1989, p. 437 et Cass., 4 février 1992, *Pas.*, I, p. 491 ; Cass., 3 novembre 1992, *Pas.*, I, p. 1231 ; Cass., 26 octobre 1994, *Pas.*, I, p. 864 ; Cass., 24 mai 1995, *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, p. 115 où la Cour a considéré que viole le principe général de la personnalité des peines le juge qui condamne le prévenu à une peine, tout en admettant que le fait a pu être commis par une autre personne. Cf. également Cass., 24 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 604 où la Cour décide que l'arrêt qui ordonne une peine de confiscation sans identifier le prévenu auquel il l'applique méconnaît le principe général de la personnalité des peines.

³⁷⁴ Cass., 24 mai 1995, *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, p. 115.

³⁷⁵ Voy., l'article 50bis du Code pénal en matière d'amendes : « Nul ne peut être tenu responsable du paiement d'une amende à laquelle une autre personne est condamnée, s'il est condamné pour les mêmes faits ».

³⁷⁶ Voy., notamment, l'article 382, § 3 du Code pénal en cas d'infractions visées aux articles 379 et 380 (corruption de la jeunesse et prostitution) : « Sans avoir égard à la qualité de la personne physique ou morale de l'exploitant, propriétaire, locataire ou gérant, le tribunal peut ordonner la fermeture de l'établissement dans lequel les infractions ont été commises, pour une durée d'un mois à trois ans ». Voy. également l'article 4, § 4bis de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, psychotropes, désinfectantes ou antiseptiques et des substances pouvant servir à la fabrication illicite de substances stupéfiantes et psychotropes qui autorise le juge à ordonner la fermeture temporaire d'un débit de boissons ou de tout autre établissement où des infractions ont été commises, y compris lorsque le condamné n'est ni propriétaire, ni exploitant de l'établissement.

³⁷⁷ P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, op. cit., p. 153. Cf. Cass., 2 octobre 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 70 ; Cass., 16 mars 1970, *Pas.*, I, p. 632 ; Cass., 11 octobre 1989, *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, p. 71 ; Cass., 21 mai 1986, *Pas.*, I, p. 1147 ; Cass., 4 juillet 1986, *Pas.*, I, p. 1345 ; Cass., 14 juin 1989, *Rev. dr. pén. crim.*, 1989, p. 1025 ; Cass., 16 octobre 2007 ; Cass., 12 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n° 28, avec les conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch. L'importance de cette exception s'est considérablement accrue depuis de nombreuses années. Ainsi, la loi du 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43 et 505 du Code pénal et insérant un article 43bis au même code, qui ordonne la confiscation obligatoire de l'objet du recel élargi et du blanchiment de capitaux, même s'il n'appartient pas au condamné. Voy., aussi, la loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil, qui prévoit, aux termes de l'article 433terdecies du Code pénal, la confiscation obligatoire des immeubles ayant servi à commettre l'infraction prévue à l'article 433decies même si la propriété n'en appartient pas au condamné.

réel »³⁷⁸. Dans ce cas, les tiers qui prétendent avoir des droits sur le bien susceptible d'être confisqué ou fermé doivent être admis à comparaître dans l'instance pour se défendre³⁷⁹.

L'article 67 de la loi relative à la circulation routière stipule, par ailleurs, que les personnes civilement responsables, aux termes de l'article 1384 du Code civil, des dommages-intérêts et frais, le sont également de l'amende. Comme le souligne la Cour de cassation, qui a admis que l'employeur est civilement responsable des amendes auxquelles ses préposés ou mandataires ont été condamnés, « il s'agit d'une dérogation au principe du droit de la personnalité des peines »³⁸⁰. Enfin, bien qu'il s'agisse d'une mesure à disposition du parquet, la possibilité pour ce dernier, aux termes de l'article 45*bis* de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse de proposer aux parents du mineur ayant commis un fait qualifié infraction, d'accomplir un stage parental, peut être vue comme une entorse à la personnalité des peines.

E. Individuelle

La peine, enfin, est individuelle, au sens où elle doit être en principe prononcée contre chaque condamné. Il en résulte que, sauf dérogation légale, les peines ne peuvent être prononcées ni collectivement ni solidairement contre plusieurs condamnés en raison d'une même infraction³⁸¹. L'article 39 du Code pénal fait notamment application de ce principe général en matière d'amende : « L'amende est prononcée individuellement contre chacun des condamnés en raison d'une même infraction ».

« Ni l'article 50 du Code pénal ni aucune autre disposition légale n'autorisent le juge à condamner solidairement plusieurs personnes à une même peine, fût-elle accessoire »³⁸².

En revanche, les individus condamnés pour une même infraction sont tenus solidairement des restitutions, dommages et intérêts et frais de justice (art. 50 du Code pénal).

Section 2. Les fonctions des peines

On peut brièvement rappeler quelles sont les principales fonctions que sont susceptibles de remplir les peines en général³⁸³. Nous évoquerons successivement les fonctions de prévention, de réparation, de rétribution et de renforcement symbolique des normes. Il ne fait pas de doute cependant que ces fonctions devraient être spécifiées à différents points de vue : selon l'évolution des mentalités et des attentes dominantes du moment, ainsi que des recherches empiriques disponibles ; selon la nature des peines envisagées, étant donné que toutes les peines ne sont pas également susceptibles de remplir n'importe quelle fonction ; selon le niveau –

³⁷⁸ Cass., 4 septembre 2007.

³⁷⁹ La Cour constitutionnelle a ainsi considéré que viole les articles 10 et 11 de la Constitution l'article 222, § 1^{er}, de la loi générale du 18 juillet 1977 relative aux douanes et accises qui impose la confiscation du véhicule employé à la fraude ou mis en usage à cet effet sans exiger que le véhicule ne soit la propriété du prévenu, dans la mesure où cet article ne permet pas au propriétaire d'établir qu'il est étranger à l'infraction et d'obtenir la restitution de son bien (arrêt n° 162/2001 du 19 décembre 2001). Faisant suite à ces arrêts, la loi du 20 juillet 2005 a ajouté un quatrième paragraphe à l'article 222 disposant que la confiscation ne sera pas prononcée si le propriétaire du moyen de transport démontre qu'il est étranger à l'infraction. La Cour constitutionnelle a tenu le même raisonnement à propos de l'article 221 de l'arrêté royal du 18 juillet 1977 portant coordination des dispositions générales relatives aux douanes et accises, confirmé par l'article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1978 (arrêt n° 38/2002 du 20 février 2002).

³⁸⁰ Cass., 8 avril 2008, *Pas.*, 2008, p. 835.

³⁸¹ P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, op. cit., p. 153; Cass., 8 janvier 1951, *Pas.*, I, p. 282.

³⁸² Cass., 27 mai 2009. Des dérogations sont toutefois prévues par le législateur comme à l'article 505, alinéas 6 et 7 du Code pénal qui stipulent que les choses visées au paragraphe 1^{er}, 2^o à 4^o dudit article, en ce compris les sommes d'argent équivalentes, sont confisquées dans le chef de chacun des auteurs, coauteurs ou complices de l'infraction. Voy., à ce sujet, Cass., 6 novembre 2007.

³⁸³ A cet égard, cf. Egalement M. VAN DE KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, 2005, n° 127, p. 22 et s.

établissement, prononcé ou exécution – auquel la peine est considérée. Seul un aperçu général du problème sera esquissé ici et nous, renvoyons, pour le surplus, à la première partie du syllabus³⁸⁴.

§ 1. *Fonction de prévention*

Au regard des conceptions qui ont très largement dominé la criminologie et la théorie pénale durant ces deux derniers siècles, on serait tenté de dire que les peines, quelle que soit leur nature, remplissent avant tout une fonction de prévention. La peine vise d'abord à freiner, voire à empêcher l'accomplissement de comportements jugés indésirables.

On distingue généralement la prévention générale de la prévention spéciale.

A. **Prévention générale**

Par prévention générale, on vise la dissuasion ou l'intimidation collective de tous les contrevenants potentiels. La peine est un message qui doit atteindre l'ensemble du corps social. Cette perspective utilitariste est largement développée dans la pensée classique par des auteurs comme BECCARIA et BENTHAM qui ont fait de cette fonction la principale finalité des peines. Au terme de multiples recherches empiriques qui ont été consacrées à la fonction dissuasive des peines³⁸⁵, on peut cependant douter de son efficacité³⁸⁶. En particulier, comme certains l'ont souligné, il semble que « beaucoup d'illusions s'écroulent », car tout ce qui pourrait ressortir de ces travaux, c'est que « la menace de la peine n'apparaît efficace, en principe, que pour les catégories de personnes pour lesquelles elle n'est pas utile »³⁸⁷, c'est-à-dire pour les personnes dont « l'attirance pour la déviance » est relativement faible³⁸⁸.

B. **Prévention spéciale**

Qu'en est-il, par ailleurs, de la prévention spéciale, c'est-à-dire de l'aptitude de la peine à empêcher l'individu qui en est frappé de commettre de nouvelles infractions dans l'avenir, soit d'éviter la récidive ? D'une façon générale, les espoirs qui ont été mis dans les différentes formes de prévention spéciale n'ont pas été couronnés de plus de succès. Sans doute l'élimination radicale du délinquant, recommandée par des auteurs comme GAROFALO pour les criminels « typiques », apparaît-elle comme une solution « efficace », mais qui se heurte évidemment à plusieurs limites, dont le coût humain et économique de la peine privative de liberté.

Pour atteindre cette fonction de prévention spéciale, on a, durant plusieurs décennies, associé la peine à un idéal de traitement, de resocialisation et de réinsertion³⁸⁹. Ici encore, cependant,

³⁸⁴ Voy., *supra*, Chapitre I, Introduction historique à la pensée pénale.

³⁸⁵ Cf. Notamment P. GUIBENTIF, « Retour à la peine : contexte et orientations des recherches récentes en prévention générale », *Déviance et société*, 1981, vol. 5, n° 3, p. 293 et s.

³⁸⁶ Ph. ROBERT, « Les effets de la peine pour la société », *La peine, quel avenir ? Approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire*, Paris, Cerf, 1983, pp. 105-106 ; A. BARATTA, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *Déviance et société*, 1991, vol. 15, n° 1, p. 14 : « La fonction de prévention générale négative (dissuasion des infracteurs potentiels), sur laquelle se fonde encore en bonne partie le consensus dont le système pénal jouit dans le sens commun, peut être considérée à son tour comme une hypothèse empiriquement non contrôlée et non contrôlable ».

³⁸⁷ G. KELLENS, *La mesure de la peine. Précis de pénologie et de droit des sanctions*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1982, p. 194.

³⁸⁸ A.C. BERGHUIS, La prévention générale : limites et possibilités, Les objectifs de la sanction pénale. En hommage à Lucien Slachmuylder, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 93. Cf. Egalement M. CUSSON, « Le sens de la peine et la rétribution », *Rev. int. Crim. Pol. Techn.*, 1985, n° 3, p. 275 : « De toute évidence, la crainte du châtimeur n'a qu'un effet limité. Il n'en reste pas moins qu'elle a un certain effet, au moins sur les citoyens habituellement honnêtes qui pourraient fort bien se laisser tenter par le crime si l'impunité leur était assurée ».

³⁸⁹ Cf. Notamment, La réinsertion. Etat des lieux et perspectives d'avenir, Archives de politique criminelle, n° 22, 2000, p. 97 et s.

un très large scepticisme a succédé à l'engouement dominant et l'on a assisté progressivement au déclin progressif du « modèle thérapeutique » et de « l'idéal de réhabilitation »³⁹⁰. Si la resocialisation peut parfois constituer un effet bénéfique de la peine, cet effet reste marginal et aléatoire et ne compense pas le nombre ni l'intensité des effets de désocialisation et d'exclusion qu'elle engendre par ailleurs.

Une jurisprudence intéressante a été rendue récemment par le tribunal correctionnel de Liège concernant justement l'utilité de la peine privative de liberté et son coût. Il s'agissait d'une affaire de vol alimentaire. Le tribunal a souligné que la loi pénale ne peut être utilisée comme réponse aux défis de la pauvreté et de la marginalité. Seule une politique publique interventionniste et bienveillante peut présenter quelque chance de succès. La question de l'enfermement se pose dans les dossiers de vol alimentaire si l'on veut bien avoir égard au coût que représente l'incarcération d'un détenu. L'argent du contribuable serait davantage utile dans un programme social que dans un programme carcéral. L'emprisonnement ne se limite pas à la seule privation de liberté, le système y ajoutant une absence de prise en charge (qui prive l'incarcération des outils qui ont été prévus pour la rendre socialement utile) et une souffrance humaine inutile du fait des conditions de détention alors que l'exécution de la peine ou mesure privative de liberté doit s'effectuer dans des conditions psychosociales, physiques et matérielles qui respectent la dignité humaine, permettent de préserver ou d'accroître chez le détenu le respect de soi et sollicitent son sens des responsabilités personnelles et sociales et que, durant l'exécution de la peine, il convient d'empêcher les effets préjudiciables évitables de l'incarcération. L'emprisonnement doit être réservé aux cas où la sécurité ou la santé publiques sont en danger. La dignité humaine empêche de priver une personne de sa liberté par la contrainte sans œuvrer en même temps à sa réinsertion et sans lui fournir une chance de recouvrer un jour cette liberté. Le principe de réinsertion, qui vise le retour dans la société d'une personne qui a fait l'objet d'une condamnation pénale, se trouve reflété dans diverses normes internationales, est aujourd'hui reconnu dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à plusieurs articles de la Convention et y revêt même une importance croissante³⁹¹.

§ 2. *Fonction de réparation*³⁹²

L'idée de réparation est sans doute liée, dès ses origines, à la peine et apparaît d'ailleurs encore dans l'affirmation courante selon laquelle le délinquant doit « payer pour son crime ».

Cette idée de paiement n'a évidemment de sens que si l'on présuppose que l'infraction commise a un caractère dommageable, qu'elle constitue une « offense » pour autrui ou pour la société et que cette offense doit être réparée par la peine qui constitue en quelque sorte le « prix » qui la compense et la « rachète ». C'est en ce sens que l'on a pu parler également, avec certaines connotations religieuses, d'une fonction « rédemptrice » ou « expiatoire » de la peine.

La réparation que vise la peine ne se situe pas à un niveau concret, mais seulement à un niveau symbolique, voire religieux ou magique³⁹³. En effet, si la peine peut être, dans cette perspective, strictement mesurée à l'importance du dommage causé, comme le veut la loi du talion, par exemple – œil pour œil, dent pour dent –, il est évident que le fait d'infliger cette privation à

³⁹⁰ G. KELLENS, *La mesure de la peine. Précis de pénologie et de droit des sanctions*, op. cit., p. 175 et s. ; G. KELLENS, « Croit-on encore au traitement des délinquants et à la resocialisation ? Les idées en Belgique et ailleurs », *Les objectifs de la sanction pénale*, op. cit., p. 29 et s. ; G. KELLENS, *Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales. La mesure de la peine*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1991, p. 285 et s.

³⁹¹ Corr. Liège (div. Liège, 16^e ch.), 14 avril 2021, *J.L.M.B.*, 2021, p. 1138.

³⁹² Cf. Notamment B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, Paris, L.G.D.J., 2007.

³⁹³ P. PONCELA, « Eclipses et réapparition de la rétribution en droit pénal », *Rétribution et justice pénale*, Paris, P.U.F., 1983, p. 15.

autrui n'aura pas pour effet concret de restituer à la victime le bien dont elle a été privée ni de compenser matériellement le dommage physique ou moral qu'elle a subi. Le fait d'infliger une peine à autrui ne peut donc fournir à la victime et à ses proches³⁹⁴ qu'une réparation ou une satisfaction purement morale, psychologique ou symbolique³⁹⁵.

La même interprétation peut être soutenue au niveau de la satisfaction symbolique de l'intérêt de la société à l'application de la peine, qui vise à réparer le mal causé à la société, comme le souligne, un arrêt de la cour d'appel de Liège du 12 mars 1973 affirmant que « la peine... a pour but de réparer le trouble social causé par l'infraction »³⁹⁶. DURKHEIM ne disait pas autre chose lorsqu'il affirmait que la peine « répare le mal que le crime a fait à la société »³⁹⁷.

On peut par ailleurs se demander si la sanction pénale n'est pas encore susceptible de remplir une fonction réparatrice plus concrète et instrumentale, visant à inclure la réparation du dommage causé à la victime³⁹⁸ ou à la collectivité, dans la sanction pénale. On pense ainsi à la médiation pénale (« médiation-mesures ») qui prévoit, comme modalité de la sanction, la réparation ou l'indemnisation réelle du dommage causé à la victime (art. 216^{ter} du Code d'instruction criminelle) ou, encore, à la peine de travail, visant la réparation symbolique du dommage causé à la société (art. 37^{quinquies} du Code pénal)³⁹⁹.

§ 3. *Fonction de rétribution*

L'idée que la peine puisse être associée à la notion de rétribution est sans doute l'une des plus anciennes fonctions de la peine et les sanctions pénales sont, par leur nature même, particulièrement aptes à remplir cette fonction⁴⁰⁰.

L'idée de rétribution, de punition ou de répression, correspond à une certaine conception de la justice qui veut que l'on prenne en considération le mal inhérent à l'infraction commise et qu'on lui fasse correspondre un mal équivalent (la peine)⁴⁰¹. Si la prévention se tourne essentiellement vers l'avenir (considération d'un mal futur)⁴⁰² et la réparation vers le présent⁴⁰³ (considération d'un mal actuel), la rétribution se tourne donc essentiellement vers le passé.

Si l'idée de rétribution suppose ainsi le respect d'une certaine forme d'équivalence entre deux maux (l'infraction et la peine), cette équivalence se situe à un niveau essentiellement

³⁹⁴ Voy., notamment, J.-F. CAUCHIE et J. SAUVAGEAU, « Le deuil des proches de victimes au service de la pénalité. Quand livrer de la douleur met un peu de baume au cœur », *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerchove*, Fr. Tulkens, Y. Cartuyvels et Ch. Guillaïn (dir.), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 237 et s.

³⁹⁵ A cet égard, voy., notamment, M.-L. CESONI et R. RECHTMAN, « La réparation psychologique de la victime : une nouvelle fonction de la peine ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 158 et s.

³⁹⁶ Liège, 12 mars 1973, *J.T.*, 1973, p. 424.

³⁹⁷ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 9^e éd., Paris, P.U.F., 1973, p. 77.

³⁹⁸ Cf. *supra*, l'évocation de cette tendance à propos du phénomène de privatisation partielle du droit pénal.

³⁹⁹ Cf. les développements précédant la proposition de loi du 29 mars 2000 modifiant le Code pénal et instaurant le travail d'intérêt général et la formation comme peine de substitution (*Doc.*, Chambre, 1999-2000, n° 50-0549/001, p. 4): « La prestation de services au profit de la communauté est en quelque sorte un mode de réparation symbolique du dommage que toute infraction comporte à l'égard du groupe social ».

⁴⁰⁰ Cf. notamment P. PONCELA, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 28: « La notion de rétribution est l'autre nom de la peine: punir c'est toujours rétribuer ». En ce sens, il ne paraît pas pertinent de « présenter la rétribution comme un objectif de la peine parce qu'en réalité, elle constitue une caractéristique inhérente de la peine » (COMMISSION TRIBUNAUX DE L'APPLICATION DES PEINES, STATUT JURIDIQUE EXTERNE DES DETENUS ET FIXATION DE LA PEINE, *Rapport final*, 2^e partie, Bruxelles, 2003, p. 24).

⁴⁰¹ Cf. notamment M. CUSSON, « Le sens de la peine et la rétribution », *op. cit.*, p. 277: « la rétribution peut être définie comme ce que l'on donne en échange de ce qu'on reçoit... Elle stipule qu'il doit y avoir équivalence entre l'action et la réaction. Dans le domaine qui nous occupe, la peine rétributive sera celle qui sera donnée en échange d'un crime ».

⁴⁰² Cf. notamment Y. CARTUYVELS et F. OST, *Crise du lien social et crise du temps juridique. Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société ? L'exemple du droit pénal*, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, 1998, pp. 71 et s.

⁴⁰³ Cf. notamment F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Le présent, horizon paradoxal des sanctions réparatrices ? », *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, éd. Frison-Roche, 1999, p. 477 et s.

symbolique⁴⁰⁴. Le fait que l'infraction pénale ne puisse être réprimée qu'au cas où elle est moralement imputable à son auteur, de même que le fait que le législateur ait consacré une échelle de gravité parallèle des infractions et des peines, consacrant ainsi au moins partiellement le principe de la proportionnalité de la peine à la gravité objective de l'infraction, sont des principes qui, malgré leur affaiblissement progressif, contribuent largement à ce que la peine remplisse une fonction de nature rétributive.

Les utilitaristes ont néanmoins souligné qu'une sévérité démesurée suscite davantage l'aversion que l'adhésion et qu'une proportionnalité raisonnable entre la peine et la gravité de l'infraction constitue donc une condition de sa légitimation et, par là même, de son efficacité⁴⁰⁵. Dissuasion et rétribution ne sont donc pas étrangères l'une à l'autre et les nouveaux plaidoyers en faveur d'une répression plus accrue se plaisent à le souligner.

Par ailleurs, si les fonctions de traitement ou de réhabilitation de la peine ont longtemps été jugées incompatibles avec l'idée de rétribution, les conceptions semblent évoluer. Parallèlement à la crise qui a affecté l'efficacité du rôle thérapeutique de la peine, on a vu se développer progressivement, dans certains milieux psycho-médicaux, l'idée que la rétribution devait faire partie intégrante du traitement, voire même parfois l'idée que la rétribution pouvait constituer en elle-même le traitement le plus efficace⁴⁰⁶. Dans cette perspective, dès lors, loin d'être incompatibles, rétribution et prévention spéciale deviennent indissociables et tendent même à se confondre.

§ 4. Fonction de renforcement symbolique des normes

Par fonction de renforcement symbolique des normes, on peut entendre le fait qu'elle exprime symboliquement à l'égard du corps social tout entier l'attachement que l'on témoigne à l'égard de certaines normes, à l'égard des comportements qui s'y conforment et à l'égard des valeurs qu'elles consacrent⁴⁰⁷. En ce sens, comme l'a suggéré DURKHEIM par exemple, la sanction n'est pas tant dirigée à l'encontre des délinquants, qu'à l'égard des « honnêtes gens », c'est-à-dire ceux qui adhèrent aux normes en question et qui se voient confortés dans leurs convictions.

La peine remplit incontestablement une fonction symbolique ou socio-pédagogique et le droit a traditionnellement mis l'accent sur la nécessité de renforcer les normes morales en les faisant adopter par le législateur, même si celles-ci ne faisaient ensuite l'objet que d'une application très limitée⁴⁰⁸. C'est ce qui peut expliquer la distorsion entre l'édiction d'une norme pénale (criminalisation primaire) et son application (criminalisation secondaire). Un nombre important de normes pénales est ainsi édicté, sans être véritablement appliqué. C'est la fonction symbolique de la norme pénale qui est ici mobilisée, indépendamment de sa fonction

⁴⁰⁴ P. PONCELA, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *Arch. phil. dr.*, t. 26, 1981, pp. 68-69.

⁴⁰⁵ Cf. en ce sens notamment F.A. ALLEN, *The decline of the rehabilitative ideal. Penal policy and social purpose*, New Haven-Londres, Yale University press, 1981, p. 66 et s., qui explique ainsi le regain aux Etats-Unis des théories du « just punishment » et du « just desert ».

⁴⁰⁶ On a notamment parlé en ce sens de « thérapie de la réalité » (D.B. WEXLER, *Criminal commitments and dangerous mental patients : legal issues of confinement, treatment and release*, Rockville, 1976, p. 52). A ce sujet cf. également T. BALTHAZAR, « Het cynisch credo van de vierde kamer : de gevangenis als therapie », note sous Gand, 19 novembre 1991, *T.G.R.*, 1992, p. 25 et 26.

⁴⁰⁷ Cf. également G. KELLENS, *La mesure de la peine*, op. cit., p. 194 qui parle, à cet égard, de la fonction « socio-pédagogique ». Cf. également J. FEINBERG, « The expressive function of punishment », in *Doing and deserving. Essays in the theory of responsibility*, Princeton, Princeton University press, 1970, pp. 102 et s., qui parle, quant à lui, de fonction « expressive » ; G. KELLENS, *Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, op. cit., p. 297-298 et G. KELLENS, *Punir. Pénologie et droit des sanctions pénales*, Liège, Editions juridiques de l'Université de Liège, 2000, p. 100, qui parle également d'une fonction de « raffermissement des valeurs » ; R. GASSIN, « Les fonctions sociales de la sanction pénale dans le nouveau Code pénal », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, n° 18, 1994, pp. 50 et s., p. 67, qui parle, pour sa part, d'une fonction de « sécurisation » ; J.-P. BRODEUR, « Sanction pénale et contre-impunité », *Sanctions, Informations sociales*, n° 127, octobre 2005, pp. 122 et s., qui parle de fonction de « contre-impunité ».

⁴⁰⁸ A cet égard, cf. M. VAN DE KERCHOVE, « Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques », *J.T.*, 1985, p. 333.

instrumentale. L'inflation pénale qui caractérise actuellement notre système juridique peut d'ailleurs s'expliquer partiellement à la lumière de cette idée. L'incrimination pénale d'un comportement paraît en effet chargée d'un tel symbolisme que le législateur, de même que les groupes d'intérêts susceptibles d'appuyer son intervention, semblent craindre de plus en plus de discréditer la norme édictée en ne l'assortissant d'aucune sanction pénale.

Le fait que cette fonction paraisse redécouverte à l'heure actuelle⁴⁰⁹ où nos sociétés prennent progressivement conscience de l'efficacité limitée des fonctions instrumentales de la peine⁴¹⁰ et ont tendance à réactiver des formes plus visibles et plus mécaniques de solidarité, n'est sans doute pas étonnant. Il paraît cependant impossible d'avaliser les présupposés « consensualistes » auxquels cette fonction est souvent associée dans le sillage de DURKHEIM. Comme l'ont montré diverses études empiriques, il semble en effet que les incriminations pénales et leur hiérarchisation légale soient loin de toujours bénéficier d'un véritable consensus social et qu'elles reflètent souvent les valeurs dominantes de l'une ou l'autre fraction de la société. Si cette idée est exacte, la fonction socio-pédagogique de la peine ne se trouve pas niée pour autant, mais sa signification s'en trouve partiellement modifiée. La peine, en effet, en raffermissant une norme déterminée, est toujours susceptible sans doute de conforter ceux qui y adhèrent dans leurs convictions propres et dans le sentiment qu'ils ont en même temps de s'identifier avec le groupe social tout entier. Dans le même temps, cependant, on ne peut pas nier que la sanction pénale est susceptible d'être perçue par d'autres comme le désaveu confirmé de leurs convictions divergentes et de renforcer leur sentiment d'appartenance à une catégorie sociale particulière qui, à la limite, peut se percevoir comme entièrement marginalisée.

§ 5. *L'avant-projet de Code pénal (2016)*

Faisant fi des différences – à tout le moins théoriques – que la doctrine a mis en exergue entre fonctions, fondements, objectifs, effets et finalités des peines⁴¹¹, les rédacteurs du projet de Code pénal détaillent les objectifs que le juge doit prendre en considération lorsqu'il prononce une peine. Ils mettent ainsi en exergue différents éléments : le renforcement symbolique des valeurs attribuées à la sanction⁴¹², la réparation du dommage causé, la réinsertion de l'auteur de l'infraction et la neutralisation. Ils ajoutent à ces finalités, la prise en considération des effets indésirables de la sanction pénale pour les personnes directement concernées mais aussi pour leur entourage⁴¹³ et la société⁴¹⁴.

Parmi ces éléments, le projet ne mentionne ni la dissuasion ni la rétribution. Si les auteurs du projet rejettent explicitement le caractère rétributif assigné à la peine, la dissuasion se lit néanmoins en filigrane de l'objectif consacré à la protection de la société. Aucune référence

⁴⁰⁹ Cf., notamment, Rapport fait le 1^{er} juin 2001, au nom de la Commission de la Justice par Mme K. LALIEUX, *Doc.*, Chambre, 2000-2001, n° 50-0549/011, p. 18 : « Les peines sont avant tout un rappel de la norme transgressée, du seuil de tolérance de la société ». Dans le second cas, à propos de la médiation pénale, cf. Exposé des motifs précédant le projet de loi du 17 février 1993 organisant une procédure de médiation pénale, *Doc.*, Sénat, 1992-1993, n° 652/1, p. 3 où se trouve affichée la volonté d'éviter d'affaiblir « l'autorité de la loi en tant que régulatrice de la vie en société », ainsi que d'entretenir « le scepticisme à l'égard du droit ».

⁴¹⁰ Cf. notamment M. VAN DE KERCHOVE, « Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste », *Punir, mon beau souci. Pour une raison pénale*, *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1984, n° 1-3, p. 123 et s.; A. BARATTA, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *op. cit.*, p. 18; M. VAN DE KERCHOVE, « La dimension symbolique du droit pénal et les limites de son instrumentalisation », *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Ch.-A. Morand (dir.), Paris, Publisud, 1991, p. 114.

⁴¹¹ M. van de KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, vol. 127, no. 7, 2005, p. 24.

⁴¹² M. van de KERCHOVE, « La dimension symbolique du droit pénal et les limites de son instrumentalisation », *op. cit.*, p. 109.

⁴¹³ Sur la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans la fixation de la peine, voy. H. LAUWEREYS, « Straftoemeting aan ouders : de kinderen gestraft ? Naar een kinderrechtenbenadering in de strafbepalingsbeslissing in het gemeen strafrecht », *Tijdschrift voor Jeugdrecht en kinderrechten*, 2019, p. 28 à 41.

⁴¹⁴ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, Commission de réforme du droit pénal ..., *op. cit.* (art. 28).

n'est non plus faite à la victime, même si elle semble implicitement présente dans la réparation du dommage érigée comme objectif de la peine. Cela étant, l'absence de la victime, devenu centrale pour beaucoup, dans le droit pénal moderne pourrait étonner, d'autant qu'à la lecture des droits étrangers cités par les auteurs du projet, celle-ci occupe une place importante dans les objectifs visés par la sanction pénale. Les rédacteurs belges semblent ainsi aller à contre-courant de la tendance actuelle du droit pénal, qu'il soit national, européen ou international⁴¹⁵. Il reste néanmoins que l'option choisie remet à sa juste place la victime : à côté du droit pénal et non pas au centre de celui-ci.

Les objectifs attribués à la peine ne sont pas hiérarchisés. Comme le précisent les auteurs du texte, cela « signifie d'abord que les peines peuvent poursuivre plusieurs objectifs »⁴¹⁶, que l'un ne vaut pas plus que les autres et que le juge aura l'entière responsabilité d'analyser lequel ou lesquels il mettra en œuvre lorsqu'il prononcera la sanction pénale.

Il reste néanmoins que l'avant-projet reste silencieux sur l'obligation qui pèse sur le juge de motiver la peine en regard des objectifs énoncés, conformément aux articles 163 et 195 du Code d'instruction qui prescrivent au juge d'indiquer, « d'une manière qui peut être succincte mais doit être précise, les raisons du choix que le juge fait de telle peine ou mesure parmi celles que la loi lui permet de prononcer »⁴¹⁷.

Section 3. La classification des peines

La classification des peines prévue en droit belge⁴¹⁸ peut se fonder sur différents critères.

Une première classification se fonde sur la *nature des biens et des droits* dont la peine prive le condamné.

Traditionnellement⁴¹⁹, on peut distinguer :

- les peines privatives de liberté : détention, réclusion, emprisonnement, mise à la disposition du tribunal de l'application des peines quand elle s'exécute en une privation de liberté ;
- les peines restrictives de liberté : peine de travail, peine de surveillance électronique, peine de probation autonome, mise à la disposition du tribunal de l'application des peines quand elle prend la forme d'une mise en liberté sous surveillance ;
- les peines pécuniaires ou privatives de patrimoine (amende, confiscation) ;
- les peines privatives de droits (interdictions, déchéances, destitution).

Cette distinction, de facture très classique, fait l'objet de nombreuses critiques en ce qu'elle accorde une place centrale à la peine privative de liberté autour de laquelle s'articulent les autres peines.

⁴¹⁵ G. GIUDICELLI-DELAGE et Ch. LAZERGES, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, 2008 ; X. PIN, « Les victimes d'infractions définitions et enjeux », *Archives de politique criminelle*, vol. 28, no. 1, 2006, pp. 49-72 ; Y. STRICKLER, *La place de la victime dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

⁴¹⁶ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, Commission de réforme du droit pénal ..., *op. cit.*, p. 96.

⁴¹⁷ Voy. à ce propos, P. MAFFEL, « La motivation des décisions judiciaires en matière répressive et son contrôle par la Cour de Cassation de Belgique », *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, p. 895.

⁴¹⁸ En droit français, voy. B. LAVIELLE et X. LAMEYRE, *Le guide des peines*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2005.

⁴¹⁹ P.E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, *op. cit.*, p. 149. Cf. également G. KELLEN, La mesure de la peine, *op. cit.*, pp. 27 et s. G. KELLEN, Punir. Pénologie et droit des sanctions pénales, Liège, Editions juridiques de l'Université de Liège, 2000, p. 197 et s.

Une deuxième classification se fonde sur la *nature de l'infraction sanctionnée* où l'on distingue les peines de droit commun et les peines politiques. Si la détention est toujours une peine politique, la réclusion est toujours une peine de droit commun⁴²⁰.

Une troisième classification se base sur *l'auteur de l'infraction* pour opérer la différence entre les peines applicables aux personnes physiques et les peines applicables aux personnes morales.

La quatrième réside dans les *rapports que les peines entretiennent entre elles*⁴²¹ et la cinquième réside dans l'échelle de gravité tripartite des infractions et des peines consacrées par la loi.

Etant donné l'incidence des deux dernières classifications d'un point de vue juridique, nous allons y consacrer de plus longs développements.

§ 1. Classification des peines selon les rapports qu'elles ont entre elles

Sur base de ce premier critère, on peut distinguer quatre catégories différentes de peines : les peines principales, les peines accessoires, les peines subsidiaries et les peines alternatives. Cette différenciation dans les peines ne vaut que pour les personnes physiques.

A. Peines principales

Les peines principales sont des peines qui ont une existence autonome et qui peuvent être prononcées seules, sans être accompagnées d'aucune autre peine. Constituant la sanction directe de l'infraction, elles sont obligatoires, déterminent seules la nature juridique de l'infraction et ne peuvent se cumuler.

Depuis l'adoption de la loi du 10 juillet 1996 portant abolition de la peine de mort et modifiant les peines criminelles, les peines principales sont : la réclusion, la détention, l'emprisonnement, la peine de surveillance électronique, la peine de travail, la peine de probation autonome et l'amende. L'amende a le statut de peine principale lorsqu'elle est consacrée seule par le texte légal ou lorsqu'elle est prononcée à titre principal par le juge en lieu et place de l'emprisonnement. L'amende ne peut toutefois revêtir le statut de peine principale en matière criminelle.

B. Peines accessoires ou complémentaires

Les peines accessoires sont des peines dont l'existence dépend nécessairement de l'existence d'une peine principale à laquelle elles ne font que s'ajouter.

« Prononcées complémentirement à la peine principale »⁴²², elles sont parfois qualifiées, comme en France⁴²³, de peines complémentaires. Telle est notamment la qualification consacrée par l'article 34bis du Code pénal, en ce qui concerne la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines : « La mise à la disposition du tribunal de l'application des peines est une peine complémentaire (...) ».

⁴²⁰ P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, op. cit., p. 149. A cet égard, cf. *supra*, Chapitre III. L'infraction, Section 2. La classification des infractions, § 2. Classification fondée sur l'objet de l'infraction, A. Les infractions politiques, 2. La répression du délit politique, b) Un régime pénal, procédural et pénitentiaire distinct.

⁴²¹ G. KELLEN, *La mesure de la peine*, op. cit., p. 29.

⁴²² Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2003., p. 375.

⁴²³ Cf. notamment P. PONCELA, *Droit de la peine*, op. cit., p. 93.

Ne constituant que des conséquences découlant de la peine principale, leur nature juridique est déterminée par celle de la peine principale et elles ne contribuent pas elles-mêmes à la détermination de la nature de l'infraction à laquelle elles s'appliquent. Selon le cas, elles accompagnent obligatoirement ou facultativement la peine principale. A la différence d'un certain nombre d'incapacités qui découlent de plein droit de la peine, elles constituent de véritables peines et doivent, à ce titre, être formellement prononcées par le juge.

Les peines accessoires, pour les personnes physiques sont :

- l'interdiction de certains droits civils et politiques ;
- l'interdiction professionnelle⁴²⁴ ;
- la destitution (privation de titres, grades, fonctions, ...) ;
- la fermeture d'un établissement ;
- la déchéance du permis de conduire ;
- la déchéance de la nationalité⁴²⁵ ;
- la limitation de la validité du permis de conduire aux véhicules équipés d'un éthylotest antidémarrage⁴²⁶ ;
- la publication, l'affichage ou la diffusion des jugements et arrêts ;
- la confiscation spéciale ;
- l'amende accompagnant une peine privative de liberté, une peine de travail, une peine de probation autonome ou une peine de surveillance électronique ;
- la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines ;
- la période de sûreté.

Cette liste n'est pas exhaustive dans la mesure où des lois spéciales ou particulières peuvent prévoir des peines spécifiques sur la base de l'article 100 du Code pénal. C'est notamment le cas en matière d'interdictions professionnelles⁴²⁷.

A la différence de l'amende qui peut revêtir le caractère de peine principale ou accessoire, l'emprisonnement, la peine de travail, la peine de probation autonome et la peine de surveillance électronique ne peuvent jamais revêtir le caractère de peine accessoire.

On notera que certains estiment souhaitable que l'on prévoie la possibilité de transformer certaines de ces peines accessoires en peines principales⁴²⁸. La Commission de révision du Code pénal (1970) avait ainsi envisagé d'offrir au juge « un éventail de sanctions susceptibles d'éviter le recours systématique à l'emprisonnement »⁴²⁹, en proposant notamment que les déchéances, les interdictions et la confiscation spéciale puissent être prononcées à titre de peines autonomes. L'avant-projet de livre I^{er} de Code pénal (2016) prévoit également la possibilité de prononcer la confiscation tout comme la fermeture d'établissement à titre principal⁴³⁰.

⁴²⁴ Voy. Cass., 15 mai 2013, *Rev. dr. pén. crim.*, 2013, p. 97, et note G.-Fr. Raneri, « La peine d'interdiction professionnelle ne frappe pas par surprise », qui souligne que, depuis la loi du 2 juin 1998, l'interdiction professionnelle n'est plus une mesure de sûreté, mais une peine accessoire qui peut assortir la condamnation pénale.

⁴²⁵ Depuis sa modification par la loi du 4 décembre 2012, l'article 23/1 du Code la nationalité belge autorise le juge pénal, à certaines conditions et sur réquisition du ministère public, à prononcer la déchéance de la nationalité belge à l'égard de toute personne condamnée au minimum à cinq ans d'emprisonnement sans sursis pour une des infractions visées à l'article 23/1, § 1^{er}, 1^o et 2^o dudit Code.

⁴²⁶ Art. 37/1 de la Loi du 16 mars 1968 relative à la police de la circulation routière.

⁴²⁷ Voy., notamment, les interdictions prévues aux articles 382, § 2 et 382bis du Code pénal ou encore celle contenue à l'article 4, § 2, de la loi du 24 février 1921 sur les drogues.

⁴²⁸ A cet égard, cf. notamment L. DE WILDE, « La transformation des peines accessoires en peines principales », *Rev. dr. pén. crim.*, 1976-1977, p. 621 et s.

⁴²⁹ COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, Rapport sur les principales orientations de la réforme, *op. cit.*, p. 62 à 64.

⁴³⁰ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal ...*, *op. cit.*, p. 14 et 16 (art. 52 et 57).

C. Peines subsidiaires

Les peines subsidiaires constituent des peines qui se substituent aux peines prononcées en cas d'inexécution de celles-ci.

Plusieurs catégories de peine subsidiaires sont prévues par le Code pénal.

1. La peine d'emprisonnement subsidiaire à la peine d'amende

Jusqu'il y a peu, seul l'article 40 du Code pénal prévoyait une peine d'emprisonnement subsidiaire susceptible de remplacer l'amende, prononcée à titre principal ou accessoire à défaut de paiement de celle-ci dans le délai de deux mois à dater de l'arrêt ou du jugement, s'il est contradictoire, ou de sa signification, s'il est par défaut. La durée de l'emprisonnement est fixée par le jugement ou l'arrêt de condamnation, sans pouvoir excéder six mois pour les condamnés à raison d'un crime, trois mois pour les condamnés à raison d'un délit et trois jours pour les condamnés à raison d'une contravention. Prévue pour les personnes physiques, la peine d'emprisonnement subsidiaire ne connaît pas de pendant pour les personnes morales⁴³¹.

Souvent critiqué comme « injuste, inhumain et discriminatoire », l'emprisonnement subsidiaire avait été supprimé dans l'*Avant-projet de Code pénal* de M. R. LEGROS (1985)⁴³² qui proposait notamment de le remplacer par une confiscation subsidiaire⁴³³. Le ministre de la Justice, S. DE CLERCK (1996), avait, quant à lui, proposé de le remplacer par un travail d'intérêt général subsidiaire⁴³⁴. Il en va de même dans la proposition d'avant-projet de Livre 1^{er} du Code pénal : « il y a lieu de supprimer l'emprisonnement subsidiaire pour la peine d'amende et ce, pour plusieurs raisons. D'abord, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une peine subsidiaire, l'amende peut faire l'objet d'une exécution forcée par la saisie (et la vente) de biens appartenant au condamné (le cas échéant, une EPE (enquête pénale d'exécution) peut être diligentée à cette fin). Ensuite, l'emprisonnement subsidiaire a perdu de sa crédibilité dès lors que, par essence de courte durée, il n'est plus exécuté. Enfin, cette peine subsidiaire est appelée à toucher prioritairement ceux qui ne disposent pas de moyens suffisants »⁴³⁵.

2. La peine de déchéance du droit de conduire subsidiaire à la peine d'amende

Par application de l'article 100 du Code pénal, la loi du 7 février 2003 a introduit un article 69*bis* dans la loi coordonnée du 16 mars 1968 relative à la circulation routière qui déroge, pour l'application de ces lois, à l'article 40 du Code pénal, en prévoyant que, à défaut de paiement dans les deux mois, « l'amende pourra être remplacée par une déchéance du droit de conduire un véhicule à moteur dont la durée sera fixée par le jugement ou l'arrêt de condamnation, et qui n'excédera pas un mois et ne pourra être inférieure à huit jours ». La Cour de cassation a précisé que la déchéance du droit de conduire constituait une peine spécifique applicable uniquement aux infractions à la loi du 16 mars 1968 et non aux infractions du Code pénal⁴³⁶.

⁴³¹ Cass., 10 mars 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 944 ; Cass., 7 septembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 387 : « aucune disposition légale ne prévoit de peine subsidiaire à l'amende infligée à une personne morale ». Cf. également F. KEFER, « Deux réponses au sujet de la responsabilité pénale des personnes morales », note sous Cass., 10 mars 2004, *op.cit.*, p. 952.

⁴³² R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal, op. cit.*, p. 153.

⁴³³ *Ibidem*, p. 155.

⁴³⁴ S. DE CLERCK, *Les arbres et la forêt. Réformer la justice*, Tielt, Lannoo, 1997, p. 25.

⁴³⁵ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, Commission de réforme du droit pénal. ..., *op. cit.*, p. 137.

⁴³⁶ Cass., 2 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 217 ; Cass., 4 avril 2012, *Pas.*, 2012, n° 217.

3. Les peines d'emprisonnement et d'amende subsidiaires aux peines de surveillance électronique, de travail et de probation autonome

Tant pour la peine de travail que pour la peine de probation autonome, le Code pénal dispose que le juge doit prévoir, dans les limites des peines prévues pour l'infraction et par la loi en fonction de sa saisine, une peine d'emprisonnement ou une amende qui peut être applicable en cas de non-exécution de la peine de travail⁴³⁷ ou de la peine de probation autonome⁴³⁸. Cette peine subsidiaire doit être de même nature (peine correctionnelle ou peine de police) que celle de la peine de travail⁴³⁹ ou de la peine de probation autonome. À l'emprisonnement⁴⁴⁰, s'ajoute donc dorénavant l'amende⁴⁴¹, dans l'éventail des peines subsidiaires. La Cour de cassation a cependant décidé que, lorsque le juge condamne à une peine d'amende subsidiaire, il ne peut, en outre, prononcer un emprisonnement subsidiaire à la peine d'amende.

« Lorsque le juge condamne à une peine de travail assortie d'une amende comme peine de substitution, il ne peut, en outre, prononcer un emprisonnement subsidiaire à cette amende »⁴⁴².

En revanche, la loi du 7 février 2014 instaurant la surveillance électronique comme peine autonome n'a prévu que l'emprisonnement à titre de peine subsidiaire en cas de non-exécution de la peine de surveillance électronique, jetant ainsi l'opprobre sur l'aptitude de la surveillance électronique à remplacer la peine d'emprisonnement. Concernant la fixation de la durée de la peine d'emprisonnement subsidiaire, l'article 37^{ter} du Code pénal précise qu'un jour de peine de surveillance électronique infligée correspond à un jour de peine d'emprisonnement.

D. Peines alternatives

Les peines alternatives sont des peines que le juge est autorisé à prononcer en lieu et place d'une autre peine également prévue par la loi.

Traditionnellement, l'amende possède cette nature lorsqu'un texte légal rend punissable une infraction d'une peine d'emprisonnement *ou* d'une peine d'amende.

Plus fondamentalement, la peine de surveillance électronique, la peine de travail et la peine de probation autonome possèdent toujours cette nature puisqu'elles ne peuvent être prononcées en même temps que l'emprisonnement ou l'amende à titre principal.

L'avant-projet de Code pénal rédigé par le Commissaire royal M. LEGROS (1985) préconisait déjà l'abandon de la réclusion perpétuelle et la suppression des peines d'emprisonnement inférieures à six mois en ces termes : « Depuis des décennies, on répète, dans les congrès, les colloques et les journées d'études qu'il faut supprimer les courtes peines de prison, qu'elles

⁴³⁷ Art. 37^{quinq}, § 1^{er} du Code pénal.

⁴³⁸ Art. 37^{octies}, § 1^{er}, al. 3 du Code pénal.

⁴³⁹ Cass., 19 mai 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 1085, note A. Jacobs et R. W., 2005-2006, p. 24, note S. Vandromme

⁴⁴⁰ Comme l'a fait remarquer A. DOUFFET (« Travail d'intérêt général et formation en matière pénale : bilan et perspectives », *Act. dr.*, 2001, n° 4-2002, n° 1, p. 913), il est cependant à la fois regrettable et paradoxal que dans « une optique de recherche d'alternative à l'emprisonnement », apparemment adoptée par le législateur, on ait précisément offert au juge « la possibilité de prononcer comme peine subsidiaire (...) une peine (...) d'emprisonnement ».

⁴⁴¹ La Cour de cassation a jugé que la majoration légale des décimes additionnels s'appliquait à cette peine d'amende subsidiaire (Cass., 27 avril 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1080, et *R.A.B.G.*, 2004, p. 1074, note Y. VAN DEN BERGE).

⁴⁴² Cass., 27 avril 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1080 ; Cass., 19 mai 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 1085 ; Cass., 15 septembre 2004. Ces décisions contredisent l'opinion émise par certains, comme P. DE LE COURT, « La peine de travail autonome (PTA) : un chantier », *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 9, note 11.

sont néfastes, qu'elles ont été un échec... et puis, aucun résultat ou si peu... Il faut se décider. Pour lutter contre le fléau de courtes peines de prison, il n'y a qu'un moyen, les supprimer »⁴⁴³.

En 1996, le ministre de la Justice, S. DECLERCQ, a proposé que, pour certains comportements punissables, les courtes peines d'emprisonnement soient supprimées et remplacées par des peines non privatives de liberté, afin d'éviter « le risque que les juges prononcent systématiquement des peines juste supérieures »⁴⁴⁴. Le ministre de la Justice a également réaffirmé la nécessité de « pouvoir disposer d'une gamme suffisamment large de réactions et de peines » afin « d'abandonner l'idée fort répandue selon laquelle la *seule vraie peine* est la peine d'emprisonnement »⁴⁴⁵.

L'élargissement de l'arsenal des peines pourrait ainsi se réaliser, selon lui, de diverses façons: « par la simple déclaration de culpabilité et l'avertissement; par le service d'intérêt général (peine de travail et peine d'apprentissage) qui devient une peine principale autonome; par la mise sur pied de projets de surveillance intensive combinant à la fois la répression et la réinsertion »; par l'organisation d'un débat relatif à la surveillance électronique et l'éventuelle mise sur pied d'une expérience en la matière; par la possibilité de commuer une partie de la peine d'emprisonnement en une peine alternative »⁴⁴⁶.

La Commission Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine (dite « Commission Holsters ») a proposé dans son rapport, remis au ministre de la Justice le 9 mai 2003, d'introduire « la déclaration de culpabilité comme peine à part entière »⁴⁴⁷, et de faire de la probation une véritable peine autonome⁴⁴⁸.

⁴⁴³ R. LEGROS, Avant-projet de Code pénal, *op. cit.*, p. 156.

⁴⁴⁴ S. DE CLERCK, *Les arbres et la forêt. Réformer la justice*, *op. cit.*, p. 22. Cf. également Service de la politique criminelle, *Rapport d'activité 1998-1999*, Bruxelles, Ministère de la Justice, p. 31 où est notamment proposée « la suppression des peines privatives de liberté dans les matières de police », ainsi que « dans le domaine de la circulation routière » et est proposé le recours exclusif à l'amende dans le premier cas, à l'amende et à la déchéance du droit de conduire dans le deuxième cas.

⁴⁴⁵ S. DE CLERCK, *Les arbres et la forêt. ...*, *op. cit.*, p. 20. Plus explicite encore, son successeur, M. VERWILGHEN, a pu affirmer que « l'imposition d'une peine d'emprisonnement doit être considérée comme remède ultime. Les peines que nous appelons aujourd'hui 'peines alternatives' doivent constituer des modes de réaction à part entière face au comportement délinquant. La peine d'emprisonnement doit devenir la sanction alternative à laquelle on ne doit recourir que lorsque les garanties offertes par les autres modes de réaction sont insuffisantes » (*Note de politique générale du Ministre de la Justice pour l'exercice budgétaire 2000*, 2.2.3). On citera également la Ministre de la Justice, L. ONKELINCK : « La peine d'emprisonnement... doit rester limitée aux cas absolument nécessaires ; elle doit être l'ultime remède. L'accent sera dès lors porté sur la promotion des alternatives à la peine privative de liberté, et plus particulièrement la médiation, la probation et la peine de travail » (*Note de politique générale de la Ministre de la Justice*, 12 novembre 2003, *Doc.*, Chambre, 2003-2004, n° 51-0325/016, p. 36-37. Cf. également Exposé des motifs précédant le Projet de loi relatif au statut juridique externe des détenus du 20 avril 2005, *Doc.*, Sénat, n° 3-1128/1, p. 11 : « La peine privative de liberté doit rester le 'remède ultime' »). Enfin, l'accord du gouvernement du 1^{er} décembre 2011 stipule que « les peines seront davantage diversifiées. De nouvelles peines autonomes seront instaurées telles que la surveillance électronique, les sanctions patrimoniales, la probation ... » (p. 140).

⁴⁴⁶ S. DE CLERCK, *Les arbres et la forêt. Réformer la justice*, *op. cit.*, pp. 36-37. Concernant certaines de ces peines « alternatives », voy. R. SCREVEVS, « Le travail d'intérêt général, sanction pénale », *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, p. 5 et s. ; M. SCHOTMANS, « Alternatieve straffen als *deus ex machina* », *Limb. Rechtsl.*, 1992, p. 285 et s. ; Ch. PENSIS, « Une autre peine : le service communautaire », *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, p. 311 et s. ; C. VANNESTE, « Le travail d'intérêt général : pour le meilleur ou pour le pire ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, pp. 840 et s. ; B. DE RUYVER, « De alternatieve straffen: een modetrend of een volwaardig instrument », *Liber amicorum Jules D'Haenens*, Gand, Mys & Breesch, 1993, p. 91 et s. ; E. STASSART, « Expérience de surveillance électronique en Belgique », *Vigiles*, 1998, n° 4, pp. 15 et s. ; P. LANDREVILLE, « La surveillance électronique des délinquants: un marché en expansion », *Déviance et société*, vol. 23, n° 1, 1999, p. 105 et s. ; D. KAMINSKI, « L'assignation à domicile sous surveillance électronique: de deux expériences, l'autre », *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 626 et s. ; *Voor straf naar huis. Elektronisch toezicht, De orde van de dag*, 2000, n° 1a, p. 3 et s. ; *La fabrique du droit des sanctions pénales au Conseil de l'Europe*, *op. cit.*; *Mesures de lutte contre la surpopulation carcérale*, Rapport de la Cour des comptes transmis à la Chambre des Représentants, décembre 2012.

⁴⁴⁷ Commission Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine, *Rapport final*, Bruxelles, s.d. (2003), 2^e partie, p. 28.

⁴⁴⁸ COMMISSION TRIBUNAUX DE L'APPLICATION DES PEINES, STATUT JURIDIQUE EXTERNE DES DETENUS ET FIXATION DE LA PEINE, *Rapport final*, Bruxelles, s.d. (2003), 2^e partie, p. 35. Cf. également *Note de politique générale de la ministre de la Justice*, 12 novembre 2003, *op. cit.*, p. 38: « Dans la mesure où la probation apparaît comme une alternative adéquate pour un groupe particulier, elle sera inscrite dans le Code pénal comme peine autonome ».

L'accord du gouvernement du 1^{er} décembre 2011 stipulait, quant à lui, que « les peines seront davantage diversifiées. De nouvelles peines autonomes seront instaurées telles que la surveillance électronique, les sanctions patrimoniales, la probation ... »⁴⁴⁹.

La peine de travail a été introduite à l'article 7 du Code pénal par la loi du 17 avril 2002 et a été conçue comme une peine « alternative » afin d'« éviter de la sorte l'emprisonnement dont les effets négatifs ne sont plus à démontrer »⁴⁵⁰. La loi du 7 février 2014 est venue compléter l'article 7 avec la peine de surveillance électronique et la loi du 10 avril 2014, avec la peine de probation autonome (voy. *infra*). Ces deux dernières lois concrétisent « l'intention du gouvernement de poursuivre la diversification de la palette des peines » et visent à « contribuer à la réinsertion sociale et donc également à la lutte contre la récidive »⁴⁵¹.

Les peines de probation autonome et de surveillance électronique viennent ainsi, aux côtés de la peine de travail compléter l'arsenal des peines restrictives de liberté pouvant être prononcées à titre principal par le juge⁴⁵². Afin de renforcer le caractère alternatif de ces peines, l'article 7 du Code pénal prévoit que les peines d'emprisonnement, de surveillance électronique, de travail et de probation autonome ne peuvent se cumuler.

Les travaux parlementaires expliquent pourquoi, dans l'agencement du nouvel article 7 du Code pénal, ils ont placé la peine de surveillance électronique après la peine d'emprisonnement, mais avant la peine de travail: « Dès lors qu'il est établi qu'une surveillance électronique entraîne une limitation de liberté plus importante qu'une peine de travail mais moins importante qu'une peine de prison, la peine de surveillance électronique mérite incontestablement d'occuper la deuxième place dans l'arsenal répressif »⁴⁵³. À suivre ce raisonnement, au vu de la nouvelle configuration de l'article 7 du Code pénal, il faut désormais considérer l'emprisonnement comme plus sévère que la peine de surveillance électronique, elle-même plus sévère que la peine de travail, la peine de probation autonome, inscrite en bas de l'échelle, étant dès lors la peine la plus légère des peines privatives ou restrictives de liberté. Cette gradation dans l'échelle des peines peut avoir une incidence quant à l'application de la loi pénale dans le temps.

Si la peine alternative est souvent présentée comme étant susceptible d'éviter le recours à l'emprisonnement, conçu comme « remède ultime », elle est aussi susceptible de constituer une alternative soit à un classement sans suite, soit à une mesure non pénale, soit à une simple amende⁴⁵⁴, contribuant ainsi à l'extension du filet pénal⁴⁵⁵.

⁴⁴⁹ Accord du gouvernement du 1^{er} décembre 2011, p. 140.

⁴⁵⁰ Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme K. LALIEUX, *Doc.*, Chambre, 2000-2001, n° 50-0549/011, p. 3 et 6. Concernant le caractère illusoire d'un tel objectif, cf. cependant S. SNACKEN, « Surpopulation des prisons et sanctions alternatives », *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social ?*, Ph. Mary (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 381; P. REYNAERT, « Pourquoi tant de peines? La peine de travail ou les métastases de la pénalité alternative », *L'exécution des peines. De strafuitvoering*, Bruxelles, La Charte, 2006, p. 344.

⁴⁵¹ Projet de loi insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal, et modifiant le Code d'instruction criminelle, le Code judiciaire et la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, *Doc.*, Ch., 2013-2014, n° 53-3274/001, p. 3.

⁴⁵² Le chapitre II du livre premier du Code pénal comprend ainsi une « Section 5bis. De la peine de surveillance électronique » (comprenant les articles 37ter à quater), une « Section 5ter. De la peine de travail » (comprenant les articles 37quinquies à septies) et une « Section 5quater. De la peine de probation autonome » (comprenant les articles 37octies à undecies).

⁴⁵³ Proposition de loi instaurant la surveillance électronique comme peine autonome, *Doc.*, Ch., 2013-2014, 53-1042/002, p. 7.

⁴⁵⁴ A cet égard, cf. notamment M. VAN DE KERCHOVE, « Punir hors les murs en Belgique. La place des sanctions pénales non privatives de liberté dans le système pénal », *La fabrique du droit au Conseil de l'Europe : promotion et mise en œuvre des sanctions pénales alternatives*, P. Poncela et R. Roth (dir.), Paris-Genève, Université de Paris X et Université de Genève, 2004, p. 138 et s.

⁴⁵⁵ Cf. notamment COMMISSION TRIBUNAUX DE L'APPLICATION DES PEINES, STATUT JURIDIQUE EXTERNE DES DETENUS ET FIXATION DE LA PEINE, *op. cit.*, 1^{ère} partie, p. 53 qui affirme clairement que « l'application de la surveillance électronique doit se limiter à l'exécution de la peine privative de liberté » et qu'elle ne peut « constituer une peine autonome », afin d'éviter le « phénomène de 'net widening' ». Cf. également CONSEIL SUPERIEUR DE LA JUSTICE, sur l'avant-projet de loi insérant la probation comme peine autonome, lequel dénonce la mise en place d'un « système complexe, confus, incohérent, et surtout plus coûteux » et estime qu'une amélioration de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation aurait été préférable à l'introduction d'une nouvelle peine: « une

On peut également souligner l'inadéquation des discours politiques visant à éviter l'emprisonnement et l'adoption de mesures visant à diversifier les peines avec la construction de nouvelles prisons et la volonté de privilégier « une exécution des peines plus énergique »⁴⁵⁶. Par ailleurs, si la proposition de loi visant à instaurer la surveillance électronique comme peine autonome met en avant la nécessité de développer davantage les alternatives à la peine privative de liberté, elle ne cache pas qu'elle « vise en tout premier lieu à mettre un terme à la pratique consistant à ne pas exécuter les peines de détention entre 6 mois et 3 ans »⁴⁵⁷.

Toujours dans l'optique de limiter le recours à la peine d'emprisonnement, l'avant-projet de Code pénal (2016) prévoit que « le juge doit prendre en compte ces objectifs mais aussi les effets secondaires indésirables de la peine pour les personnes directement concernées, leur entourage et la société. La peine d'emprisonnement constitue l'ultime recours et elle ne peut être prononcée que lorsque les objectifs de la peine ne peuvent pas être atteints par une des autres peines ou mesures prévues par la loi »⁴⁵⁸.

§ 2. *Classification tripartite des peines*

Aux termes des articles 7 et suivants du Code pénal, il est possible de distinguer trois catégories de peines, selon leur ordre de gravité décroissant : les peines criminelles, les peines correctionnelles et les peines de police.

La portée pratique de cette classification est essentielle dans la mesure où elle détermine, sur la base de l'article 1^{er} du Code pénal, la classification tripartite des infractions et entraîne, par ce biais, un ensemble considérable de conséquences juridiques indirectes tant au plan du droit pénal qu'au plan de la procédure pénale (tentative, participation criminelle, récidive, concours d'infractions, mise à la disposition du tribunal de l'application des peines, prescription de l'action publique et de la peine, etc.).

On rappellera également que c'est la peine appliquée (peine *in concreto*) et non la peine applicable (peine *in abstracto*) qui détermine la nature de la peine et, dès lors, celle de l'infraction⁴⁵⁹.

On évoquera successivement les peines applicables aux personnes physiques et les peines applicables aux personnes morales, en distinguant, au sein de chaque catégorie, les peines principales des peines accessoires.

A. **Peines applicables aux personnes physiques**

1. *Peines criminelles*

a) *Les peines principales*

modernisation et une optimisation de la loi sur la probation existante peuvent rencontrer bien plus avantageusement et bien plus efficacement les doléances énumérées dans l'exposé des motifs » (*Avis d'office sur l'avant-projet de loi insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal, et modifiant le Code d'Instruction criminelle ainsi que la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation*, approuvé par l'Assemblée générale le 6 décembre 2013, pp. 4-5).

⁴⁵⁶ Circulaire ministérielle n° 1816 du 10 janvier 2014.

⁴⁵⁷ Proposition de loi du 17 janvier 2011 instaurant la surveillance électronique comme peine autonome, *Doc.*, Ch., n° 53-1042/001, p. 4.

⁴⁵⁸ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal...*, *op. cit.*, p. 5 (art. 26).

⁴⁵⁹ Pour plus de précisions, voy., *supra*, Chapitre III, L'infraction, Section 2. La classification des infractions, § 1. Classification tripartite fondée sur la nature de la peine, B. Difficultés d'application.

La loi du 10 juillet 1996 portant abolition de la peine de mort et modifiant les peines criminelles a supprimé la peine de mort et les travaux forcés. La Belgique a, par ailleurs, signé, le 3 mai 2002, le Protocole n° 13 à la Convention européenne des droits de l'homme, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances et l'a ratifié par la loi du 13 mai 2003. Par une loi du 2 février 2005, insérant un nouvel article 14*bis*, l'abolition de la peine de mort a été inscrite dans la Constitution⁴⁶⁰.

Depuis 1996, les peines principales en matière criminelle sont la réclusion et la détention.

1) La réclusion

La loi du 10 juillet 1996 a supprimé la notion, jugée « désuète et ambiguë de ‘travaux forcés’ » et l'a remplacée par « la notion plus neutre de ‘réclusion’ qui devient ainsi l'appellation générique de toute peine privative de liberté prononcée en matière criminelle pour une infraction de droit commun »⁴⁶¹. Elle ne peut être prononcée que par la cour d'assises. En effet, si le crime vient à être correctionnalisé sous l'effet de circonstances atténuantes ou de causes d'excuse, il se dénature en délit et ne peut se voir appliquer que des peines correctionnelles⁴⁶².

Aux termes de l'article 8 du Code pénal, la réclusion est à perpétuité ou à temps.

La réclusion à perpétuité remplace dorénavant la peine de mort au sommet de l'échelle des peines criminelles de droit commun⁴⁶³.

La réclusion à temps, selon l'article 9 du Code pénal, peut être prononcée, selon son degré de gravité, pour cinq termes différents : de cinq à dix ans ; de dix à quinze ans ; de quinze à vingt ans ; de vingt à trente ans et de trente à quarante ans, nouveau terme introduit par loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (dite pot-pourri II)⁴⁶⁴. Cette peine fantôme, qui ne sanctionne aucune infraction dans le Code pénal, ne peut, par ailleurs, plus être prononcée par la cour d'assises depuis l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017. En effet, étant donné l'annulation partielle de l'article 25 du Code pénal par la Cour constitutionnelle et tenant compte de sa jurisprudence antérieure, le prévenu poursuivi devant le tribunal correctionnel, en état de récidive, pour un crime correctionnalisé passible *in abstracto* de la réclusion à perpétuité, est dorénavant passible d'une peine maximale de trente ans d'emprisonnement, soit

⁴⁶⁰ Cette inscription a été justifiée par le fait qu'il paraissait « essentiel d'inscrire un droit aussi fondamental dans la Constitution » et par le fait que « la peine de mort ne pourra dès lors être réintroduite par une majorité ordinaire », ce qui « évite dès lors que sous la pression populaire suite à certains événements dramatiques, une majorité occasionnelle de rechange réintroduise la peine de mort » (Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution et de la réforme des institutions par M. Alfons BORGINON, *Doc.*, Ch., 2003-2004, n° 51-0226/006, p. 7 et 8). Cf. également F. GOOSSENS, « De afschaffing van de doodstraf in de Grondwet ingeschreven », *T.V.W.*, 2005, p. 137 et s. Par ailleurs, en date du 27 mars 2014, le Sénat a adopté une proposition de loi qui vise à garantir à toute personne extradée vers un pays qui pratique la peine de mort, qu'elle ne sera pas condamnée à celle-ci (*Doc.*, Sénat, S.E. 2010, n° 5-243/1).

⁴⁶¹ Cf. Exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 1995-1996, n° 453/1, p. 4.

⁴⁶² Si le crime vient à être correctionnalisé sous l'effet de circonstances atténuantes ou de causes d'excuse, il se dénature en délit et ne peut se voir appliquer que des peines correctionnelles. Voy., *infra*, Section 4. La mesure de la peine, § 4. Les circonstances atténuantes.

⁴⁶³ Aux termes de l'article 12 du Code pénal, la réclusion ou la détention à perpétuité ne peut être prononcée à l'égard d'un mineur. Voy., *infra*, Section 4. La mesure de la peine, § 3. Les excuses. Dans son arrêt *Vinter et autres c. Royaume-Uni* du 9 juillet 2013 (GC), la Cour européenne des droits de l'homme a consacré l'exigence d'un réexamen, en cours de détention, de la réclusion perpétuelle (dans le même sens : Cour eur. D.H., 18 mars 2014, arrêt *Öcalan (n° 2) c. Turquie* ; Cour eur. D.H., 20 mai 2014, arrêt *László Magyar c. Hongrie*). Voy. N. HERVIEU, « Les peines perpétuelles au prisme européen de la dignité et de la réinsertion sociale des détenus », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF* [en ligne : www.revdh.org], 18 juillet 2013 ; P. PONCELA, « Longues, trop longues peines. Sur la réclusion criminelle à perpétuité et la suspension de peine médicale », *Rev. sc. crim.*, 2013, p. 625 et s.

⁴⁶⁴ La réclusion à perpétuité est dès lors supérieure à trente ans.

la peine maximale qu'il aurait encourue s'il avait été jugé par la cour d'assises après admission de circonstances atténuantes⁴⁶⁵.

2) La détention

À la différence de la peine précédente, la détention est une peine spécifiquement politique. Pour le surplus, elle a également la nature d'une peine privative de liberté, dont les différents degrés de gravité sont parallèles à ceux qui ont été évoqués en matière de réclusion. Selon l'article 10, la détention est également à perpétuité ou à temps et selon les mêmes termes que la réclusion.

b) Les peines accessoires

Les peines principales de réclusion et de détention peuvent ou doivent - selon leur caractère facultatif ou obligatoire - être accompagnées de certaines peines accessoires qui auront toujours la nature de peines criminelles.

On citera d'abord la peine prévue, à titre obligatoire, par l'article 18 du Code pénal, consistant, en cas de condamnation à la réclusion à perpétuité ou à la détention à perpétuité, à la réclusion ou à la détention de vingt à trente ans (ou de trente à quarante ans), dans l'*impression* par extrait et l'*affichage* de la décision dans la commune où le crime a été commis et dans celle où la décision a été rendue. Cette peine n'a pas été jugée suffisamment dégradante pour emporter la violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme interdisant les traitements inhumains et dégradants.

« Si une condamnation pénale peut être dégradante, la publicité qui en est faite selon les modalités prévues à l'article 18 ne revêt pas le caractère de gravité minimale susceptible d'encourir la censure au titre de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁴⁶⁶.

On citera ensuite la *destitution* des titres, grades, fonctions, emplois et offices publics que possédait le condamné, prévue par l'article 19 du Code pénal, qui doit obligatoirement être prononcée en cas de condamnation à la réclusion à temps ou à perpétuité et pour toute détention à perpétuité ou supérieure à quinze ans. La cour d'assises a également la faculté de la prononcer en cas de condamnation à la peine de détention inférieure à quinze ans.

Aux termes de l'article 46 du Code pénal, la cour d'assises peut également prononcer l'indignité successorale en cas de condamnation, en tant qu'auteur, coauteur ou complice, pour une des infractions visées aux articles 375, 398 à 400, 402, 403, 405, 409, §§ 1^{er} à 3 et 5, et 422*bis* du Code pénal, de sorte que le condamné sera exclu de la succession de la victime.

Ont également la nature de peines criminelles, lorsqu'elles accompagnent la réclusion ou la détention, à titre accessoire, l'*interdiction de certains droits civils et politiques*, prévue par les articles 31 et 32 du Code pénal. L'interdiction porte sur le droit de remplir des fonctions, emplois ou offices publics, le droit d'éligibilité, le droit de porter des décorations ou titres de noblesse, le droit d'être juré, expert ou témoin en justice, le droit d'être tuteur ou curateur, d'administrateur de biens ou de personnes, de détenir des armes ou de servir dans les forces armées, ... L'interdiction est prévue tantôt à titre obligatoire, tantôt à titre facultatif, selon le

⁴⁶⁵ Dans le même sens, voy. Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal*, La Charte, Bruxelles, 2018, p. 338 à 343 qui soulignent l'existence d'un projet gouvernemental proposant d'instaurer un régime de récidive de crime sur délit. Voy. *supra*, Chapitre IV. L'auteur de l'infraction, Section 4. La récidive, § 3. Les cas de récidive, A. Dans le Code pénal.

⁴⁶⁶ Cass., 6 mai 2009, *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 945.

terme de la réclusion ou de la détention et est prononcée à perpétuité ou pour une durée égale ou supérieure à dix ans. L'interdiction du droit de vote, à perpétuité ou pour une durée de vingt ans à trente ans, est toujours facultative (art. 31, al. 2, C. pén.).

La cour d'assises doit obligatoirement prononcer la *confiscation spéciale* prévue, à titre obligatoire, pour les choses formant l'objet de l'infraction, celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre quand la propriété en appartient au condamné ainsi qu'aux choses qui ont été produites par l'infraction (art. 43, al. 1^{er}, C. pén.)⁴⁶⁷.

L'*amende*, ne pouvant jamais constituer une peine principale en matière criminelle, revêtira toujours le caractère de peine accessoire, à titre facultatif ou obligatoire. Aux termes de l'article 38, alinéa 2 du Code pénal, l'amende, en matière criminelle, doit être de vingt-six francs (euros) au moins⁴⁶⁸.

La cour d'assises peut ou doit également prononcer la *mise à la disposition du tribunal de l'application des peines* (art. 34bis à quater, C. pén.)⁴⁶⁹.

Enfin, comme nous le verrons par la suite, la cour d'assises peut, à certaines conditions, assortir la condamnation à une peine criminelle d'une durée minimale de trois ans, pour des infractions d'une certaine gravité, d'une *période de sûreté* avant l'échéance de laquelle aucune libération anticipée ne pourra intervenir (art. 344, al. 4 et 5 C.i.cr.)⁴⁷⁰.

On précisera que les peines accessoires peuvent se cumuler dans la mesure où certaines sont obligatoires. Par ailleurs, d'autres peines accessoires peuvent être prévues par le droit pénal spécial ou particulier, par application de l'article 100 du Code pénal. Ainsi, en matière de corruption de la jeunesse et de prostitution sur un mineur ou impliquant sa participation, le juge peut transmettre la partie pénale du dispositif de la décision judiciaire à l'employeur connu du condamné qui est en contact avec des mineurs (art. 382quater, C. pén.).

2. *Peines correctionnelles*

a) *Les peines principales* (article 7 du Code pénal)

Peuvent avoir la nature de peines correctionnelles les peines principales suivantes : l'emprisonnement, la peine de surveillance électronique, la peine de travail, la peine de probation autonome et l'amende.

1) L'emprisonnement

Aux termes de l'article 25 du Code pénal, l'emprisonnement est une peine privative de liberté qui, à titre de peine principale, est de nature correctionnelle, lorsque sa durée est de huit jours au moins et de cinq ans au plus.

Sa durée peut être augmentée si le tribunal correctionnel connaît d'un crime correctionnalisé par l'admission de circonstances ou de causes d'excuse atténuantes. Elle peut ainsi atteindre dix ans au plus lorsqu'il s'agit d'un crime punissable d'une peine de réclusion de dix ans à quinze

⁴⁶⁷ Pour plus de précisions concernant la confiscation spéciale, voy. *infra*.

⁴⁶⁸ Pour plus de précisions concernant l'amende, voy. *infra*.

⁴⁶⁹ Voy., *supra*, Chapitre IV. L'auteur de l'infraction, Section 4. La récidive, § 4. Les effets de la récidive, B. La mise à la disposition du tribunal de l'application des peines.

⁴⁷⁰ Voy., *infra*, Section 4. La mesure de la peine, § 1. La motivation de la peine, B. La période de sûreté.

ans qui a été correctionnalisée, quinze ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion de quinze ans à vingt ans qui a été correctionnalisé et vingt ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion de vingt ans ou de la réclusion à perpétuité qui a été correctionnalisé (article 25 tel que modifié par loi du 21 décembre 2009 relative à la Cour d'assises et rétabli par l'arrêt du 21 décembre 2017 de la Cour). Néanmoins, en cas de récidive, par application de l'article 56, alinéa 3 du Code pénal, le juge correctionnel pourrait prononcer une peine allant jusqu'à quarante ans d'emprisonnement. Comme nous l'avons vu en matière de récidive⁴⁷¹, et conformément aux enseignements de la Cour constitutionnelle, le juge correctionnel, doit cependant veiller à ne pas condamner le prévenu à une peine d'emprisonnement dont la durée excède le maximum de la peine de réclusion qui aurait pu être imposée par la cour d'assises, ayant constaté des circonstances atténuantes, soit au maximum trente ans d'emprisonnement.

Le crime correctionnalisé puni d'une peine d'emprisonnement est assimilé à un délit.

La durée d'un jour d'emprisonnement est de vingt-quatre heures. La durée d'un mois d'emprisonnement est de trente jours. Il en résulte que la durée d'emprisonnement de douze mois totalise 360 jours et n'est pas égale à la durée d'emprisonnement d'un an qui compte 365 jours⁴⁷².

La peine d'emprisonnement est une peine principale qui, aux termes de l'article 7 du Code pénal, ne peut pas être cumulée avec d'autres peines principales (peine de surveillance, peine de travail et peine de probation).

Nous verrons *infra* que la peine d'emprisonnement peut être assortie d'un sursis⁴⁷³.

2) La peine de travail

La peine de travail a été introduite dans l'article 7 du Code pénal par la loi du 17 avril 2002 instaurant la peine de travail comme peine autonome en matière correctionnelle et de police⁴⁷⁴. Il y est prévu qu'elle ne peut, en tant que peine principale, être cumulée avec une peine d'emprisonnement. Il en va de même dorénavant avec les peines de surveillance électronique et de probation autonome. Elle a donc été conçue comme une peine « alternative » ou de

⁴⁷¹ Voy., *supra*, Chapitre IV, section 4.

⁴⁷² Cass., 9 octobre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 535.

⁴⁷³ Voy., *infra*, Section 5. Les modalités de la peine, § 1. Modalités faisant l'objet d'une décision judiciaire initiale, B. Le sursis à l'exécution des peines.

⁴⁷⁴ Au sujet de cette loi, voy. Ch. GUILLAIN, « La peine de travail, peine autonome ? Analyse de la loi du 17 avril 2002 instaurant la peine de travail comme peine autonome en matière correctionnelle et de police », *J.T.*, 2002, p. 641 et s. ; A. JACOBS et M. DANTINNE, « La peine de travail. Commentaire de la loi du 17 avril 2002 », *Rev. dr. pén. crim.*, 2002, p. 815 et s. ; M. DE RUE et I. WATTIER, « Une nouvelle peine correctionnelle et de police dans le Code pénal : la peine de travail », *J.D.J.*, n° 220, décembre 2002, p. 12 et s. ; S. VANDROMME, « De werkstraf, de nieuwste aanwinst in het Belgische straffenarsenaal », *R.W.*, 2002-2003, p. 481 et s. ; T. VANDER BEKEN et A. FLAVEAU, « Hard labeur. Een eerste analyse van de wet van 17 april 2002 tot invoering van de werkstraf als autonome straf in correctionele zaken en in politiezaken », *T. Strafr.*, 2002, p. 241 et s. ; P. HELSEN, « Hoe zwaar weegt de werkstraf ? », *N.J.W.*, 2002, pp. 123 et s. ; T. PAPART, « Tribunal de police et peine de travail : la loi du 17 avril 2002 », *J.J.P.*, 2002, p. 487 et s. ; J. MAROT, « La peine de travail », *J.J.P.*, 2003, p. 433 et s. ; A. JACOBS, « Inédits de droit pénal (II). La peine de travail », *J.L.M.B.*, 2003, p. 48 et s. ; P. HELSEN, « De werkstraf », *Recht in beweging*, Louvain, KUL, 2003, p. 189 et s. ; P. DE LE COURT, « La peine de travail autonome (PTA) : un chantier », *op. cit.*, 2004, p. 5 et s. ; H. DOMINICUS, « De autonome werkstraf in België: een eerste stand van zaken », *Fatik*, 2004, n° 103, p. 5 et s. ; P. REYNAERT, « Pourquoi tant de peines ? La peine de travail ou les métastases de la pénalité alternative », *L'exécution des peines. De strafuitvoering*, Bruxelles, La Charte, 2006, p. 339 et s. ; A. SAUVAGE, « Le suivi et l'encadrement de la peine de travail : le travail de la peine », *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, p. 900 et s. ; D. KAMINSKI, « La peine de travail en Belgique », *Rev. sc. crim.*, 2007, p. 393 et s. ; J.-F. CAUCHIE, *Peines de travail. Justice pénale et innovation*, Bruxelles, Larcier, 2009. Cf. également le *Rapport d'évaluation sur l'application de la peine de travail*, prévu par l'article 15 de la loi du 17 avril 2002, qui analyse les jugements prononcés entre le 7 mai 2002 et le 30 juin 2003 (*Doc.*, Ch., 2004-2005, n° 51-1146/3, Annexe I).

« substitution », afin d'« éviter de la sorte l'emprisonnement dont les effets négatifs ne sont plus à démontrer »⁴⁷⁵.

Lorsqu'un fait est de nature à entraîner une peine correctionnelle, le juge peut, d'office, à la requête du ministère public ou à la demande du prévenu, condamner à titre de peine principale⁴⁷⁶ à une peine de travail (art. 37*quinquies*, § 1^{er}, C. pén.)⁴⁷⁷ et ce, même si le prévenu a des antécédents judiciaires⁴⁷⁸. La peine de travail peut ainsi s'appliquer à tous les délits de même qu'à l'égard des crimes dans la mesure où, par application des circonstances atténuantes, les peines de réclusion sont susceptibles d'emporter une peine d'emprisonnement (art. 80, C. pén.). La peine de travail peut dès lors être prononcée tant par le tribunal correctionnel que par la cour d'assises. Le législateur a néanmoins exclu certaines infractions de son champ d'application. Il s'agit des faits visés aux articles 375 à 377 (viol et attentat à la pudeur), 379 à 387 (corruption de la jeunesse, prostitution et outrage public aux bonnes mœurs) si les faits ont été commis sur des mineurs ou à l'aide de mineurs, 393 à 397 (homicides volontaires) du Code pénal, de même que les faits « qui seraient punissables, s'ils n'étaient transmués en délits, d'une peine maximale supérieure à vingt ans de réclusion » (art. 37*quinquies* § 1^{er}, al. 2, C. pén.). La liste des infractions pour lesquelles la peine de travail est exclue pourrait toutefois être prochainement réduite puisque le projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel prévoit d'en retirer les infractions sexuelles⁴⁷⁹ (cette modification concernera aussi la peine de probation autonome et la peine de surveillance électronique).

La Cour de cassation a décidé que ces exclusions étaient indépendantes de toute circonstance susceptible de valoir à leur auteur une peine moins forte, en ce compris celles qui, indépendantes de sa volonté, l'ont empêché de réaliser complètement son dessein criminel :

« La peine de travail est prohibée à l'égard de ces faits indépendamment de toute circonstance susceptible de valoir à leur auteur une peine moins forte, en ce compris celles qui, indépendantes de sa volonté, l'ont empêché de réaliser complètement son dessein criminel. L'exclusion s'étend donc à l'auteur qui a tenté de commettre le fait visé par la loi, de même qu'elle s'étend à celui qui n'aurait agi que comme complice ou sous l'empire d'une cause d'excuse ou de circonstances atténuantes »⁴⁸⁰.

Par application de l'article 100 du Code pénal, à défaut de dispositions contraires, elle peut s'appliquer à toutes les infractions du livre II du Code pénal et des lois particulières :

« À défaut de dispositions contraires, une peine de travail peut être prononcée tant pour les infractions du Code pénal que pour celles prévues par les lois et règlements particuliers ; aucune disposition légale n'interdit au juge de prononcer une peine de

⁴⁷⁵ Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme K. LALIEUX, *Doc.*, Ch., 2000-2001, n° 50-0549/011, p. 3 et 6. Concernant le caractère illusoire d'un tel objectif, cf. cependant S. SNACKEN, « Surpopulation des prisons et sanctions alternatives », *op. cit.*, p. 381 ; P. REYNAERT, « Pourquoi tant de peines?... », *op. cit.*, p. 344.

⁴⁷⁶ Cass., 11 février 2003. En vue d'appliquer la peine de travail, le ministère public, le juge d'instruction, les juridictions d'instruction et les juridictions de jugement peuvent charger la section du service des maisons de justice du SPF Justice, de la rédaction d'un rapport d'information succinct et/ou d'une enquête sociale (art. 37*quater*, § 2 du Code pénal).

⁴⁷⁷ Nous nous référons à la numérotation en vigueur.

⁴⁷⁸ Les conditions pour obtenir une peine de travail sont ainsi plus favorables que celles relatives au sursis et à la suspension quant à l'existence de condamnations antérieures. Pour le sursis et la suspension, voy., *infra*, Section 5. Les modalités de la peine, § 1. Modalités faisant l'objet d'une décision judiciaire initiale.

⁴⁷⁹ Voy. les articles 87, 88 et 89 du projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, *Doc. Parl.*, Ch., sess. ord. 2020-21, n°55-2141/001 ; voy. également l'exposé des motifs, pp. 77 – 82.

⁴⁸⁰ Cass., 15 novembre 2006, *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, p. 288 ; cf. A. VANDEPLAS, « De ontoelaatbare werkstraf », note sous Cass., 5 novembre 2006, *R.W.*, 2008, p. 1773 et s.

travail pour sanctionner une infraction à la loi relative à la police de la circulation routière »⁴⁸¹.

La peine de travail ne peut remplacer l'emprisonnement ou l'amende que lorsque ces peines sont prévues à titre de sanction principale de l'infraction et non venir se substituer à une peine accessoire :

« La déchéance du droit de conduire un véhicule ne constitue pas une peine principale mais seulement une peine accessoire, même si l'article 35 de la loi du 16 mars impose cette déchéance de sorte que la peine de travail ne peut venir la remplacer »⁴⁸².

En revanche, la Cour de cassation a précisé que « l'instauration de cette peine laisse inchangé le régime des peines accessoires » de sorte que la peine de travail peut ou doit s'accompagner de la peine accessoire attachée à l'infraction selon son caractère obligatoire ou facultatif⁴⁸³:

« Prononce une peine illégale, le juge qui déclare un prévenu coupable d'un délit puni d'un emprisonnement et d'une amende, et ne prononce ensuite à son encontre qu'une peine de travail avec une peine d'emprisonnement subsidiaire, sans toutefois le condamner à la peine accessoire d'une amende ou sans prendre en considération des circonstances atténuantes »⁴⁸⁴.

Depuis la modification de l'article 8, § 1^{er}, al. 3 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, par la loi du 5 février 2016 (dite pot-pourri II), la peine de travail ne peut plus être assortie d'un sursis.

Une peine de travail est une peine correctionnelle lorsqu'elle est au minimum de quarante-six heures, sous réserve de l'application des circonstances atténuantes sans toutefois être inférieure à une peine de police (art. 85 C. pén.)⁴⁸⁵. Elle ne peut être supérieure à trois cents heures, même en cas de concours d'infractions (art. 58 à 60 C. pén.) ou de récidive (art. 56, al. 4 C. pén.).

Le juge qui condamne à une peine de travail doit prévoir une peine d'emprisonnement ou une peine d'amende qui sera, le cas échéant, applicable en cas de non-exécution de la peine de travail (art. 37^{quinq}ies, § 1^{er}, C. pén.)⁴⁸⁶. Cette peine subsidiaire doit être de même nature que la peine de travail.

« Qu'ayant condamné le défendeur à une peine de police de 25 heures de travail, les juges d'appel ne pouvaient pas prévoir une amende, de nature correctionnelle, de 75 euros comme peine de substitution »⁴⁸⁷.

⁴⁸¹ Cass., 10 janvier 2007, *Pas.*, 2007, p. 56.

⁴⁸² Cass. 29 septembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 533.

⁴⁸³ Cass., 12 février 2003, *Rev. dr. pén. crim.*, 2003, p. 921 et note, et *J.L.M.B.*, 2003, p. 1310 et note A. Jacobs.

⁴⁸⁴ Cass., 17 avril 2012, *Pas.*, 2012, n° 231 : sur la base de l'article 85, alinéa 2 du Code pénal, le juge peut en effet, en cas d'admission de circonstances atténuantes opter pour l'emprisonnement ou l'amende, alors que la loi prévoit leur cumul. Voy., aussi, Corr. Termonde, 3 décembre 2002, *R.A.B.G.*, 2003, p. 306, note M. Rozie (concernant une peine accessoire de déchéance du droit de conduire avec sursis), et Pol. Malines, 28 novembre 2002, *R.A.B.G.*, 2003, p. 303 (concernant une peine accessoire d'amende avec sursis). Voy., *infra*, Section 5. Les modalités de la peine, § 1. Modalités faisant l'objet d'une décision judiciaire initiale.

⁴⁸⁵ Cass., 15 septembre 2004, *Pas.*, 2004, I, n° 413 ; Cass., 6 décembre 2005, *Pas.*, 2005, I, n° 647.

⁴⁸⁶ De manière assez étonnante, la cour d'appel de Gand a décidé qu'il ne peut être prévu de peine d'emprisonnement subsidiaire pour la partie de la peine d'amende assortie d'un sursis à son exécution (Gand, 28 octobre 2018, *T. Strafr.*, 2019, p. 222, obs. G. Marlier et J. De Mets).

⁴⁸⁷ Cass., 19 mai 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 1085, note A. Jacobs et *R.W.*, 2005-2006, p. 24, note S. Vandromme.

La peine de travail ne peut être prononcée qu'après que le prévenu ait été informé de la portée d'une telle peine et entendu dans ses observations. Il doit avoir été présent ou représenté à l'audience et donné, soit en personne, soit par l'intermédiaire de son conseil, son consentement (art. 37quinquies, § 3, C. pén.)⁴⁸⁸. Le juge peut tenir compte des intérêts des victimes éventuelles (art. 37quinquies, § 3, C. pén.). Il détermine la durée de la peine et peut donner des indications concernant son contenu concret (art. 37quinquies, § 4, C. pén.)⁴⁸⁹. S'il refuse de prononcer une peine de travail, il doit motiver sa décision (art. 37quinquies, § 3, C. pén.)⁴⁹⁰.

La peine de travail est effectuée gratuitement auprès des services publics de l'Etat, des communes, des provinces, des communautés et des régions ou auprès d'associations sans but lucratif ou de fondations à but social, scientifique ou culturel (art. 37sexies, § 1^{er}, C. pén.)⁴⁹¹.

Sauf prolongation décidée par la commission de probation, elle doit être exécutée dans les douze mois qui suivent la date à laquelle la décision judiciaire est passée en force de chose jugée (art. 37quinquies, § 2, al. 2, C. pén.).

Si la peine de travail est inscrite au casier judiciaire, elle n'est pas mentionnée sur les extraits de casier judiciaire délivrés aux particuliers⁴⁹² et ne peut fonder l'état de récidive.

Concernant l'application de la loi pénale dans le temps, la Cour de cassation a considéré, dans un premier temps, que la peine de travail est plus sévère que l'amende de sorte qu'elle ne peut rétroagir, ni s'appliquer en degré d'appel, lorsque seul le prévenu a fait appel d'une décision qui l'a condamné à une amende :

« Que la peine de travail est, en raison de son objet, plus sévère que l'amende puisque son incidence sur la liberté individuelle est plus importante »⁴⁹³.

Par la suite, la Cour de cassation a nuancé son propos en précisant que la substitution, en appel, d'une peine consentie (la peine de travail) à une peine infligée (l'amende) n'outrepasse pas la limite des intérêts du prévenu :

« À condition de ne pas remplacer une peine de police par une peine correctionnelle, la substitution d'une peine consentie à une infligée n'outrepasse pas la limite des intérêts du prévenu ; il en résulte que le juge ne méconnaît pas l'effet relatif de l'appel en remplaçant, sur le seul recours du prévenu, l'amende correctionnelle encourue devant le premier juge par une peine de travail »⁴⁹⁴.

⁴⁸⁸ La Cour de cassation a considéré que le consentement du prévenu est une condition substantielle « prévue notamment aux fins d'assurer l'exécution de la peine » (Cass., 24 novembre 2010, *Pas.*, 2010, I, n° 692). La peine de travail ne peut dès lors être prononcée par défaut.

⁴⁸⁹ Cf. notamment Cass., 19 mai 2010 où la Cour juge que c'est à raison que l'arrêt attaqué « ne commine une peine de travail, assortie d'un sursis partiel, à charge du demandeur que sous la restriction qu'elle devra être exécutée en tenant compte de l'affection, à préciser dans un rapport médical, dont il souffre à la main gauche » (*T. Strafr.*, 2010, p. 340).

⁴⁹⁰ Voy. Cass., 12 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1314, et note A. Jacobs.

⁴⁹¹ Il a été jugé qu'une peine de travail ne constitue pas un travail au sens du droit du travail (Corr. Gand, 10 janvier 2005, *NjW*, 2005, p. 600, note J. DEENE) et qu'elle pouvait être infligée à un prévenu en incapacité de travail, avec son accord (Cass., 19 mai 2010, *op. cit.*).

⁴⁹² Art. 590 et 595 du Code d'instruction criminelle. Pour plus de précisions concernant le casier judiciaire, voy., *infra*, Section 7. La disparition des effets des peines.

⁴⁹³ Cass., 5 octobre 2005, *T. Strafr.*, 2006, p. 24 ; Cass., 11 octobre 2005. Cf. également S. VANDROMME, « De werkstraf en het verbod van *reformatio in pejus* », note sous Anvers, 7 octobre 2003, *R.W.*, 2004-2005, p. 146 et s. Le seul appel du prévenu ne peut en effet avoir pour conséquence d'aggraver sa situation (effet relatif de l'appel : Cass., 29 avril 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1077).

⁴⁹⁴ Cass., 20 juin 2007, *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, p. 1161, et note P. de le Court.

La Cour a adopté la même solution en matière d'opposition :

« Le juge ne méconnaît pas l'effet relatif de l'opposition en remplaçant, sur le seul recours du prévenu, l'amende correctionnelle encourue devant le premier juge par une peine de travail »⁴⁹⁵.

Dans la foulée, la Cour constitutionnelle a jugé qu'« il n'est pas raisonnablement justifié qu'une catégorie de prévenus soient privés de la possibilité de se voir condamner à une peine de travail pour le seul motif qu'ils font appel et que les membres de la juridiction d'appel ne sont pas unanimes » et a considéré, en conséquence, que l'article 211*bis* du Code d'instruction criminelle viole les articles 10 et 11 de la Constitution⁴⁹⁶. Par ailleurs, la Cour a également décidé que la loi du 17 avril 2002 viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle omet de permettre au prévenu qui a été condamné par défaut à une peine d'amende de solliciter, sur opposition, qu'une peine de travail soit prononcée⁴⁹⁷.

3) La peine de probation autonome

La loi du 10 avril 2014 instaurant la peine de probation autonome⁴⁹⁸ introduit une section *Vquater* dans le Code pénal, intitulée « De la peine de probation autonome » qui consiste en l'obligation de respecter des conditions particulières durant une période déterminée fixée par le juge (art. 37*octies*, § 1^{er}, al. 2 du Code pénal).

Le régime de la peine de probation autonome est calqué, quasi à l'identique, sur celui de la peine de travail. Ainsi, sauf pour les mêmes exceptions que la peine de travail, la peine de probation peut, d'office, à la requête du ministère public ou à la demande du prévenu, être prononcée à titre principal en matière correctionnelle pour une période qui ne peut être inférieure, sous réserve des règles relatives aux circonstances atténuantes⁴⁹⁹, à un an ni supérieure à deux ans, nonobstant l'existence d'un concours d'infraction ou d'une récidive⁵⁰⁰.

Le juge qui condamne à une peine de probation doit prévoir une peine d'emprisonnement ou une peine d'amende qui sera, le cas échéant, applicable en cas de non-exécution de la peine de probation (art. 37*octies*, § 1). Cette peine subsidiaire doit être de même nature que la peine de probation. Le Conseil d'Etat a critiqué l'absence de précision légale quant à la durée ou quant au montant de la peine subsidiaire eu égard au principe de proportionnalité, ouvrant ainsi « la voie au remplacement éventuel d'une peine de probation plutôt légère, par une peine d'emprisonnement relativement lourde »⁵⁰¹.

⁴⁹⁵ Cass., 26 septembre 2007. Tout comme l'appel, la seule opposition du prévenu ne peut avoir pour conséquence d'aggraver sa situation (effet relatif de l'opposition : Cass., 7 janvier 1997).

⁴⁹⁶ C.C., 28 novembre 2007, arrêt n° 147/2007. A ce sujet, cf. « L'échelon de la peine de travail. Historique et synthèse très partielle », note sous C.C. n° 147/2007, *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, p. 411 et s. Sur cette question, ainsi que sur la question du prononcé de la peine de travail sur opposition, cf. H. SIMONART, « La peine de travail, la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle », *Loyauté, justice et vérité. Liber amicorum Henri-D. Bosly*, Bruxelles, La Charte, 2009, p. 357 et s.

⁴⁹⁷ C.A., 11 janvier 2007, n° 4/2007. A ce sujet, voy. K. BEIRNAERT, « Werkstraf op verzet na geldboete bij verstek : lacune in de wet? », note sous C.A., 11 janvier 2007, *R.W.*, 2007, p. 360 et s.

⁴⁹⁸ Loi du 10 avril 2014 insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal, et modifiant le Code d'instruction criminelle, et la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation (*M.B.*, 19 juin 2014).

⁴⁹⁹ L'article 85 du Code pénal précise, qu'en cas d'admission de circonstances atténuantes, la peine de probation autonome peut être réduite au-dessous de douze mois, sans toutefois être inférieure à une peine de police.

⁵⁰⁰ Par application des articles 56, alinéa 4 et 58 à 60 du Code pénal, la peine de probation ne peut dépasser deux ans en cas de récidive ou de concours d'infractions.

⁵⁰¹ Projet de loi insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal (...), Avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Ch., 2013-2014, 3274/001, p. 35.

La peine de probation ne peut être prononcée qu'après que le prévenu a été informé de la portée d'une telle peine et entendu dans ses observations. Il doit avoir été présent ou représenté à l'audience et donné, soit en personne, soit par l'intermédiaire de son conseil, son consentement. Le juge peut tenir compte des intérêts des victimes éventuelles. S'il refuse de prononcer une peine de probation, il doit motiver sa décision (art. 37*octies*, § 3).

Le juge doit donner des indications concernant le contenu de la peine de probation autonome (art. 37*octies*, § 4), mais c'est la commission de probation qui détermine le contenu concret de la peine de probation autonome (37*novies*, § 3)⁵⁰².

La personne condamnée à une peine de probation est soumise à une guidance judiciaire exercée par un assistant de justice du Service des Maisons de justice de l'arrondissement judiciaire du lieu de sa résidence et l'exécution de la peine de probation est contrôlée par la commission de probation du lieu de la résidence du condamné à laquelle l'assistant de justice fait rapport (art. 37*novies*, § 1). La commission de probation peut suspendre en tout ou partie le contenu concret de la peine de probation autonome, le préciser ou l'adapter aux circonstances. Elle peut également, dans le cas où une des conditions de la peine de probation autonome n'a pu être réalisée durant le délai de probation initial et sans que cela soit dû à la volonté du condamné, prolonger une fois le délai de probation d'un an au maximum afin que le condamné puisse satisfaire à la condition. Enfin, elle peut décider, si elle estime que la peine de probation a été exécutée, que celle-ci prend fin, même si la période fixée par le juge n'a pas encore expiré (art. 37*decies*, § 1). Les décisions de la commission sont susceptibles de recours, tant de la part du ministère public que du condamné, devant le tribunal de première instance auprès duquel la commission est instituée (art. 37*decies*, § 2). Enfin, en cas d'inexécution totale ou partielle de la peine de probation autonome, l'assistant de justice informe sans délai la commission de probation qui rédige un rapport motivé en vue de l'application de la peine de substitution. Dans ce cas, le ministère public peut décider d'exécuter la peine d'emprisonnement ou l'amende prévue dans la décision judiciaire, et ce, en tenant compte de la peine de probation autonome qui a déjà été exécutée par le condamné (art. 37*undecies*).

À l'instar de la peine de travail, la peine de probation n'est pas inscrite sur les extraits du casier judiciaire délivrés aux particuliers, de sorte qu'elle ne peut fonder un état de récidive. En revanche, rien n'empêche le juge de condamner un prévenu en état de récidive à une peine de probation.

4) La peine de surveillance électronique

La loi du 7 février 2014 instaurant la surveillance électronique comme peine autonome⁵⁰³ concrétise l'accord du gouvernement du 1^{er} décembre 2011 visant à diversifier les peines à

⁵⁰² Pour le Conseil supérieur de la Justice, cette « délégation illégitime de la fixation de la peine » ne contribuera pas à l'individualisation de la fixation de la peine par le juge puisqu'il la soustrait à la commission de probation, CONSEIL SUPERIEUR DE LA JUSTICE, Avis d'office sur l'avant-projet de loi insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal, et modifiant le Code d'instruction criminelle ainsi que la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, *op. cit.*, p. 2. Pour les mêmes raisons, le Conseil d'Etat se demande si la qualification de la mesure de probation en tant que peine n'est pas usurpée et si elle est conforme au principe de légalité en matière pénale, dans la mesure où le condamné ne connaît pas toujours les contours exacts de la peine sur laquelle il marque son accord, Projet de loi insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal (...), Avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Ch., 2013-2014, 3274/001, p. 34.

⁵⁰³ M.B., 28 février 2014. Voy. O. NEDERLANDT, « La surveillance électronique comme peine autonome et comme modalité d'exécution des peines ? Présentation et commentaire de la loi du 7 février 2014 », *J.T.*, 2014, n° 6568, p. 441 et s.; M. GIACOMETTI et Ch. GUILLAIN, « Les peines de surveillance électronique et de probation autonome, nouvelles peines alternatives à l'emprisonnement? », *Actualités de droit pénal*, M.-A. Beernaert (dir.), Limal, Antemis, 2015, p. 87 à 152; Ch. GUILLAIN et F. VANSILLETTE, « Les peines alternatives à l'emprisonnement après 'pot-pourri II' : entre désir de punitivité et souci d'amendement », *La loi pot-pourri II. Un an après*, Chr. De Valkeneer, H. Bosly et M.-A. Beernaert (dir.), Larcier, 2017, p. 39 à 80.

disposition du juge. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2016 par la loi du 5 février 2016 (dite pot-pourri II).

La loi introduit une section *Vter* dans le Code pénal, intitulée « De la peine de surveillance électronique » (art. 37^{ter} à *quater*, C. pén.)⁵⁰⁴ permettant au juge, d'office, à la requête du ministère public ou à la demande du prévenu, de prononcer à titre principal en matière correctionnelle, une peine de surveillance électronique « lorsqu'un fait est tel qu'il doit être puni d'une peine d'emprisonnement d'un an au maximum » (art. 37^{ter}, § 1^{er}). Si la formulation est malheureuse, elle laisse entendre que c'est la peine *in concreto* qui doit être prise en considération, permettant ainsi d'appliquer, après l'admission de circonstances atténuantes, la peine de surveillance électronique à des faits punis *in abstracto* de peines de réclusion allant jusqu'à vingt ans (art. 80, al. 3 du Code pénal). La durée de la peine de surveillance électronique est égale à la durée de la peine d'emprisonnement que le juge aurait prononcée. Elle ne peut toutefois être inférieure à un mois, y compris en cas d'admission de circonstances atténuantes⁵⁰⁵ ni supérieure à un an (art. 37^{ter}, §§ 1^{er} et 2), même par application des règles relatives au concours d'infractions⁵⁰⁶ ou à la récidive⁵⁰⁷. Dans la mesure où un jour de peine de surveillance électronique correspond à un jour de peine d'emprisonnement, elle ne peut, contrairement à la peine de travail et à la peine de probation, constituer une peine de police. La peine de surveillance électronique constitue dès lors uniquement une peine correctionnelle, ce qui n'empêche pas son application en matière criminelle, après admission des circonstances atténuantes. Elle est en revanche inapplicable pour les faits aux articles 375 à 377 (viol et attentat à la pudeur), 379 à 387 (corruption de la jeunesse, prostitution et outrage public aux bonnes mœurs) si les faits ont été commis sur des mineurs ou à l'aide de mineurs, 393 à 397 (homicides volontaires) du Code pénal.

Etant donné son caractère de peine principale, la peine de surveillance électronique, conformément à l'article 7 du Code pénal, ne peut être cumulée avec les autres peines principales que sont l'emprisonnement, la peine de travail et la peine de probation autonome. En revanche, elle doit ou peut être cumulée avec des peines accessoires telles que la confiscation, l'amende, ... Contrairement à l'emprisonnement, elle ne peut être assortie d'un sursis.

Par application de l'article 100 du Code pénal, à défaut de dispositions contraires, elle peut s'appliquer à toutes les infractions du livre II du Code pénal et des lois particulières.

Tout comme la peine de travail et de probation autonome, la peine de surveillance électronique n'est pas mentionnée sur les extraits de casier judiciaire délivrés aux particuliers de sorte qu'elle peut être appliquée si le prévenu a des antécédents judiciaires.

⁵⁰⁴ Le chapitre II du livre premier du Code pénal comprend ainsi dorénavant une « Section *Vbis*. De la peine de surveillance électronique » (comprenant les articles 37^{ter} à *quater*), une « Section *Vter*. De la peine de travail » (comprenant les articles 37^{quinquies} à *septies*) et une « Section *Vquater*. De la peine de probation autonome » (comprenant les articles 37^{octies} à *undecies*).

⁵⁰⁵ « Conformément à l'article 85, le juge répressif peut tenir compte de circonstances atténuantes sans toutefois que la durée fixée de la surveillance électronique comme peine autonome puisse être inférieure à un mois » (art. 37^{ter}, § 2).

⁵⁰⁶ Les articles 58 à 60 du Code pénal ont été modifiés pour indiquer, qu'en cas de concours d'infractions, les peines de surveillance électronique seront cumulées sans pouvoir néanmoins dépasser un an. Comme le souligne O. Nederlandt, il était inopportun de modifier l'article 58 du Code pénal, qui concerne le concours matériel de contraventions, dans la mesure où la peine de surveillance électronique ne peut constituer une peine de police (« La surveillance électronique comme peine autonome et comme modalité d'exécution des peines ? Présentation et commentaire de la loi du 7 février 2014 », *J.T.*, 2014, p. 442).

⁵⁰⁷ L'article 56, al. 4 du Code pénal, relative à la récidive de délit sur délit précise « qu'en aucun cas, la peine prononcée ne peut excéder une année de peine de surveillance électronique, trois cents heures de peine de travail ou deux ans de peine de probation autonome ».

Le juge qui condamne à une peine de surveillance électronique doit prévoir une peine d'emprisonnement qui sera, le cas échéant, applicable en cas de non-exécution de la peine de surveillance électronique. Pour la fixation de la durée de cette peine d'emprisonnement subsidiaire, un jour de peine de surveillance électronique infligée correspond à un jour de peine d'emprisonnement (art. 37ter, § 1^{er}, C. pén.). Le rapport de la Commission de la Justice de la Chambre laisse entrevoir les raisons qui ont poussé le législateur à ne pas envisager l'amende comme peine subsidiaire à la peine de surveillance électronique : « pour être crédible, la peine de substitution doit présenter un caractère dissuasif, autrement dit être plus rigoureuse que la peine principale, afin de pousser le condamné à exécuter spontanément la peine principale »⁵⁰⁸. On est loin des considérations de la proposition de loi initiale visant à instaurer de véritables alternatives à l'emprisonnement en vue de lutter contre la surpopulation carcérale⁵⁰⁹.

La peine de surveillance électronique « consiste en l'obligation de présence à une adresse déterminée, exception faite des déplacements ou absences autorisés, durant une période fixée par le juge (...). Le contrôle de la présence est assuré notamment par le recours à des moyens électroniques et (...) cette obligation est assortie de conditions » (art. 37ter, § 1^{er}, al. 2, C. pén.). Elle doit ainsi être distinguée de la surveillance électronique en tant que modalité d'exécution de la peine et de la détention préventive surveillance électronique⁵¹⁰.

En vue de l'application d'une peine de surveillance électronique, le ministère public, le juge ou les juridictions d'instruction et les juridictions de jugement peuvent charger le service compétent pour la surveillance électronique de la réalisation d'un rapport d'information succinct et/ou d'une enquête sociale. Toute personne majeure avec laquelle cohabite le prévenu est entendue en ses observations dans le cadre de cette enquête sociale (art. 37ter, § 3, C. pén.). La peine de surveillance ne peut être prononcée qu'après que le prévenu ait été informé de la portée d'une telle peine et entendu dans ses observations. Il doit avoir été présent ou représenté à l'audience et donné, soit en personne, soit par l'intermédiaire de son conseil, son consentement. Le juge peut tenir compte des intérêts des victimes éventuelles et peut entendre tout cohabitant majeur du prévenu qui n'aurait pas été entendu dans le cadre de l'enquête sociale ou en l'absence d'enquête sociale (art. 37ter, § 4, C. pén.). Le juge peut également donner des indications quant aux modalités concrètes de la peine de surveillance électronique et peut soumettre le condamné à des conditions particulières individualisées si elles sont absolument nécessaires pour limiter le risque de récidive ou si elles sont nécessaires dans l'intérêt de la victime (art. 37ter, § 5, C. pén.). Par ailleurs, le juge qui refuse de prononcer une peine de surveillance électronique doit motiver sa décision.

En ce qui concerne l'exécution, la peine de surveillance électronique doit, normalement, débiter dans les six mois qui suivent la date à laquelle la décision judiciaire est passée en force de chose jugée (art. 37ter, § 2, al. 2, C. pén.).

Au contraire de la peine de travail et de la peine de probation autonome, la commission de probation n'intervient pas dans l'exécution de la peine de surveillance électronique. Cette exécution relève uniquement du centre de surveillance électronique (qui relève de la compétence des Communautés) et du ministère public. Notons également que le condamné qui exécute une peine de surveillance électronique qui atteint ou excède trois mois peut solliciter une suspension de cette peine auprès du ministère public après avoir purgé un tiers de celle-ci (art. 37quater, § 4 du Code pénal).

⁵⁰⁸ Rapport fait au nom de la commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2013-2014, 53-1042/005, p. 29.

⁵⁰⁹ La surveillance électronique a, au départ, été proposée par quelques parlementaires (Proposition de loi instaurant la surveillance électronique comme peine autonome, *Doc. parl.*, Chambre, 2013-2014, 53-1042/001, p. 3).

⁵¹⁰ Voy., *infra*, Section 5. Les modalités de la peine, § 2. Modalités faisant l'objet d'une décision lors de l'exécution de la peine.

Enfin, en cas de non-exécution de la peine de surveillance électronique, le ministère public peut décider de procéder à l'exécution la peine d'emprisonnement fixée dans la décision judiciaire, et ce, en tenant compte de la partie de la peine de surveillance électronique qui a déjà été exécutée, en sachant qu'un jour de peine de surveillance électronique exécuté équivaut à un jour d'emprisonnement (art. 37^{quater}, § 4 du Code pénal).

5) L'amende

L'amende est une peine pécuniaire qui, prononcée à titre principal, a la nature d'une peine correctionnelle si son montant est de vingt-six francs (euros) au moins (art. 38, al. 2, C. pén)⁵¹¹.

En raison de l'érosion monétaire continue, le législateur a prévu, depuis 1921, un système d'accroissement du taux des amendes qu'on appelle le système des « décimes additionnels »⁵¹². Celui-ci consiste à majorer le taux de l'amende prévu par la loi d'un certain nombre de décimes (un décime étant équivalent au dixième du montant nominal de l'amende) ou, si l'on préfère, à multiplier ce taux par un certain coefficient.

« Ajouter un décime à une somme consiste à majorer cette somme d'un dixième de son montant »⁵¹³.

Depuis la loi du 5 février 2016 (loi dite pot-pourri II), les décimes sont de 70, ce qui signifie que le taux nominal de l'amende doit être multiplié par 8. Cette majoration n'a cependant aucune répercussion sur la nature de la peine. La Cour précise également qu'il appartient aux cours et tribunaux de constater dans leurs arrêts ou jugements que l'amende prononcée à charge du prévenu, en application du Code pénal notamment, est majorée du nombre de décimes fixé par la loi, en indiquant le chiffre qui résulte de cette majoration⁵¹⁴.

Par ailleurs, en vertu de l'article 2 de loi du 5 mars 1952 relative aux décimes additionnels sur les amendes pénales, modifiée par la loi du 26 juin 2000 relative à l'introduction de l'euro dans la législation concernant les matières visées à l'article 78 de la Constitution, les montants des sommes d'argent auxquelles les décimes additionnels sont appliqués, sont censés être exprimés directement en euro sans conversion⁵¹⁵.

Il convient de distinguer l'amende pénale, de la transaction pénale qui est une procédure qui permet au ministère public, dans les cas prévus par la loi, de proposer l'extinction de l'action publique moyennant le paiement d'une somme d'argent par l'auteur de l'infraction aux termes de l'article 216^{bis} du Code d'instruction criminelle. N'étant pas prononcée par un juge, elle ne constitue pas une peine.

⁵¹¹ La Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'une amende élevée pouvait porter atteinte à l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme: « Une amende fixée au décuple des droits éludés pourrait, dans certains cas, porter une atteinte telle à la situation financière de la personne à laquelle elle est infligée qu'elle pourrait constituer une mesure disproportionnée par rapport au but légitime qu'elle poursuit et constituer une violation du droit au respect des biens, garanti par l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme » (Cour. eur. D.H., 11 janvier 2007, arrêt *Mamidakis c. Grèce*).

⁵¹² Voy. A. KOHL, « Les incidences de la dépréciation monétaire en droit pénal belge », *Rev. dr. pén. crim.*, 1972-1973, p. 848 et s. ; *Idem*, « Remèdes à l'efficacité réduite des amendes pénales par suite de l'érosion monétaire », *Rev. dr. pén. crim.*, 1976-1977, p. 647 et s.

⁵¹³ Cass., 10 mai 2006, *Pas.*, 2006, n° 265.

⁵¹⁴ Cass., 24 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 121.

⁵¹⁵ Nous ferons dès lors toujours figurer le terme « euro » entre parenthèses, lorsque les textes cités sont formulés en francs. Au sujet de ces modifications, cf. notamment J. ROZIE, « De euro en de geldboete : nieuwe wiskunderegels vanaf 1 januari 2002 », *T. Strafr.*, 2000, p. 201 et s.

Il convient également de distinguer l'amende, de la contribution au Fonds d'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence qui ne constitue pas une peine⁵¹⁶. Ainsi, toute condamnation à une peine principale criminelle ou correctionnelle entraîne l'obligation pour le juge de condamner le prévenu à verser une somme de 25 euros, majorée des décimes additionnels, à titre de contribution au Fonds, soit 200 euros⁵¹⁷. La contribution ne peut dès lors être prononcée en cas de condamnation à une peine police :

« Est illégale, la décision par laquelle le juge pénal, après avoir condamné le prévenu à une peine d'emprisonnement de 9 jours du chef de l'infraction de bruits ou tapages nocturnes de nature à troubler la tranquillité des habitants, commise par le prévenu en état de récidive spéciale, condamne en outre le prévenu, par application de l'art. 29, al. 1er de la loi du 1er août 1985, à l'obligation de verser une somme de 5 francs, majorée de décimes additionnels, à titre de contribution au financement du Fonds pour l'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence, dès lors que la peine d'emprisonnement principal de 9 jours est une peine d'emprisonnement de police et que la condamnation à ladite obligation ne peut être prononcée qu'en cas de condamnation à une peine principale criminelle ou correctionnelle »⁵¹⁸.

De même, toute condamnation à une peine criminelle, correctionnelle ou de police entraîne la condamnation du prévenu à payer une indemnité forfaitaire de 51,20 euros non soumise aux décimes additionnels, à titre de participation aux frais de gestion de la justice⁵¹⁹. Enfin, depuis la loi du 19 mars 2017, le condamné doit également verser une contribution de 20 euros au Fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne⁵²⁰.

Rappelons qu'en vertu de l'article 40 du Code pénal, le juge doit prévoir qu'en cas de non-paiement de l'amende, celle-ci pourra être remplacée par un emprisonnement qui ne peut excéder trois mois en matière correctionnelle.

Par ailleurs, l'article 195, alinéas 2 et 3 du Code d'instruction criminelle prévoit que le juge correctionnel tient compte, pour la détermination du montant de l'amende, des éléments invoqués par le prévenu eu égard à sa situation sociale. Le juge peut également prononcer une peine d'amende inférieure au minimum légal si le contrevenant soumet un document quelconque qui apporte la preuve de sa situation précaire⁵²¹.

b) Les peines accessoires

Ont, par ailleurs, la nature de peines correctionnelles, lorsqu'elles accompagnent, à titre accessoire, l'une des peines principales qui viennent d'être citées: *l'interdiction de certains*

⁵¹⁶ Voy. Cass., 5 juin 1996, *Pas.*, 1996, n° 214, pour la contribution au Fonds et Cass., 31 mars 1993, *Pas.*, 1993, p. 344 ; Cass., 9 novembre 1994, *Pas.*, 1994, p. 919, pour la condamnation à l'indemnité forfaitaire.

⁵¹⁷ Art. 29 de la loi du 1^{er} août 1985 portant des mesures fiscales et autres.

⁵¹⁸ Cass., 9 mai 1989, *Pas.* 1989, I, p. 940.

⁵¹⁹ Circulaire 131^{quater} du 31 janvier 2013, *M.B.*, 1er mars 2013. Voy. Cass., 29 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 658 : « le législateur a voulu combattre l'augmentation des frais de gestion de la Justice en imposant aux condamnés une participation forfaitaire aux frais de cette nature occasionnés par les infractions dont ils ont été déclarés coupables (...) ; il ne s'agit ni d'un 'impôt déguisé' ni d'un moyen 'de dissuasion financière' pour amener les condamnés à ne pas exercer de recours ».

⁵²⁰ Art. 4, § 3, et 5 de la loi du 19 mars 2017 instituant un fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne.

⁵²¹ A cet égard, cf. notamment A. JACOBS, « L'adaptation de l'amende à la situation sociale du condamné (art. 195, al. 2 du Code d'instruction criminelle) », *Liber amicorum Jean du Jardin*, Deurne, Kluwer, 2001, p. 267 et s., p. 267 et s.

droits civils et politiques, prévue, à titre facultatif, par les articles 33⁵²² et 33*bis* du Code pénal ou à titre obligatoire par certaines dispositions comme l'article 378 du Code pénal; la confiscation spéciale prévue, à titre obligatoire, pour les choses formant l'objet de l'infraction, celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre quand la propriété en appartient au condamné ainsi qu'aux choses qui ont été produites par l'infraction (art. 43, al. 1^{er} du Code pénal); l'*amende*, lorsqu'elle accompagne une peine d'emprisonnement, une peine de travail, une peine de probation autonome ou une peine de surveillance électronique; la déchéance du droit de conduire prévue, à titre obligatoire ou facultatif, en matière de roulage; la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines (art. 34*bis* du Code pénal).

Rappelons que d'autres peines accessoires peuvent être prévues, à titre facultatif ou obligatoire, par le droit pénal spécial ou particulier. Ainsi, à titre d'exemple, l'article 490 du Code pénal prévoit l'obligation pour le juge, en cas de condamnation à une peine d'emprisonnement pour des faits visés aux articles 489 à 489*ter* (fraudes en matière de faillite), d'ordonner la publication de la décision au *M.B.*, aux frais du condamné. De même, la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, psychotropes, désinfectantes ou antiseptiques et des substances pouvant servir à la fabrication illicite de substances stupéfiantes et psychotropes prévoit que les condamnés qui exercent une branche de l'art de guérir, de l'art vétérinaire ou une profession paramédicale, peuvent être interdits, temporairement ou définitivement, de l'exercice de cet art ou de cette profession (art. 4, § 2).

3. *Peines de police*

Peuvent également avoir la nature de peines de police les trois peines principales déjà évoquées en matière correctionnelle : l'emprisonnement, la peine de travail et l'amende⁵²³.

a) *Les peines principales*

1) L'emprisonnement

Aux termes de l'article 28 du Code pénal, l'emprisonnement est une peine de police lorsque sa durée est d'un jour au moins et de sept jours au plus.

Comme dans le cas de l'emprisonnement correctionnel, la durée maximum peut cependant être exceptionnellement dépassée par application des règles relatives au concours d'infractions ou à la récidive.

2) La peine de travail

Aux termes de l'article 37*quinquies*, § 1^{er}, du Code pénal, et sous réserve des exceptions énumérées, lorsqu'un fait est de nature à entraîner une peine de police, le juge peut condamner à titre de peine principale à une peine de travail. Celle-ci est une peine de police si elle est égale ou inférieure à quarante-cinq heures. Elle ne peut cependant être inférieure à vingt heures (art. 37*quinquies*, § 2).

⁵²² La Cour de cassation a rappelé qu'en vertu de l'article 33 du Code pénal, « le juge correctionnel ne peut interdire, en tout ou en partie, l'exercice des droits énumérés à l'article 31, alinéa 1^{er}, que dans les cas prévus par la loi » (Cass., 27 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2828).

⁵²³ On notera que le législateur décretaal peut instaurer d'autres peines. Ainsi, l'article L 4145-25, § 1^{er} du Décret de la Région wallonne modifiant le Livre I^{er} de la quatrième partie du Code de la démocratie locale et de la décentralisation prévoit que l'électeur qui s'abstient d'aller voter peut être condamné par le tribunal de police à une réprimande ou à une amende de cinq à dix euros, cité par N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 469.

Quant à ses conditions d'application, elles sont identiques à celles qui sont prévues lorsqu'elle constitue une peine correctionnelle.

3) La peine de probation autonome

Le juge peut également, depuis la loi du 8 mai 2014, prononcer une peine de probation à titre principal en matière de police pour une période qui ne peut être inférieure à six mois ni supérieure à douze mois. Nous renvoyons pour le surplus aux développements consacrés à cette peine en matière correctionnelle.

En revanche, la peine de surveillance électronique ne peut pas être prononcée en matière de police.

4) L'amende

Aux termes de l'article 38, alinéa 1^{er} du Code pénal, l'amende prévue à titre principal est une peine de police lorsque son montant est d'un franc (euro) au moins et de vingt-cinq francs (euros) au plus. Elle doit également être assortie d'une peine d'emprisonnement subsidiaire qui ne peut excéder trois jours en matière de police. Pour déterminer le montant de l'amende pénale, le juge tient compte de la situation sociale du prévenu et peut prononcer une peine d'amende inférieure au minimum légal si le contrevenant soumet un document quelconque qui apporte la preuve de sa situation précaire (article 163, al. 3 et 4 du Code d'instruction criminelle)⁵²⁴.

b) Les peines accessoires

En outre, ont la nature de peines de police, lorsqu'elles accompagnent à titre de peine *accessoire* l'une de ces peines principales : l'*amende*, lorsqu'elle accompagne une peine d'emprisonnement, une peine de travail ou une peine de probation autonome, la *confiscation spéciale*, lorsqu'elle est prévue par la loi, comme le précise l'article 43, alinéa 2 du Code pénal. À nouveau, d'autres peines accessoires peuvent être prévues, à titre facultatif ou obligatoire, par le droit pénal spécial ou particulier. À titre d'exemple, nous pouvons citer la peine de déchéance du droit de conduire prévue par la loi relative à la police de la circulation routière.

B. Peines applicables aux personnes morales⁵²⁵

Aux termes de l'article 7bis du Code pénal, la seule peine *principale* prévue en matière criminelle, correctionnelle et de police, est l'*amende*⁵²⁶, étant donné que « la peine privative de liberté n'est ni applicable ni transposable comme telle aux personnes morales »⁵²⁷.

⁵²⁴ La Cour de cassation a ainsi considéré que « lorsque le juge prononce une peine d'amende inférieure au minimum légal du chef d'un délit déclaré établi et prononce, en outre, une peine de police, le délit pour lequel cette peine est infligée devient une contravention » (Cass., 5 juin 2012, *N.C.*, 2012, p. 316). La diminution de la peine résulte de l'application de l'article 163, alinéa 4 du Code d'instruction criminelle et non de l'admission de circonstances atténuantes (A. DE NAUW, « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. pén. crim.*, 2013, n° 5, p. 405).

⁵²⁵ A ce sujet, cf. notamment O. LEROUX, « Les sanctions pénales », *La responsabilité des personnes morales en Belgique*, op. cit., p. 165 et s.

⁵²⁶ A cet égard, cf. notamment R. VERSTRAETEN et B. SPIRIET, « De rechtspersoon en zijn geldboete », *Liber amicorum Jean du Jardin*, op. cit., p. 321 et s.

⁵²⁷ Développements précédant la proposition de loi du 23 décembre 1998 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, déposée par M. VANDENBERGHE et crts., *Doc.*, Sénat, 1998-1999, n° 1217/1, p. 7.

Soucieux de maintenir le parallélisme le plus étroit possible avec les peines applicables à des personnes physiques pour les mêmes faits, le législateur a consacré, aux termes de l'article 41*bis* du Code pénal, un mécanisme de conversion entre les peines privatives de liberté prévues à l'égard des unes et les peines d'amende applicables aux autres, tout en évitant que les personnes physiques puissent être punies plus sévèrement que des personnes morales.

La Cour de cassation a précisé, qu'en l'absence de disposition légale spécifique, l'amende ne peut s'accompagner d'une peine subsidiaire telle l'emprisonnement ou la déchéance du droit de conduire⁵²⁸. En revanche, le montant de l'amende doit être majoré des décimes additionnels⁵²⁹.

Selon la même logique, les peines de surveillance électronique, de travail et de probation autonome, à défaut d'être énumérées à l'article 7*bis*, ne peuvent être appliquées aux personnes morales.

La peine d'amende, prononcée à titre principal, peut également être accompagnée de peines accessoires.

Certaines peines accessoires prévues à l'égard des personnes physiques, comme l'interdiction de certains droits civils et politiques ou la destitution des titres, grades, fonctions, emplois et offices publics, ont été considérées comme difficilement transposables aux personnes morales. En revanche, la *confiscation spéciale* est directement applicable en matière criminelle, correctionnelle et de police, sous la seule réserve que la *confiscation spéciale* prévue à l'article 42, 1°, prononcée à l'égard des personnes morales de droit public, ne peut porter que sur des biens civilement saisissables (art. 7*bis*, al. 2, 2°).

Les articles 35 à 37*bis* du Code pénal prévoient des peines accessoires spécifiques aux personnes morales en matière correctionnelle et criminelle (« Des peines communes aux crimes et aux délits applicables aux personnes morales »). Ainsi, la *publication* ou la *diffusion* de la décision aux frais du condamné (art. 7*bis*, al. 2, 4°), peut être prononcée par le juge dans les cas déterminés par la loi (art. 37*bis*) ; la *dissolution*, qui ne peut être prononcée à l'égard des personnes morales de droit public (art. 7*bis*, al. 2, 1°), peut être décidée par le juge si la personne morale a été intentionnellement créée afin d'exercer les activités punissables pour lesquelles elle est condamnée ou si son objet a été intentionnellement détourné afin d'exercer de telles activités (art. 35, al. 1)⁵³⁰ ; l'*interdiction* temporaire ou définitive d'exercer une activité relevant de l'objet social de la personne morale peut être prononcée dans les cas prévus par la loi (art. 36), sauf pour les activités qui relèvent d'une mission de service public (art. 7*bis*, al. 2, 2°) et, enfin, la *fermeture* temporaire ou définitive d'un ou plusieurs établissements peut également être prononcée dans les cas prévus par la loi (art. 37), mais ne peut porter sur des établissements où sont exercées des activités qui relèvent d'une mission de service public (art. 7*bis*, al. 2, 3°).

Enfin, rappelons que la loi du 11 juillet 2018 a supprimé l'immunité pénale des entités de droit public. Désormais responsables pénalement, les entités de droit public énumérées à l'article 7*bis*, dernier alinéa du Code pénal, ne peuvent toutefois se voir infliger de peine et seule une simple déclaration de culpabilité peut être prononcée à leur égard.

⁵²⁸ Cass., 7 septembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 387 ; Cass., 2 décembre 2008.

⁵²⁹ Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal*, La Charte, Bruxelles, 2018, p. 207.

⁵³⁰ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE soulignent que la dissolution des personnes morales peut être assimilée à la peine de mort (*Manuel de droit pénal général*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 458).

Section 4. La mesure de la peine

Nous examinerons, dans cette section, les différentes circonstances qui sont légalement susceptibles de jouer un rôle dans la détermination de la peine⁵³¹. Celles-ci sont de nature différente et peuvent tantôt entraîner un allègement de la peine, tantôt une aggravation de celle-ci.

Au départ, avec le Code pénal classique de 1791, cette question ne se posait pas : les peines étaient fixes et le juge était réduit au rôle de « bouche de la loi ». Le juge n'était pas véritablement acteur dans le prononcé de la peine. Avec l'abandon dès 1810 de ce système de peines fixes au profit d'un système de peines flexibles, fondé sur un minimum et un maximum légal, liées au processus d'individualisation et de diversification de la peine, les choses changent : le juge acquiert un rôle d'acteur dans le processus pénal.

Le juge pénal a donc une certaine marge de liberté en ce qui concerne le choix de la peine dans le respect des cadres fixés par la loi pénale (choix dirigé). Mais son choix est aussi un choix contrôlé qui passe par une exigence de motivation de la peine, exigence d'ordre public prescrite à peine de nullité.

§ 1. La motivation de la peine

A. L'étendue de la motivation en matière correctionnelle

L'article 149 de la Constitution stipule que « tout jugement est motivé » et emporte une obligation générale de motivation qui prévaut en toutes matières.

La loi du 27 avril 1987⁵³² (modifiant les articles 163 et 195 du Code d'instruction criminelle) impose une obligation spéciale de motivation en matière pénale, afin d'éviter toute forme d'arbitraire.

« En imposant aux tribunaux correctionnels statuant en première instance et aux cours d'appel une motivation plus étendue et plus précise que celle qui suffisait auparavant, le législateur cherchait notamment à éviter le risque d'arbitraire, risque créé par l'individualisation et la diversification des peines, à faciliter l'exécution de celles-ci et à augmenter la cohérence dans l'application du droit »⁵³³.

Elle énonce l'objet de la motivation ainsi que sa nature : « Le jugement indique, d'une manière qui peut être succincte mais doit être précise, les raisons du choix que le juge fait de telle peine ou mesure parmi celles que la loi lui permet de prononcer. Il justifie, en outre, le degré de chacune des peines ou mesures prononcées » (art. 195, al. 2). Les lois du 24 décembre 1993 et du 20 juillet 2005 ont complété cette disposition en ajoutant : « Lorsqu'il condamne à une peine d'amende, il tient compte, pour la détermination de son montant, des éléments invoqués par le prévenu eu égard à sa situation sociale ». Le juge peut prononcer une peine d'amende inférieure au minimum légal si le contrevenant soumet un document quelconque qui apporte la preuve de

⁵³¹ On ne confondra pas l'exigence de motivation portant sur la peine et celle portant sur le verdict de culpabilité. Pour plus de précisions sur la motivation du verdict de culpabilité ou d'innocence, voy., sur la motivation en matière correctionnelle, F. KUTY, « L'exigence de motivation en matière correctionnelle : un prévisible revirement de jurisprudence », *J.T.*, 2011, p. 661 à 664 et, sur la motivation en matière criminelle, *La réforme de la cour d'assises*, Ch. Guillaïn et A. Wustefeld (dir.), Limal, Anthemis, 2011.

⁵³² J. SACE, « La loi belge du 27 avril 1987 sur la motivation des peines », *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, p. 961 et s. ; Fr. CLOSE, « La loi du 27 avril 1987 sur la motivation des peines », *J.L.M.B.*, 1987, p. 1405 et s. ; P. HENRY, « Motivation de la nature et du taux des peines », *J.L.M.B.*, 1988, p. 643 et s. ; L. DUPONT, « De motivering van de strafbepaling », note sous Cass., 6 novembre 1990, *R.W.*, 1990-1991, p. 505 et s. ; D. HOLSTERS, « Motivering van de straf: waarborg voor de beklaagde? », *Liber amicorum Jean du Jardin*, op. cit., 2001, p. 31 et s. ; A. SMETRYNS, « De motiveringsverplichting van de strafrechter. Een algemene inleiding », *C.A.B.G.*, 2005/1 ; M. VAN DE KERCHOVE, « La motivation des peines et la pluralité de leurs objectifs », *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 1059 et s. ; P. MAFFEI, « La motivation des décisions judiciaires en matière répressive et son contrôle par la Cour de cassation de Belgique », *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, n° 9-10, p. 889 et s.

⁵³³ C.A., 14 juin 2000, n° 71/2000.

sa situation précaire⁵³⁴. La loi s'applique aux différentes peines principales, accessoires et subsidiaires (peines privatives de liberté, amendes, interdiction de certains droits, confiscation⁵³⁵...) ⁵³⁶ ainsi qu'aux mesures. L'obligation ne s'étend toutefois pas aux tribunaux de police, sauf lorsque le jugement prononce la déchéance du droit de conduire un véhicule, un aéronef et une monture (art. 163, al. 2 C.I.cr.). Cette exclusion n'a pas été justifiée discriminatoire par la Cour d'arbitrage :

« La dérogation de l'obligation spéciale de motivation des peines de police « a été justifié par le 'peu de gravité des peines généralement prononcées' par les tribunaux de police, par le fait que 'les infractions poursuivies sont mieux connues des justiciables' et par le souci 'de ne pas entraver le règlement rapide des affaires de police' »⁵³⁷.

La loi du 7 février 2003 a complété l'article 163 du Code d'instruction criminelle dans les mêmes termes que ceux de l'article 195 en ce qui concerne la situation sociale et financière du contrevenant.

Le cas échéant, le jugement de condamnation mentionne si la personne condamnée réunit les conditions déterminées à l'article 25, § 2, d) ou e), ou à l'article 26, § 2, d) ou e), de la loi du 17 mai 2006 (...) » (libération conditionnelle, mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou en vue de la remise). Si des éléments de la médiation, telle que prévue à l'article 555, § 1er du Code d'instruction criminelle, sont portés à la connaissance du juge, il en est fait mention dans le jugement et le juge peut en tenir compte et le mentionne, le cas échéant, dans le jugement. S'il prononce une peine privative de liberté effective ou l'internement, il doit en informer les parties de l'exécution de cette peine ou de cette mesure et des éventuelles modalités d'exécution de la peine ou de l'internement. Il doit informer la partie civile des possibilités d'être entendue dans le cadre de l'exécution de la peine ou de l'internement au sujet des conditions qui doivent être imposées dans l'intérêt de la partie civile.

Depuis la loi du 21 décembre 2017, le juge doit également indiquer s'il assortit la peine d'une période de sûreté (voir ci-après).

Par ailleurs, les lois instaurant les peines dites alternatives ont prévu que le juge qui refuse de prononcer une peine de surveillance électronique (art. 37ter, § 4, al. 2 C. pén.), une peine de travail (art. 37quinquies, § 3, al. 2 C. pén.)⁵³⁸ ou une peine de probation autonome (art. 37octies, § 3, al. 2 C. pén.) doit motiver sa décision.

Enfin, en vertu de l'article 3, alinéa 4 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, l'obligation de motiver concerne également la décision d'ordonner ou de ne pas ordonner la suspension du prononcé de la condamnation⁵³⁹. En vertu de l'article 8, § 1^{er}

⁵³⁴ A cet égard, cf. notamment A. JACOBS, « L'adaptation de l'amende à la situation sociale du condamné (art. 195, al. 2 du Code d'instruction criminelle) », *op. cit.*, p. 267 et s.

⁵³⁵ Cass., 2 octobre 2018, RG. n°P.18.276.N, disponible sur www.cass.be.

⁵³⁶ Cass., 18 septembre 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 676, note ; Cass., 31 mars 1992, *Pas.*, I, p. 694 : est illégale la décision qui aggrave la peine d'emprisonnement subsidiaire prononcée par le premier juge sans en indiquer le moindre motif.

⁵³⁷ C.A., 14 juin 2000, n° 71/2000.

⁵³⁸ La Cour de cassation a, dans un premier temps, estimé qu'en motivant les peines qu'il prononce de préférence à la peine de travail, le juge motive régulièrement sa décision de ne pas prononcer celle-ci (Cass., 12 février 2003, *Rev. dr. pén. crim.*, 2003, p. 921, note anonyme, « La motivation du refus d'appliquer la peine de travail », et *J.L.M.B.*, 2003, p. 1310, obs. A. Jacobs. La Cour s'est montrée plus stricte par la suite en considérant que le refus d'octroyer une peine de travail « doit être motivé par des considérations distinctes de la motivation relative au choix et au degré de la peine prévue par l'article 195, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle » (Cass., 24 septembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 504, avec les conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch).

⁵³⁹ Cass., 29 septembre 1999, *Pas.*, I, p. 492. La Cour de cassation considère néanmoins que le juge qui motive la déchéance du droit de conduire eu égard à la gravité des faits, motive régulièrement le refus d'octroyer au prévenu la suspension du prononcé (Cass., 27 mai 2009, *Pas.*, 2009, n° 350, avec les conclusions contraires de l'avocat général D. Vandermeersch). De même, « le rejet d'une

de la même loi, elle concerne aussi la décision ordonnant ou refusant le sursis et, le cas échéant, la probation.

La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'omission par un juge d'avoir égard à des circonstances atténuantes de l'illégalité du comportement du prévenu vicie son raisonnement sur la culpabilité au point d'emporter une violation de l'article 6, § 1, de la Convention⁵⁴⁰.

B. La période de sûreté

La loi du 21 décembre 2017 modifiant diverses dispositions en vue d'instaurer une période de sûreté (et modifiant la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive en ce qui concerne l'arrestation immédiate) autorise désormais les cours et tribunaux (tribunal correctionnel, cour d'appel et cour d'assises) à assortir la condamnation à une peine privative de liberté pour des infractions d'une certaine gravité, d'une période de sûreté « avant l'échéance de laquelle aucune libération anticipée ne peut intervenir »⁵⁴¹.

La mesure a été annoncée dans l'accord de gouvernement du 11 octobre 2014⁵⁴² et a été justifiée par le ministre de la Justice en raison du « climat actuel » et de « l'opinion publique » qui « veulent moins de clémence vis-à-vis des personnes condamnées »⁵⁴³. Elle a soulevé maintes critiques, notamment en raison de son impact potentiel sur la surpopulation carcérale et de son empiètement sur les compétences du tribunal de l'application des peines, davantage outillé pour prendre en considération les possibilités d'amendement et de réinsertion du condamné⁵⁴⁴. La loi fait actuellement l'objet d'un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle, introduit par la Ligue des droits de l'Homme et le Syndicat des avocats pour la démocratie pour violation des articles 13 et 14 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 157, alinéa 4 de la Constitution, et des articles 10 et 11 de la Constitution.

La Cour constitutionnelle a, dans un arrêt du 19 novembre 2020⁵⁴⁵, rejeté le recours. Après avoir rappelé que la politique répressive relève du pouvoir d'appréciation du législateur qui peut se montrer sévère dans les matières où les infractions peuvent porter gravement atteinte aux droits fondamentaux des individus et aux intérêts de la collectivité, la haute juridiction a défini la période de sûreté comme un élément aggravant la peine, faisant partie intégrante de celle-ci⁵⁴⁶. La Cour la distingue des mesures qui peuvent être prises par le tribunal d'application des peines en ce qu'elle remplit une fonction d'individualisation de la peine, décidée par le juge

demande de suspension du prononcé de la condamnation formulée par le prévenu à titre subsidiaire et sans motif est régulièrement motivé et légalement justifié par la seule prononciation d'une peine qui, soit est elle-même motivée, soit ne l'est pas dans le cas où la loi en dispense le juge » (Cass., 2 mars 2011, *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 914). Comme on peut le constater, la Cour ne tient pas le même raisonnement que pour la peine de travail et se montre moins exigeante quant à l'obligation spéciale de motivation pour la suspension du prononcé. Un arrêt plus récent semble toutefois changer la donne en décidant qu'en se référant uniquement à la nature et à la gravité des faits, le juge ne répond pas à l'obligation spéciale de motivation en cas de refus d'octroyer une suspension du prononcé sollicitée par le prévenu, Cass., 8 novembre 2016, *Pas.*, 2016, n° 268.

⁵⁴⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Paixão Moreira Sá Fernandes c. Portugal*, 25 février 2020.

⁵⁴¹ Accord de gouvernement du 11 octobre 2014, p. 118 et Projet de loi modifiant la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive concernant l'arrestation immédiate et introduisant une période de sûreté (ci-après Projet de loi), *Doc. Parl. Ch. Repr.*, n° 54-2731/1, p. 5.

⁵⁴² Accord de gouvernement du 11 octobre 2014, pp. 117-118.

⁵⁴³ Projet de loi, *Doc.*, Ch., n° 54-2731/3, p. 12.

⁵⁴⁴ Avis d'avocats.be sur le projet de loi modifiant la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive concernant l'arrestation immédiate et introduisant une période de sûreté, n° 2731/1 ; J.-F. FUNCK, « Libération conditionnelle : les nouvelles périodes de sûreté », *Actualités*, CRID&P, Louvain-La-Neuve, 6 février 2018 ; Fr. KUTY, *op. cit.*, p. 573 à 602.

⁵⁴⁵ C.C., 19 novembre 2020, n° 147/2020.

⁵⁴⁶ C.C., 19 novembre 2020, n° 147/2020, B.17.1.

pénal compte tenu de la gravité des faits et de l'attitude et de la personnalité de leur auteur et qu'elle n'a pas pour objet de participer à la réinsertion du condamné.

Malheureusement, dans cet arrêt de rejet, la Cour constitutionnelle ne s'est pas penchée sur les choix du législateur quant aux infractions permettant de prononcer cette mesure. Elle a estimé que « sans qu'il soit nécessaire (...) de comparer les infractions citées par les dispositions attaquées avec toutes les autres infractions visées par le Code pénal et les lois particulières, il peut être admis que les infractions qui peuvent donner lieu au prononcé par le juge pénal d'une période de sûreté figurent parmi les plus graves. A cet égard, il ya lieu de relever que si la sévérité de la peine fixée par la loi est assurément un indicateur prééminent de la gravité de l'infraction concernée, le législateur a pu prendre en considération d'autres éléments pour établir la liste des infractions susceptibles de donner lieu par le juge pénal d'une période de sûreté. »⁵⁴⁷

La période de sûreté peut être envisagée dans deux hypothèses qui vont en déterminer la durée.

Premièrement, en cas d'une condamnation à une peine privative de liberté dont la partie à exécuter s'élève à plus de trois ans et à moins de trente ans⁵⁴⁸, pour une des infractions suivantes : infractions contre la sûreté de l'Etat (art. 101 à 136 C. pén.), infractions terroristes (art. 137 à 141^{ter} C. pén.), violations graves du droit international humanitaire (art. 136^{bis} à 136^{octies} C. pén.), viol et attentat à la pudeur ayant entraîné la mort (art. 376, al. 1^{er} C. pén.), assassinat de fonctionnaires de police en raison de leur qualité (art. 394 C. pén.), torture ayant entraîné la mort sans intention de la donner (art. 477^{ter}, al. 3, 2^o C. pén.) et enlèvement et détention de mineurs ou de personnes vulnérables ayant entraîné la mort (art. 428, § 5 C. pén.). Dans ce cas, les cours et tribunaux peuvent décider que la personne condamnée ne peut saisir le tribunal de l'application des peines pour solliciter une libération conditionnelle, une mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou en vue de la remise, avant d'avoir subi deux tiers de sa peine (art. 195, al. 4 et 344, al. 4 C.i.cr). Il s'agit d'une durée maximale, laissée à l'appréciation du juge du fond qui « peut aussi, de manière facultative, fixer une fraction plus petite, par exemple un demi ou trois cinquièmes. Il n'est pas possible de fixer une fraction plus petite qu'un tiers puisqu'il s'agit de la condition minimale de temps prévue dans la loi sur l'exécution des peines »⁵⁴⁹.

Deuxièmement, en cas de condamnation à un emprisonnement correctionnel de trente ans ou plus, quelle que soit l'infraction commise, les cours et tribunaux peuvent décider que les modalités d'exécution de la peine privative de liberté précitées ne peuvent être accordées qu'après que la personne condamnée ait subi au minimum quinze ans et au maximum vingt-cinq ans de cette peine (art. 195, al. 5 et 344, al. 5 C.i.cr).

⁵⁴⁷ C.C., 19 novembre 2020, n° 147/2020, B.16.2.

⁵⁴⁸ Comme le souligne Fr. Kuty, suite à l'arrêt d'annulation de la Cour constitutionnelle n° 148/2007 du 21 décembre 2017 à propos de la loi du 5 février 2016 dite « pot-pourri II », le tribunal correctionnel ne peut plus prononcer de peines d'emprisonnement supérieure à vingt ans, Fr. KUTY, « La loi du 21 décembre 2017 modifiant diverses dispositions en vue d'instaurer une période de sûreté. La peine irrémédiable, la loi de la désillusion ? », *Rev. dr. pén.*, 2018, n° 5, p. 589. Néanmoins, en cas de récidive, le tribunal correctionnel pourrait aller jusqu'à trente ans d'emprisonnement. Sur ce point, voy. Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal*, La Charte, Bruxelles, 2018, p. 342.

⁵⁴⁹ Projet de loi, *Doc.*, Ch., n° 54-2731/1, p. 6.

La mesure, qui n'est jamais obligatoire⁵⁵⁰, est laissée à l'appréciation du juge qui doit la motiver⁵⁵¹ « en fonction des spécificités du dossier et de la personnalité de la personne condamnée »⁵⁵².

Le prononcé d'une période de sûreté induit dès lors un report de la date d'admissibilité, actuellement en vigueur, pour bénéficier de la libération conditionnelle⁵⁵³. En effet, aux termes de l'article 25 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté, tout condamné à une peine d'emprisonnement (ou de réclusion) de trois à trente ans, peut demander au tribunal d'application des peines d'être libérée conditionnellement après avoir purgé un tiers de sa peine (deux tiers en cas de récidive), sans pouvoir excéder quatorze ans. Dans le cas de peines d'emprisonnement ou de réclusion de trente ans ou à perpétuité, le condamné doit avoir subi au minimum quinze ans de sa peine s'il est « primaire » et dix-neuf voire vingt-trois s'il est « secondaire », soit s'il a été condamné en état de récidive⁵⁵⁴.

La période de sûreté s'apparente ainsi à une peine incompressible dans la mesure où le condamné ne peut envisager aucune libération anticipée avant le terme fixé par le juge du fond⁵⁵⁵.

La période de sûreté pose la question de son application aux faits commis avant, mais jugés après son entrée en vigueur le 21 janvier 2018⁵⁵⁶. Dès lors que la période de sûreté est ordonnée par une juridiction de fond et qu'elle a une incidence sur la durée de la peine à exécuter par le condamné, elle relève assurément de la matière pénale⁵⁵⁷. Une analogie peut ainsi être opérée avec la rétention de sûreté en France qui a été considérée comme un « complément de peine revêtant le caractère d'une sanction punitive »⁵⁵⁸.

Dans son avis sur l'avant-projet de loi, le Conseil d'État a estimé que la période de sûreté doit être considérée comme « un élément de la gravité de la peine », au sens de l'article 14 de la Constitution et non comme une modalité de son exécution, au sens de l'article 157, alinéa 4, du même texte : « une durée minimale fixée par la loi, en fonction de la gravité de l'infraction, doit être considérée comme un élément de la gravité de la peine. Bien que pareille durée minimale soit déterminante pour le moment à partir duquel le tribunal de l'application des peines peut prendre sa décision concernant la libération conditionnelle, elle ne concerne elle-même aucune décision relative à l'exécution de la peine ». Le législateur ne se limite ainsi pas « à fixer, in abstracto, une durée minimale pour certaines infractions, mais permet au juge d'apprécier, *in concreto*, dans l'hypothèse où une infraction visée au projet est commise, s'il est nécessaire de

⁵⁵⁰ Projet de loi, *Doc.*, Ch., n° 54-2731/3, p. 4.

⁵⁵¹ Raison pour laquelle, la modification a été insérée aux articles 195 et 344 du Code d'instruction criminelle, relatifs à la motivation des jugements en matière correctionnelle et criminelle. Voy., aussi, les modifications apportées à la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine (art. 25, 26 et 54).

⁵⁵² Projet de loi, *Doc.*, Ch., n° 54-2731/1, p. 7.

⁵⁵³ Le projet de loi évoque la possibilité pour le juge du fond de fixer « une période de sûreté, c'est-à-dire une date d'admissibilité pour la procédure de libération conditionnelle postérieure à celle prévue par la loi du 17 mai 2006 », Projet de loi, *Doc.*, Ch., n° 54-2731/1, p. 5.

⁵⁵⁴ Le prononcé d'une période de sûreté n'a en revanche aucune incidence sur les autres modalités d'exécution de la peine dont la partie à exécuter est supérieure à trois ans, soit la détention limitée ou la surveillance électronique, ni évidemment sur les modalités qui ne dépendent pas du seuil de trois ans (congé pénitentiaire, permission de sortie, interruption de l'exécution de la peine, libération d'un étranger sans titre de séjour en vue de son éloignement ou de son transfert vers un centre fermé pour illégaux et libération provisoire pour raisons médicales).

⁵⁵⁵ Fr. KUTY, *op. cit.*, p. 583.

⁵⁵⁶ Voy. aussi, Syllabus, I, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, §1. L'application de la loi pénale dans le temps.

⁵⁵⁷ Selon Kutu, il s'agit « d'une mesure affectant l'exécution de la peine qui en constitue un élément qui en fait partie intégrante et forme avec celle-ci un tout indivisible qui les rend solidaires en raison du lien existant entre la durée de la peine qu'elle assortit et la mesure dans laquelle elle en affecte l'exécution », Fr. KUTY, *op. cit.*, p. 582.

⁵⁵⁸ Décision n° 2008-562 du Conseil constitutionnel français du 21 février 2008 à propos de la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, p. 5.

fixer une ‘période de sûreté’ »⁵⁵⁹. Au cours des travaux parlementaires, des députés ont également souligné que « la période de sûreté fait partie de la fixation de la peine. C’est le juge pénal qui inflige la peine et qui détermine à cette occasion qu’une partie donnée de celle-ci doit être subie » de sorte que « la période de sûreté s’applique (...) seulement aux nouvelles infractions commises après l’entrée en vigueur de la loi en projet »⁵⁶⁰.

Dans son arrêt du 19 novembre 2020, la Cour constitutionnelle a rappelé opportunément que le principe de non-rétroactivité de la loi pénale est applicable aux dispositions de cette nature qui aggravent la situation du condamné en alourdissant la peine infligée⁵⁶¹.

Dans l’affaire Salah Abdeslam et Sofien Ayari, où les deux prévenus ont été condamnés à vingt ans pour tentative d’assassinat à caractère terroriste sur plusieurs policiers et détention illégale d’armes, le ministère public a sollicité le prononcé d’une période de sûreté. Dans son jugement du 23 avril 2018, le tribunal correctionnel n’a pas fait droit à cette demande estimant que la période de sûreté constitue un élément de gravité de la peine, les articles 2 du Code pénal et 7 de la Convention européenne des droits de l’homme s’opposant à ce qu’elle puisse rétroagir à la date des faits, commis le 15 mars 2016⁵⁶². En revanche, la cour d’appel de Liège a considéré que la période de sûreté ne fait pas partie intégrante de la peine au sens de l’article 7 de la Convention européenne des droits de l’homme de sorte qu’elle est d’application immédiate⁵⁶³. Cet exemple illustre la volatilité des notions mobilisées par le juge, tout comme la nécessité d’une intervention législative afin de considérer que toute la « matière pénale » ne puisse faire l’objet d’une application rétroactive dès lors qu’elle a une incidence sur le sort du prévenu.

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

« La période de sûreté n’est pas une nouvelle peine. Néanmoins, (...), la période de sûreté, fixée par le juge qui prononce la peine, fait partie intégrante de celle-ci. Même si elle a une incidence directe sur l’exécution de la peine, elle ne constitue pas une mesure relevant de son application. Il ressort de la jurisprudence citée en B.21 que le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale est applicable aux dispositions de cette nature qui aggravent la situation du condamné en alourdissant la peine infligée »⁵⁶⁴.

C. Certaines résistances

Dans une série d’arrêts, la Cour de cassation a balisé l’étendue du terrain de la motivation de la peine. Ainsi, elle a décidé que le juge n’est pas tenu par l’obligation de motivation spéciale lorsqu’il a choisi la solution la plus avantageuse pour le prévenu.

« Le juge qui ne condamne le prévenu qu’à une amende du chef d’une infraction punie d’un emprisonnement et/ou d’une amende ne doit pas préciser les raisons du choix de cette peine »⁵⁶⁵

⁵⁵⁹ Projet de loi, *Doc.*, Ch., n° 54-2731/1, p. 31.

⁵⁶⁰ Projet de loi, *Doc.*, Ch., n° 54-2731/3, pp. 15-16. Tout autre chose est de savoir si la loi empiète sur les compétences du tribunal de l’application des peines appelé à statuer, aux termes de l’article 157 de la Constitution, sur les modalités d’exécution de la peine. Sur ce point, voy. F. KUTY, *op. cit.*, p. 579 et 580 et J.-F. FUNCK, *op. cit.*

⁵⁶¹ C.C., 19 novembre 2020, n° 147/2020, B.23.1.

⁵⁶² Corr. Bxl, 23 avril 2018, *Rev. dr. pén.*, 2019, n° 2, p. 187 à 207 et note D. de BECO, A. de BROUWER et Ch. GUILLAIN. Dans le même sens, Corr. Liège, div. Liège, 16 février 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 640.

⁵⁶³ Liège (18ème ch.), 26 février 2019, *J.L.M.B.*, 2019, pp. 637 à 640.

⁵⁶⁴ C.C., 19 novembre 2020, n° 147/2020, B.23.1.

⁵⁶⁵ Cass., 6 novembre 1990, *R.W.*, 1990-1991, pp. 1200 et s., note M. De Swaef ; Cass., 19 octobre 2005.

Il en va de même pour le juge qui condamne à une peine d'amende en tenant compte, pour la fixation de son montant, des éléments invoqués par le prévenu eu égard à sa situation sociale⁵⁶⁶ ou si le juge inflige une sanction qu'il était tenu de prononcer⁵⁶⁷. Ainsi, la cour d'assises qui condamne l'accusé à la réclusion à perpétuité ne doit pas motiver les peines accessoires accompagnant obligatoirement cette condamnation⁵⁶⁸. Il ne doit pas non plus motiver les peines qu'il s'abstient d'infliger.

« L'obligation spéciale d'indiquer les raisons du choix de la peine parmi celles que la loi permet de prononcer n'est imposée au juge qu'à l'égard des peines qu'il choisit de prononcer, et ne concerne pas celles qu'il s'abstient d'infliger »⁵⁶⁹.

Le juge n'est pas tenu à des motifs distincts dès lors que les raisons qu'il donne justifient à la fois le choix de la peine et le degré de celle-ci⁵⁷⁰.

Les résistances que la motivation des peines, qui est un principe général de droit, a historiquement suscitées, montrent l'ambivalence de cette exigence⁵⁷¹. Si elle assure la transparence de la justice pénale, elle révèle aussi ses mystères ; si elle peut accroître la confiance, elle peut aussi semer le doute. La mise en œuvre de la loi du 27 avril 1987, qui a suscité une jurisprudence abondante, permet de dresser le tableau suivant⁵⁷². Ont notamment été considérés comme conformes aux exigences de la loi les motifs qui se réfèrent à la gravité des faits⁵⁷³, aux antécédents judiciaires⁵⁷⁴, à la personnalité du prévenu⁵⁷⁵ et à son comportement⁵⁷⁶, ainsi qu'à ses chances d'amendement⁵⁷⁷. En revanche, ont été considérées comme *contraires* à la loi les motivations générales qui s'apparentent à de simples formules⁵⁷⁸ ou à des pétitions de principe⁵⁷⁹, celles qui se réfèrent à la manière dont le prévenu a entendu soutenir son innocence ou exercer sa défense⁵⁸⁰, celles qui se réfèrent à des faits pour lesquels le prévenu n'était pas poursuivi⁵⁸¹, celles qui font référence à une condamnation définitive

⁵⁶⁶ Cass., 12 septembre 2017, *N.C.*, 218, p. 394 et note L. Claes.

⁵⁶⁷ Cass., 19 octobre 2005.

⁵⁶⁸ Cass., 6 mai 2009, *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 945.

⁵⁶⁹ Cass., 18 mars 1998, *Rev. dr. pén.*, 1998, p. 914 ; Cass., 21 octobre 2008, qui fait application de ce principe à une décision rendue en degré d'appel : « Aucune disposition légale ne prescrit que le juge d'appel est tenu de motiver de manière distincte, hormis la motivation de la peine qu'il prononce, la raison pour laquelle la peine infligée par le premier juge est insuffisante ». Par ailleurs, en cas d'aggravation de la peine par la juridiction d'appel, la Cour de cassation a décidé que la décision devait, en vertu de l'article 211bis du Code d'instruction criminelle, être prise à l'unanimité de ses membres (Cass., 11 juin 2008).

⁵⁷⁰ Cass., 10 juin 1998, *J.T.*, 1998, p. 640.

⁵⁷¹ Comme le souligne Fr. CLOSE, le juge ne doit pas « donner les motifs de ses motifs », c'est-à-dire donner la raison pour laquelle sa décision n'a pas été autre (« La loi du 27 avril 1987 sur la motivation des peines », *J.L.M.B.*, 1987, p. 1408). Voy. Cass., 10 février 1988, *Pas.*, I, p. 687 : « si le choix n'existe pas, notamment lorsque, en application de la loi, la peine est nécessairement l'emprisonnement, le juge qui la prononce n'est pas tenu d'en indiquer les raisons ».

⁵⁷² Voy. l'analyse des premières décisions de la Cour de cassation : H.-D. BOSLY, F. GORLE et Ph. QUARRE, « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. dr. Pén.*, 1989, p. 1118 et 1119 ; 1990, p. 1091 et 1092 ; J. SPREUTELS, « Le contrôle de la motivation de la sanction pénale », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à J. Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 901 et S. ; J. DE CODT, « La mesure de la peine », *IDj*, 1994, p. 335 et s. ; J.-L. DENIS, « La motivation des peines », *Rev. dr. Pén.*, 1997, p. 1023 et s. Pour la jurisprudence plus récente, cf. notamment M. VAN DE KERCHOVE, « La motivation des peines et la pluralité de leurs objectifs », *op. cit.*, p. 1055 et s.

⁵⁷³ Cass., 10 février 1988, *Rev. dr. pén.*, 1988, p. 693 ; Cass., 2 mars 1988, *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, p. 702 ; Cass., 4 janvier 1989, *Pas.*, I, p. 474 ; Cass., 1^{er} mars 1989, *Rev. dr. pén.*, 1989, p. 679 ; Cass., 27 novembre 1996, *Dr. circ.*, 1997, p. 223 ; Cass., 23 juin 1999 ; Cass., 8 juin 2005.

⁵⁷⁴ Cass., 4 janvier 1989, *Pas.*, I, p. 476.

⁵⁷⁵ Cass., 14 décembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 421 ; Cass., 10 janvier 1989, *Pas.*, I, p. 500 ; Cass., 21 février 1989, *Pas.*, I, p. 627 ; Cass., 16 juin 2004 ; Cass., 7 octobre 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1781.

⁵⁷⁶ Cass., 5 octobre 1988, *Rev. dr. pén. crim.*, 1989, p. 103.

⁵⁷⁷ Cass., 4 janvier 1989, *Pas.*, I, p. 476 ; Cass., 19 mai 1999, *J.T.*, 1999, p. 645.

⁵⁷⁸ Cass., 2 mars 1988, *J.T.*, 1988, p. 10 ; Cass., 14 décembre 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 290 ; Cass., 27 juin 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1375.

⁵⁷⁹ Cass., 22 janvier 1992, *Pas.*, I, p. 441.

⁵⁸⁰ Cass., 6 mars 1990, *Pas.*, I, p. 796 ; Cass., 29 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 667, obs. F. KUTY ; Cass., 24 février 1999, *Pas.*, I, p. 112 ; Cass., 24 février 1999, *Pas.*, I, p. 113.

⁵⁸¹ Cass., 7 mai 1996, *J.T.*, 1997, p. 132.

effacée⁵⁸² ou celles qui invoquent la gravité de l'infraction sans indiquer les circonstances de celle-ci⁵⁸³.

Dans l'état actuel du droit, le législateur ne donne pas d'indication au juge sur la manière de choisir la peine parmi celles que la loi prévoit pour l'infraction⁵⁸⁴.

Dans son Rapport final remis en mai 2003, la Commission Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine (ou Commission Holsters), a dressé le double constat que « les critères sur lesquels les juges basent leur décision sont extrêmement variés » et que l'objectif consistant à « promouvoir l'utilisation des peines alternatives à l'enfermement... n'a pas été atteint »⁵⁸⁵. La Commission propose dès lors un « renforcement de l'obligation de motivation du juge » consistant à imposer à celle-ci de tenir compte des critères suivants : « les fonctions de la peine ; la personnalité de l'auteur des faits ; la gravité de l'infraction ; les réparations déjà effectuées ; les mesures ou décisions déjà subies dans le cadre de l'infraction ; les efforts déjà fournis en matière d'insertion sociale »⁵⁸⁶. Comme nous l'avons vu *supra*, dans le cadre des fonctions attribuées aux peines, l'Avant-projet de Code pénal (2016) attribue plusieurs objectifs à la peine⁵⁸⁷. L'avant-projet reste cependant silencieux sur l'obligation qui pèse sur le juge de motiver la peine en regard des objectifs énoncés, conformément aux articles 163 et 195 du Code d'instruction criminelle.

§ 2. Les circonstances aggravantes

Les circonstances aggravantes sont des circonstances prévues par la loi qui s'ajoutent à une infraction prévue à l'état simple et qui en aggravent la peine. Les circonstances aggravantes traduisent donc un jugement de gravité formulé par le législateur. On distingue donc « l'infraction simple ou de base », de « l'infraction qualifiée », qui est l'infraction principale aggravée par la survenance d'une circonstance aggravante.

Les circonstances aggravantes sont envisagées comme des éléments accidentels de l'infraction, et non pas comme des éléments constitutifs. Si elles ne se réalisent pas, l'infraction subsiste, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'un élément constitutif.

La distinction est parfois malaisée à établir, dans la mesure où une même circonstance peut, dans certains cas, être aggravante, et dans d'autres, être un élément constitutif d'une infraction, voire une infraction autonome. Par exemple, la violence peut être une circonstance aggravante du vol (article 468 du Code pénal), un élément constitutif de l'extorsion (article 470 du Code pénal) ou même un délit en soi : les coups ou blessures volontaires (article 398 du Code pénal). Autre exemple : la qualité de la victime – elle peut, dans certaines infractions, être un élément constitutif (art. 372 du Code pénal : attentat à la pudeur sans violences ni menaces sur un enfant de moins de seize ans) et dans d'autres une circonstance aggravante (art. 373, al. 3 : attentat à la pudeur avec violences et menaces sur un enfant de moins de seize ans).

⁵⁸² Cass., 23 juin 1999, *J.T.*, 2000, p. 51.

⁵⁸³ Cass., 5 octobre 1994, *J.L.M.B.*, 1996, pp. 697 et 1302 ; Cass., 7 mai 1997 ; Cass., 27 février 2002.

⁵⁸⁴ L'article 145 de l'*Avant-projet de Code pénal*, qui contient des recommandations en matière de pénalité, entendait combler cette lacune (*op. cit.*, p. 47 et exposé des motifs, p. 164). La Commission pour la révision du Code pénal s'était aussi engagée dans cette voie (*Rapport sur les principales orientations de la réforme, op. cit.*, p. 70).

⁵⁸⁵ Commission tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine, *Rapport final, op. cit.*, 2^e partie, p. 43.

⁵⁸⁶ Commission tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine, *Rapport final, op. cit.*, 2^e partie, p. 44.

⁵⁸⁷ *Voy. supra*, Section 3. Les fonctions des peines, § 5. L'avant-projet de Code pénal.

Autre exemple, le meurtre qui constitue une infraction autonome à l'article 393 du Code pénal, et une circonstance aggravante à l'article 475 du Code pénal, dans le cadre du meurtre pour faciliter le vol ou en assurer l'impunité⁵⁸⁸.

A. Caractéristiques

Les circonstances aggravantes affectent, de manière générale, l'*infraction* elle-même et non, comme en matière de récidive, l'auteur de celle-ci.

Par ailleurs, les circonstances aggravantes sont *légales*. Elles n'existent donc pas en dehors d'un texte qui les prévoit. Mais, si elles figurent dans la loi, elles sont obligatoires et elles doivent être invoquées d'office par le juge⁵⁸⁹, même pour la première fois en degré d'appel⁵⁹⁰. Rien n'empêche dès lors qu'une même infraction soit affectée de plusieurs circonstances aggravantes si la loi le prévoit (art. 472, al. 1 : vol qualifié commis à l'aide de deux des circonstances mentionnées à l'article 471).

Enfin, l'*aggravation* de la peine n'est pas uniquement un effet, mais un élément légalement constitutif de la circonstance aggravante. Ainsi, l'infanticide n'est pas une circonstance aggravante du meurtre ou de l'assassinat puisqu'il est puni de la même manière (art. 396 du Code pénal). Il en va de même pour la circonstance de mort résultant du viol commis sur un enfant de moins de dix ans (art. 375, dernier alinéa 5 et 376 du Code pénal). Il en résulte que les circonstances aggravantes ne sont pas incompatibles avec la récidive, les excuses ou les circonstances atténuantes, ces dernières permettant de diminuer voire de neutraliser l'augmentation de la peine découlant de la circonstance aggravante.

B. Répartition

Il n'y a pas dans le Code pénal ni dans les lois particulières un système général de cause d'aggravation, fondé par exemple sur l'âge de la victime ou sur le résultat, mais seulement des circonstances aggravantes prévues dans des infractions ou dans des groupes d'infractions déterminées. Nous ne trouvons donc pas de dispositions sur cette matière dans le livre I^{er} du Code pénal, il n'y a dès lors pas d'application de l'article 100 du Code pénal. Cela étant, la technique des circonstances aggravantes est très largement utilisée dans le droit pénal spécial où l'on en rencontre un nombre considérable.

Certaines infractions comme les attentats à la pudeur (art. 372 et s.) ou le viol (art. 375 et s.)⁵⁹¹, les coups ou blessures volontaires (art. 398 et s.) ou le vol avec ou sans violences (art. 461 et s.) s'articulent presque entièrement autour des circonstances aggravantes, l'infraction de base n'étant plus que le prétexte. Ainsi, le caractère raciste ou xénophobe de même que le mobile homophobe ou discriminatoire est érigé en circonstance aggravante de toutes les infractions d'homicide et de lésions corporelles volontaires (art. 405*quater* du Code pénal)⁵⁹². Il en va de même de la situation de vulnérabilité de la victime (en raison de son âge, d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale) qui constitue une circonstance aggravante de nombreuses infractions.

Les circonstances aggravantes sont traditionnellement regroupées selon leur caractère personnel ou réel.

⁵⁸⁸ P.E. TROUSSE, Les principes généraux du droit pénal positif belge, *op. cit.*, p. 432, n° 2786.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 437, n° 2810.

⁵⁹⁰ Cass., 22 juillet 1950, *Pas.*, I, p. 167, note R.H.

⁵⁹¹ Corr. Liège, 9 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 8.

⁵⁹² Voy. O. NERDERLANDT, « La loi du 14 janvier 2013 modifiant l'article 405*quater* du Code pénal et l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes – L'aggravation de la répression de la violence homophobe comme pédagogie de la tolérance ? », *J.T.*, 2013, p. 189 et s.

Les circonstances aggravantes *personnelles* ou *subjectives* concernent l'agent, la qualité de la victime ou les relations entre l'auteur ou la victime. Ainsi, l'auteur est une circonstance aggravante dans l'aide à l'évasion de détenus (art. 336 et 337), dans le parricide (art. 395 et 410), en matière de lésions corporelles volontaires commises envers son époux (art. 410, al. 2), dans la violation du secret des lettres (art. 460), dans le vol commis par un fonctionnaire public à l'aide de ses fonctions (art. 471).

Les circonstances aggravantes *réelles* ou *objectives* concernent les faits. Elles peuvent porter sur les procédés de l'infraction (art. 467 : le vol commis à l'aide d'effraction), sur les modalités de celle-ci (art. 121 : en état de siège, art. 472 : l'usage d'un véhicule volé) ou sur les conséquences (art. 347bis : la prise d'otage qui a causé la mort). En matière de lésions corporelles volontaires, le résultat des coups et des blessures (art. 399 à 401 : une incapacité temporaire, permanente ou la mort) constitue la mesure de l'incrimination, avec toutes les difficultés qui résultent de ce choix qui réserve une large part à l'effet du hasard⁵⁹³.

Dans la majorité des infractions qui assurent la protection pénale des mineurs, l'âge et parfois le sexe de l'enfant ou son état de besoin constituent des circonstances aggravantes réelles (art. 373, 375, 386, 405bis, etc.). De même, le fait pour la victime d'occuper un poste la mettant en contact avec le public (conducteur d'un réseau de transport public, agent pénitentiaire, facteur, pompier, ambulancier, enseignant, ...) constitue une circonstance aggravante de l'homicide et des coups et blessures volontaires si le coupable a commis l'infraction alors que la victime exerçait ses fonctions (art. 410bis)⁵⁹⁴. La préméditation est une forme particulière d'intention, un dessein réfléchi (« méditer à l'avance ») que le Code pénal érige en circonstance aggravante dans presque toutes les infractions de sang (art. 392 et s.).

La distinction entre les circonstances aggravantes subjectives (personnelles) et objectives (réelles) est utilisée pour déterminer la manière dont celles-ci se communiquent aux coauteurs et aux complices dans le cadre de la participation criminelle⁵⁹⁵. Dans cette perspective, la question de savoir si un élément prévu par la loi est un élément constitutif d'une infraction ou une circonstance aggravante revêt un enjeu particulier. Ainsi, en ce qui concerne le meurtre commis pour faciliter le vol ou en assurer l'impunité (art. 475 du Code pénal) : si le meurtre constitue une circonstance aggravante⁵⁹⁶ qui s'applique non seulement lorsqu'il y a vol consommé mais encore tentative de vol⁵⁹⁷ ; pour d'autres, le meurtre constitue un élément constitutif de l'infraction⁵⁹⁸.

C. Effets

De manière générale, les circonstances aggravantes entraînent une aggravation de la peine. Si, dans la majorité des cas, c'est le seuil maximum de la peine qui est augmenté, le législateur a

⁵⁹³ Fr. TULKENS, « Acteur social et création de la loi. Les coups et blessures volontaires : approche historique et critique », *Panopticon*, 1990, pp. 328 et s. Dans le Code pénal de 1791, le législateur avait « tarifé » les parties du corps humain : trois années de détention pour une jambe cassée, quatre années pour la perte de l'usage d'un œil, etc.

⁵⁹⁴ Voy. N. BLAISE, « L'article 410bis du Code pénal respecte-t-il les droits fondamentaux ? », *J.D.J.*, 2009, n° 289, p. 12 et s. Voy. aussi, l'article 410ter concernant les arbitres de manifestation sportive.

⁵⁹⁵ Cf. *supra*, Chapitre IV. L'auteur de l'infraction, Section 3. La participation criminelle, § 5. La répression de la participation criminelle, B. Les circonstances aggravantes.

⁵⁹⁶ Cass., 28 novembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 401.

⁵⁹⁷ Corr. Bruxelles, 15 avril 1991 ; Bruxelles, 16 mars 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, pp. 790 et s. ; Cass., 24 juin 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, p. 87, note ; *J.L.M.B.*, 1993, p. 27 ; *Pas.*, I, p. 954, concl. Av. gén. Janssens de Bisthoven ; *contra* : A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal spécial*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 326 et 327, n° 693 et les références citées : le meurtre ne peut être considéré comme circonstance aggravante que dans le cas où le vol a été consommé et non dans celui où il n'y a que tentative de vol, dans la mesure où l'article 476 du Code pénal qui prévoit un régime spécial « lorsque le vol aura été empêché par des circonstances indépendantes de la volonté des coupables » ne fait référence qu'aux articles 473 et 474 et non à l'article 475.

⁵⁹⁸ J. VERHAEGEN, « Meurtre pour faciliter le vol », *Rev. dr. pén. crim.*, 1975, p. 785 et s. ; C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal*, *op. cit.*, p. 60.

parfois rehaussé le seuil minimum. Ainsi, l'article 377 du Code pénal stipule que le minimum de l'emprisonnement est doublé si l'attentat à la pudeur avec violences ou menaces est notamment commis par un membre de la famille ou une personne qui a autorité sur la victime ou, encore l'article 371/2 du Code pénal concernant la diffusion non consensuelle d'images et d'enregistrements à caractère sexuel (« revenge porn » ou vengeance pornographique) qui prévoit que si l'auteur est mû par une intention méchante ou un but lucratif, le seuil minimal de la peine d'emprisonnement est porté à un an (au lieu de six mois) tandis que le maximum (cinq ans) reste inchangé⁵⁹⁹.

Les circonstances aggravantes peuvent également déterminer un changement de qualification de l'infraction (art. 397 du Code pénal : le meurtre commis par le moyen de substances qui peuvent donner la mort devient un empoisonnement ; art. 137 du Code pénal : les infractions énumérées, accompagnées des circonstances visées, deviennent des infractions terroristes). Elles peuvent aussi déterminer une transformation du caractère de l'infraction (art. 467 : le délit de vol se transforme en crime s'il a été commis avec effraction) ou de son objet (art. 123^{ter} : le but de lucre réduit l'infraction politique à l'infraction de droit commun dans les crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat), avec les conséquences procédurales qui en découlent.

§ 3. *Le concours d'infractions*

Le concours d'infractions est la situation où un individu doit répondre de plusieurs infractions dont aucune n'a encore fait l'objet d'un jugement définitif.

Une situation de concours pourra être constatée, tant par un seul tribunal, saisi des différentes infractions, que par des juridictions différentes, saisies chacune successivement ou concomitamment, d'une partie de ces infractions⁶⁰⁰.

Alors que l'état de récidive entraîne un renforcement de la peine, la situation de concours a pour effet, partiellement tout au moins, de la *réduire* ou de la *limiter*. C'est, comme nous l'avons vu, la condamnation qui fait la différence.

« La récidive vise la situation de l'individu qui, après avoir été condamné pénalement (existence d'antécédent judiciaire) commet une nouvelle infraction (...) ; le délit collectif vise, quant à lui, la situation de celui qui commet plusieurs infractions (...) dont aucune n'a fait l'objet d'une condamnation devenue définitive »⁶⁰¹.

Il s'agit d'un choix critiqué notamment par PRINS qui estime que le législateur a « construit une théorie hérissée de difficultés qu'il eût évitées en faisant du concours d'infraction une espèce de

⁵⁹⁹ Outre une amende de 200 à 10 000 euros, Loi du 4 mai 2020 visant à combattre la diffusion non consensuelle d'images et d'enregistrements à caractère sexuel ; Voy. L. KENNES, « Actualités de droit pénal spécial », in F. KUTY et C. GUILLAIN, *Actualités en droit pénal et exécution des peines*, Larcier, Bruxelles, 2020, pp. 107 – 115.

⁶⁰⁰ D. DE BECO, « Concours d'infractions », *Droit pénal et procédure pénale*, Kluwer, 2017, p. 11.

⁶⁰¹ Cass., 13 février 2002.

circonstance aggravante »⁶⁰². Il est vrai que le système du Code pénal⁶⁰³ est un compromis, marqué par le souci de ne pas additionner purement et simplement les peines prononcées pour chaque infraction sans toutefois adopter la peine unique dans tous les cas⁶⁰⁴.

Les articles 58 à 65 du Code pénal permettent de distinguer deux formes de concours que nous analyserons successivement : le concours matériel et le concours idéal.

Par application de l'article 100 du Code pénal, ces dispositions s'appliquent aux lois et règlements particuliers, sauf si ceux-ci y dérogent. Comme en matière de récidive, il peut exister une situation de concours entre une infraction prévue par le Code pénal et une infraction prévue par une loi particulière⁶⁰⁵.

A. Le concours matériel

L'hypothèse du concours matériel est celle où un individu commet plusieurs infractions *distinctes* qui n'ont aucun lien particulier entre elles. C'est la situation de la multi-délinquance à l'état simple dont la seule caractéristique, en l'espèce, réside dans le fait qu'il n'y a pas encore eu de condamnation définitive pour l'une des infractions au moment où les autres sont commises (même si des poursuites sont déjà engagées).

« Il y a concours matériel d'infractions au sens dudit article lorsque, par des actes successifs, le délinquant se rend coupable de plusieurs infractions sans avoir été condamné définitivement pour l'une d'elles au moment où il a perpétré les autres. L'article 60 du Code pénal s'applique non seulement lorsque les infractions concurrentes sont déférées simultanément aux juges mais aussi lorsqu'elles le sont successivement, soit au même tribunal soit à des tribunaux distincts »⁶⁰⁶.

Le concours matériel d'infractions est consacré aux articles 58 à 64 du Code pénal qui adopte un régime mixte qui est tantôt le cumul indéfini ou absolu, tantôt le cumul restreint ou limité, tantôt encore l'absorption.

Pour les *contraventions*, il y aura en principe cumul absolu (art. 58).

La Cour constitutionnelle a considéré que le cumul illimité de peines en cas de concours matériel de contraventions ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution :

« Il résulte du texte et des travaux préparatoires du Code pénal que le législateur n'a dérogé au principe du cumul que dans les cas où son application doit être tempérée par des considérations d'humanité. Le législateur a expressément considéré que tel n'est pas

⁶⁰² A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, op. cit., p. 317, n° 527, et p. 328 et 329, n° 547bis: « Les juges ont à se livrer à des calculs compliqués, à des supputations qui constituent de véritables chinoïseries. Et cette arithmétique bizarre n'a aucune utilité ; elle ne répond en rien aux intérêts bien entendus de la défense sociale ; elle n'oppose pas un obstacle quelconque à la criminalité. Il serait beaucoup plus naturel de faire du concours des infractions une circonstance aggravante ».

⁶⁰³ Rapport fait par J.J. HAUS au nom de la Commission du gouvernement, in J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, op. cit., p. 111-125.

⁶⁰⁴ Voy. la discussion sur ce point, par rapport notamment aux propositions de CHAUVÉAU et HELIE qui vont jusqu'au bout de la logique de la *théorie de l'avertissement* qui justifie les règles du concours: « Si le coupable avait été saisi après son premier crime, s'il avait reçu le solennel avertissement d'une première condamnation, peut-être n'eut-il pas commis les crimes auxquels il a été entraîné; l'inaction de la justice a en quelque sorte atténué ses fautes! », *ibid.*, p. 120, n° 274.

⁶⁰⁵ P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge, Les Nouvelles, Droit pénal*, t. I, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1956, vol. 2, 1962, n° 3328.

⁶⁰⁶ Cass., 25 avril 2012.

le cas dans l'hypothèse d'un concours de contraventions, vu le caractère peu infamant des peines de police »⁶⁰⁷.

Cependant, lorsque des peines de travail, des peines de surveillance électronique ou des peines de probation sont prononcées, leur durée cumulée ne peut dépasser respectivement trois cents heures, un an et deux ans (art. 58, al. 2). Comme en matière de récidive, la situation de concours ne modifie dès lors pas les plafonds maxima des peines dites alternatives. Par ailleurs, si les contraventions entrent en concours avec des délits, une limite sera fixée, celle qui est prévue en matière correctionnelle (art. 59).

En ce qui concerne les *délits*, le cumul est avec plafond, en ce sens que les peines cumulées ne peuvent excéder le double du maximum de la peine la plus forte et en aucun cas vingt années d'emprisonnement (art. 60)⁶⁰⁸, une année de peine de surveillance électronique ou deux ans de peine de probation autonome ou trois cents heures de peine de travail. Relevons que la loi du 5 février 2016, dite pot-pourri II, avait introduit un alinéa 2, afin de prévoir que le concours de délits ne puisse emporter, soit une peine supérieure à vingt ans d'emprisonnement, soit la peine d'emprisonnement la plus forte si celle-ci est supérieure à vingt années d'emprisonnement. Cet alinéa a néanmoins été supprimé par l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017. Comme en cas de concours de contraventions, les maxima des peines dites alternatives ne peuvent pas être augmentés.

La loi du 5 mai 2019 portant des dispositions diverses en matière pénale a supprimé l'article 61 du Code pénal⁶⁰⁹. Cet article prévoyait que lorsqu'un crime concourre avec un délit ou une contravention, la peine du crime était seule prononcée, par application de la règle de l'absorption. Peu importe que les infractions concurrentes aient été déférées simultanément ou successivement aux juges, au même tribunal ou à des tribunaux distincts.

L'abrogation⁶¹⁰ fait suite à un avis du Collège des procureurs généraux, émis le 20 juin 2018, dans le cadre des auditions que la commission de la Justice de la Chambre a organisées à propos de la cour d'assises. Le Collège avait relevé les effets indésirables résultant de l'application de l'article 61 du Code pénal en cas de poursuites distinctes d'un crime et de délits ou de contraventions entre lesquels existe une situation de concours : « toutes les décisions correctionnelles et/ ou de police définitives intervenues entre la date de la commission des faits criminels et la date de l'arrêt de la cour d'assises font l'objet d'un rapport en grâce d'office en vue d'absorption, c'est-à-dire d'une remise de peine par arrêté royal »⁶¹¹. Cette situation visait donc le cas où un juge de police ou un juge correctionnel doit connaître d'une contravention ou d'un délit, après la commission, mais avant le jugement d'un crime. Les peines d'emprisonnement prononcées antérieurement au verdict de la cour d'assises étaient ainsi absorbées par le prononcé d'une peine de réclusion de sorte qu'un accusé, qui commettait des faits entre son renvoi en cour d'assises et l'arrêt de cette dernière, ne voyait pas sa situation aggravée, alors que les peines d'emprisonnement peuvent être de plus longue durée que la peine de réclusion.

⁶⁰⁷ C.C., 20 novembre 2001, arrêt n° 149/2001.

⁶⁰⁸ Le juge qui, en cas de concours de plusieurs délits, cumule les peines, n'est pas tenu de faire mention de l'article 60 du Code pénal (Cass., 15 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 52).

⁶⁰⁹ Les articles 34^{quater} et 82 du Code pénal ont été adaptés en conséquence afin de ne plus se référer à l'article 61 du Code pénal.

⁶¹⁰ L'abrogation a également été proposée par la proposition de loi portant réforme de la procédure d'assises et modification de diverses dispositions relatives au droit pénal et à la procédure pénale, *Doc.*, Ch., 2018-2019, 54-3329/1, p. 4.

⁶¹¹ La problématique de la cour d'assises, Rapport relatif aux auditions fait au nom de la commission de la Justice, 23 avril 2019 *Doc.*, Ch., 2018-2019, 54-3720/1, p. 95.

Aucune indication ne peut être trouvée dans les travaux parlementaires quant aux conséquences de cette abrogation. Il en résulte que la personne poursuivie devant la cour d'assises suite à la commission d'un crime qui n'a pas été correctionnalisé pourra être condamnée de manière distincte pour les contraventions et délits commis après son renvoi devant la cour d'assises (ou avant, mais non encore définitivement jugés). Les peines ainsi prononcées en matière de police et en matière correctionnelle seront purement et simplement cumulées, sans aucune limite, avec la peine criminelle, ce qui entraîne inévitablement un durcissement de la répression.

À défaut d'avoir modifié l'article 62 du Code pénal, l'abrogation de l'article 61 du Code pénal entraîne une situation pour le moins paradoxale. En effet, en cas de concours de plusieurs crimes, l'article 62 du Code impose au juge de n'appliquer qu'une seule peine, la plus forte, éventuellement majorée d'un plafond de cinq ans de réclusion. Il en résulte que la personne poursuivie pour la commission de plusieurs crimes, qui n'ont pas encore été définitivement jugés, risque d'encourir une peine moins sévère que celui qui a commis un seul crime, mais qui voit, suite à l'abrogation de l'article 61 du CP, sa peine criminelle cumulée avec celles encourues pour les contraventions ou délits qu'il a commis entretemps. Afin d'éviter toute discrimination, il faut dès lors veiller à ce que le total des peines correctionnelles, cumulées avec la peine criminelle, n'excède pas l'augmentation de cinq ans prévue à l'article 62 du Code pénal.

En cas de concours de *plusieurs crimes*, « la peine la plus forte sera seule prononcée »; elle pourra même être élevée de cinq ans au-dessus du maximum si elle consiste dans la réclusion à temps ou la détention de quinze à vingt ans, de dix à quinze ans ou de cinq à dix ans (art. 62)⁶¹².

Selon l'article 63 du Code pénal, « la peine la plus forte est celle dont la durée est la plus longue. Si les peines sont de même durée, la réclusion à temps est considérée comme plus forte que la détention à temps »⁶¹³. Il a été jugé que la peine la plus forte est celle dont la durée est la plus longue, sans avoir égard à l'amende qui est toujours considérée par la loi comme une peine moins forte que l'emprisonnement⁶¹⁴. L'amende la plus forte est celle dont le maximum est le plus élevé⁶¹⁵, indépendamment de son caractère obligatoire. Il convient dès lors d'avoir égard, en premier lieu, au maximum de la peine principale avant de se tourner vers le maximum de la peine accessoire d'amende, indépendamment du minimum de la peine d'emprisonnement. Si les maxima de la peine d'amende sont identiques, il faut alors se tourner vers le minimum de la peine d'emprisonnement⁶¹⁶.

« Lorsque deux peines consistent en un emprisonnement dont le maximum est le même et en une amende dont l'une est obligatoire et l'autre facultative, cette dernière peine est néanmoins la plus forte si son maximum est plus élevé que celui de l'autre »⁶¹⁷.

En cas de correctionnalisation de crimes, on applique normalement les règles relatives au concours de délits, à savoir le cumul limité de peines⁶¹⁸. Néanmoins, l'article 82 du Code pénal

⁶¹² Il en résulte qu'une peine supérieure à vingt-cinq ans de réclusion ne peut être appliquée (Cass., 13 juin 2000, *T. Strafr.*, 2000, note M. Rozie).

⁶¹³ Pour la détermination de la peine la plus forte, voy., *supra*, Chapitre II. Le droit pénal, Section 5. Le champ d'application du droit pénal, § 1. *Ratione temporis*, B. Le conflit des lois pénales dans le temps, 2. La rétroactivité des lois pénales plus douces ; voy., aussi, L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht, op. cit.*, p. 488 à 490.

⁶¹⁴ Cass., 31 janvier 1984, *Pas.*, I, p. 607 ; Cass., 3 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 109.

⁶¹⁵ Cass., 20 juin 1979, *Pas.*, I, p. 1223, note.

⁶¹⁶ Cass., 21 janvier 2020, *N.C.*, 2020, p. 361

⁶¹⁷ Cass., 17 avril 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 403, note A. VANDEPLAS. Voy., aussi, Cass., 12 février 2008 ; Cass., 8 avril 2008, *Pas.*, 2008, n° 208 ; Cass., 8 novembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 599.

⁶¹⁸ Th. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal, op. cit.*, p. 329.

stipule que « si, en raison des circonstances atténuantes, les peines criminelles sont réduites au taux des peines correctionnelles, la juridiction de jugement pourra néanmoins ne prononcer qu'une peine unique »⁶¹⁹. Il s'agit d'une faculté pour le juge et non d'une obligation.

Enfin, « les peines de confiscation spéciale, à raison de plusieurs crimes, délits ou contraventions, sont toujours cumulées » (art. 64), y compris en cas de concours idéal d'infractions⁶²⁰.

B. Le concours idéal

Le concours idéal d'infractions recouvre deux situations distinctes visées, d'une part, par l'article 65, alinéa 1^{er} et, d'autre part, par l'article 65, alinéa 2 du Code pénal.

1. L'article 65, alinéa 1^{er} du Code pénal

« Lorsque le même fait constitue plusieurs infractions ou lorsque différentes infractions soumises simultanément au même juge du fond constituent la manifestation successive et continue d'une même intention délictueuse, la peine la plus forte sera seule prononcée »⁶²¹.

L'article 65, alinéa 1^{er} du Code pénal recouvre deux cas de figure qui sont compris dans la notion de concours idéal d'infractions⁶²².

D'une part, le concours idéal par unité de réalisation, soit un fait pénal unique⁶²³ entraînant plusieurs infractions qui procèdent d'un même but, d'un même projet. La Cour de cassation a pu ainsi considérer que des faits d'intoxication alcoolique ou d'ivresse et d'autres infractions ayant entraîné l'accident impliquent une unité de comportement justifiant l'application de l'article 65, alinéa 1^{er} du Code pénal⁶²⁴.

D'autre part, le concours idéal par unité d'intention ou *infraction collective*, soit différentes infractions constituant un fait pénal unique parce que traduisant la manifestation d'une même intention délictueuse⁶²⁵. Il doit s'agir d'un ensemble d'infractions répétées ou successives, de même nature ou de nature différente qui constituent un acte pénal unique parce qu'elles procèdent de la même intention délictueuse.

Pour l'application de l'article 65, alinéa 1^{er}, les infractions doivent être soumises « simultanément au même juge du fond ». À défaut, c'est l'article 65, alinéa 2 qui trouvera éventuellement application.

⁶¹⁹ Fr. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, op. cit., T. IV (La Peine), 2017, p. 914.

⁶²⁰ Cass., 27 janvier 2009 : « En vertu de l'article 64 du Code pénal, les peines de confiscation spéciale, à raison de plusieurs crimes, délits ou contraventions, seront toujours cumulées. Il en résulte que l'article 65 dudit code ne s'applique pas à la confiscation ».

⁶²¹ Sur la modification de l'article 65 du Code pénal par la loi du 11 juillet 1994, voy. J. DE CODT, « Le nouvel article 65 du Code pénal ou la légalisation du délit collectif », *J.T.*, 1995, p. 289 et s. ; J. MESSINNE, « A propos du nouvel article 65 du Code pénal », *J.T.*, 1995, p. 293 et s. ; F. KEFER, « La disparition de l'absorption », *J.L.M.B.*, 1995, p. 839 et s. ; M.-A. BEERNAERT, « Le nouvel article 65 du Code pénal », *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, p. 678 et s.

⁶²² Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal*, La Chartre, Bruxelles, 2018, p. 322.

⁶²³ Voy. R. LEGROS, « Le fait en droit pénal », *R.C.J.B.*, 1961, pp. 406 et s. Ce cas de figure concerne également l'hypothèse où un fait correspond à plusieurs qualifications pénales (voy. Th. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal*, op. cit., p. 322).

⁶²⁴ Cass., 13 janvier 2010, *Pas.*, 2010, n° 26.

⁶²⁵ Cass., 13 novembre 2007 : l'unité d'intention délictueuse peut être admise « tant pour les infractions qui requièrent une intention frauduleuse que pour les infractions qui requièrent d'avoir sciemment contrevenu à des dispositions légales ».

Il appartient au juge du fond « de vérifier si l'auteur a ou non agi avec une seule et même intention »⁶²⁶. *A contrario*, viole la règle consacrée par l'article 65 du Code pénal le juge qui constate que différents faits ne procèdent pas d'une seule intention délictueuse mais prononce une peine unique en raison de ces différents faits⁶²⁷. Inversement, lorsqu'il ressort de la motivation de la décision qu'il y a concours idéal d'infractions, les mêmes faits déclarés établis étant, au moins en partie, constitutifs de deux infractions, cependant punies séparément, le prononcé de deux peines distinctes est illégal⁶²⁸. L'unité d'intention n'est pas synonyme d'unité temporelle⁶²⁹.

Le juge qui décide de n'appliquer qu'une seule peine, la plus forte, doit écarter le régime répressif prévu par les incriminations moins sévères, même si celui-ci comprend une sanction accessoire plus rigoureuse que celle qui peut accompagner la peine absorbante.

« Lorsque plusieurs faits constituent, en raison de l'unité d'intention, un fait pénal unique, le juge ne peut prononcer qu'une seule peine, la plus forte ; il ne peut y ajouter une peine accessoire prévue pour une autre prévention »⁶³⁰.

« Le juge du fond qui a constaté, en fait, que plusieurs infractions sont l'exécution d'une seule intention délictueuse ne peut prononcer qu'une seule peine, la plus forte ; l'application de cette règle oblige le juge à écarter complètement le régime prévu par les incriminations moins sévères, quand bien même ce régime comprendrait une sanction accessoire plus rigoureuse que celle pouvant accompagner la peine absorbante »⁶³¹.

Lorsque le juge correctionnel est saisi d'un crime correctionnalisé punissable à l'origine de la réclusion de cinq à dix ans (emportant dès lors, par application de l'article 25 du Code pénal, un emprisonnement maximum de cinq ans) et d'un délit punissable d'un emprisonnement maximum de cinq ans et d'une amende, la sévérité des peines applicables doit s'apprécier *in concreto*, « c'est-à-dire en tenant compte des circonstances atténuantes admises lors de la correctionnalisation, et non en fonction des peines énoncées dans le Code pénal ou la loi, de manière abstraite »⁶³².

Néanmoins, par application de l'article 100 du Code pénale, l'article 39 de la loi relative à police circulation routière stipule que « si par suite de concours d'infractions, les peines privatives de liberté et les amendes prévues par les présentes lois coordonnées ne sont pas prononcées, la déchéance du droit de conduire l'est néanmoins dans les conditions qui y sont déterminées ».

⁶²⁶ Cass., 24 novembre 1992, *Pas.*, I, p. 491. L'unité d'intention qui caractérise le délit collectif ne s'identifie pas à l'élément moral propre à chaque infraction qui le compose (Cass., 13 mai 1998, *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 1036 ; Cass., 15 décembre 1999, *Pas.*, I, p. 681). La Cour a ainsi précisé que « l'intention visée par la loi se définit comme une unité de mobile, chacun des actes commis par l'auteur prenant une place déterminée dans le système conçu par lui pour réaliser sa fin » (Cass., 8 février 2012, *Pas.*, 2012, p. 291) ; Cass., 6 mai 2020, RG. P.20.0029.F. ; Cass., 4 novembre 2020, RG. P.20.785.F., disponibles sur juportal.be.

⁶²⁷ Cass., 28 mai 1985, *Pas.*, I, p. 1212.

⁶²⁸ Cass., 4 septembre 1990, *J.T.*, 1991, p. 643.

⁶²⁹ « La circonstance que la présentation d'une déclaration à l'impôt des personnes physiques constitue une obligation légale devant être respectée chaque année ne fait pas obstacle à ce que le non-respect réitéré de cette obligation constitue la manifestation d'une intention continuée ou successive de l'auteur » (Cass., 5 septembre 1995, *Pas.*, 1995, p. 772). La Cour a précisé, à cette occasion, « que l'unité d'intention de commettre des faits successifs ne requiert pas qu'au moment du premier fait l'auteur ait déjà l'intention de commettre les faits ultérieurs qui constituent l'infraction continuée ; qu'une intention continuée ou successive peut unir des infractions distinctes en un seul délit ».

⁶³⁰ Cass., 9 février 2011, *Pas.*, 2011, n° 117.

⁶³¹ Cass., 25 janvier 2012, *Pas.*, 2012, p. 200. Si le juge ne peut, par application de cette règle, prononcer une amende, rien ne l'empêche cependant de le faire, en cas de correctionnalisation d'un crime, par application de l'article 84 du Code pénal (Cass. 23 janvier 2012, *Pas.*, 2012, n° 68 (solution implicite) ; Cass., 12 septembre 2017, *Pas.*, 2017, n° 462 ; Cass., 21 janvier 2020, *N.C.*, 2020, p. 361).

⁶³² Concl. Av. gén. D. VANDERMEERSCH sous Cass., 8 juin 2016.

Le concours idéal relève du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond, sous réserve du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation⁶³³; en raison de l'autorité de la chose jugée qui s'y attache et de l'extinction de l'action publique qui en résulte, sa décision épuise sa juridiction⁶³⁴.

Observant la tendance actuelle de la jurisprudence qui est « de constater l'unité d'intention, même là où elle n'existe pas » afin de réagir contre la complexité du système des règles du concours, la Commission pour la révision du Code pénal proposait des simplifications de ces règles qui modifiaient sensiblement l'économie des dispositions du Code pénal. Celles-ci s'inscrivaient, partiellement tout au moins, dans la perspective de la défense sociale : « personne ne peut contester... que l'individu qui a commis plusieurs infractions non encore jugées ne soit en général plus dangereux que le délinquant d'occasion. Deux ou trois infractions découvertes à la fois révèlent à coup sûr un penchant criminel au même titre qu'un casier judiciaire, et ce sont souvent les délinquants les plus redoutables qui parviennent le mieux à échapper... à toute poursuite criminelle »⁶³⁵. Sans plus distinguer concours idéal et concours matériel, il convient, estime la Commission, d'élaborer un système permettant au juge d'apprécier la situation délictuelle dans son ensemble et de prononcer une seule peine, la plus forte, avec une possibilité éventuelle d'augmentation de la peine qui serait retenue⁶³⁶.

L'avant-projet du Code pénal (2016) abonde dans le même sens. Partant du constat de la complexité du régime applicable au concours d'infractions, les auteurs du projet tentent d'en simplifier les règles. Ainsi, comme c'est le cas en France, l'avant-projet n'opère plus de distinction entre le concours matériel et idéal d'infractions dans la mesure où elle n'apporte pas de plus-value dans la pratique, les juges ayant tendance à constater l'unité d'intention là où elle n'est pas présente. S'inspirant de l'avant-projet de Code pénal de Legros, le projet « part du principe d'un régime de sanction unique pour le concours idéal et le concours matériel »⁶³⁷.

2. L'article 65, alinéa 2 du Code pénal

« Lorsque le juge du fond constate que des infractions ayant antérieurement fait l'objet d'une décision définitive et d'autres faits dont il est saisi et qui, à les supposer établis, sont antérieurs à ladite décision et constituent avec les premiers la manifestation successive et continue de la même intention délictueuse, il tient compte, pour la fixation de la peine, des peines déjà prononcées. Si celles-ci lui paraissent suffire à une juste répression de l'ensemble des infractions, il se prononce sur la culpabilité et renvoie dans sa décision aux peines déjà prononcées. Le total des peines prononcées en application de cet article ne peut excéder le maximum de la peine la plus forte ».

Ce texte a été introduit par la loi du 11 juillet 1994 et consacre, avec certains tempéraments, la théorie jurisprudentielle de l'absorption. Le juge peut donc, dans le cas d'espèce, soit constater que la peine déjà prononcée est suffisante, soit la compléter, sans que le total des peines prononcées ne

⁶³³ Cass., 22 mai 1984, *Pas.*, I, p. 1144 ; Cass., 23 mai 1990, *Pas.*, I, p. 1083 ; Cass., 2 mai 2001, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 1013 ; Cass., 3 mars 2004, *Pas.*, 2004, n° 117 ; Cass., 8 septembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 390 : « s'il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement en fait si les faits dont il est saisi procèdent ou non de la même intention délictueuse que ceux ayant fait l'objet d'un jugement ou d'un arrêt définitif de condamnation, il incombe à la Cour de vérifier si des faits qu'il a constatés, le juge a pu légalement déduire sa décision concernant l'existence ou l'absence de cette unité d'intention » (jurisprudence constante). Voy. Mons, 25 mars 1998, *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 1044.

⁶³⁴ Corr. Arlon, 27 novembre 1986, *J.L.M.B.*, 1989, p. 810 ; Corr. Liège, 23 décembre 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 812, note F. KEFER ; Cass., 23 juin 2010 ; Cass., 25 avril 2012.

⁶³⁵ A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, *op. cit.*, p. 320, n° 534.

⁶³⁶ COMMISSION POUR LA RÉVISION DU CODE PÉNAL, *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, *op. cit.*, p. 41.

⁶³⁷ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal ...*, *op. cit.*, p. 157 et 158.

puisse dépasser le double du maximum de la peine applicable⁶³⁸. Mais s'il constate que les conditions de l'article 65, alinéa 2 sont réunies, il a l'obligation d'appliquer cette disposition⁶³⁹. L'unité d'intention, définie par la loi, se définit comme une unité de mobile et ne s'identifie pas nécessairement à une unité de comportement⁶⁴⁰. Il a été également précisé que, lorsque le juge du fond constate que la peine antérieurement infligée ne suffit pas à une juste répression de l'ensemble des infractions, il ne s'agit pas de majorer la peine antérieurement prononcée, mais de prononcer une nouvelle peine⁶⁴¹. Il ne s'agit pas non plus de sanctionner une nouvelle fois des faits déjà jugés mais de prononcer une peine du chef des faits dont le premier juge n'a pas eu connaissance⁶⁴².

Si le juge ne prononce pas de peine, il se borne à déclarer le prévenu coupable des nouveaux faits, permettant ainsi de déclarer l'action civile recevable. Il a été jugé que l'article 65, alinéa 2 du Code pénal n'est d'application que si une peine a été prononcée par une décision définitive, ce qui n'est pas le cas de la suspension du prononcé⁶⁴³ ni de la transaction pénale⁶⁴⁴.

Il a été jugé que, dans le cas où la peine déjà prononcée est une peine d'emprisonnement, l'article 7 du Code pénal s'oppose au prononcé, pour l'infraction commise antérieurement, d'une peine de travail, étant donné que cette disposition interdit d'appliquer l'emprisonnement et la peine de travail cumulativement⁶⁴⁵. Le sursis est néanmoins possible sur la base de l'article 8 de la loi 29 juin 1964 : « en cas d'application de l'article 65, alinéa 2, du Code pénal, les condamnations antérieurement prononcées pour des faits unis par une même intention délictueuse ne font pas obstacle à l'octroi d'un sursis ».

Enfin, si l'article 99 *bis*, alinéa 2 du Code pénal oblige le juge à prendre en considération les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un autre Etat membre de l'Union européenne « dans les mêmes conditions que les condamnations prononcées par les juridictions pénales belges », cette règle n'est pas applicable à l'hypothèse visée à l'article 65, alinéa 2.

La Cour constitutionnelle a considéré que l'article 99 *bis*, alinéa 2 du Code pénal est justifié par les différences qui existent entre les régimes répressifs des États membres et permet d'éviter

⁶³⁸ L'article 65 du Code pénal, modifié par la loi du 11 juillet 1994, ne se borne pas à préciser la notion de délit collectif mais organise un système répressif plus sévère que celui applicable antérieurement. Il n'est pas applicable aux faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (Cass., 16 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 949 ; *J.L.M.B.*, 1995, p. 204). Toutefois, dans un arrêt ultérieur, la Cour de cassation a, tout en reconnaissant que l'article 65 nouveau du Code pénal organisait « un système répressif plus sévère que celui applicable sous l'empire de l'article 65 ancien du Code pénal », curieusement admis que « lorsque des infractions différentes constituent un délit collectif par unité d'intention, mais que pendant la période de perpétration de ces infractions, la loi portant la peine applicable a été aggravée, il y a lieu d'appliquer la peine établie par la loi nouvelle ». Sur cet arrêt, cf. S. COISNE, « Over het laattijdig vastgestelde collectief misdrijf, werking van de strafwet in de tijd en bijzonder verbeurdverklaring », note sous Cass., 26 octobre 2006, *T. Strafr.*, 2007, n° 3, p. 186 et s.

⁶³⁹ Cass., 17 décembre 2008. L'article 65, alinéa 2 du Code pénal ne s'impose au juge que s'il constate la manifestation successive et continue de la même intention délictueuse qui peut se définir comme « une unité de mobile, chacun des actes commis par l'auteur prenant une place déterminée dans le système conçu par lui pour réaliser sa fin ». Il relève du pouvoir d'appréciation du juge du fond de considérer que la condamnation du prévenu en première instance (même si le jugement n'était pas encore passé en force de chose jugée au moment de la commission des nouveaux faits) est de nature à rompre l'unité d'intention, les nouveaux faits procédant d'une persévérance coupable dans la délinquance et non de l'intention unique alléguée (Cass., 8 février 2012, *Pas.*, 2012, n° 92). Dans le même sens, voy. Cass., 25 avril 2012, *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 1086, concl. Av. gén. D. Vandermeersch.

⁶⁴⁰ Cass., 23 novembre 2016, *Pas.*, 2016, n° 667, concl. M. Nollet de Brauwere.

⁶⁴¹ Liège, 23 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 690.

⁶⁴² Cass., 26 novembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 630 ; Cass., 19 octobre 2011, *Pas.*, 2011, p. 559.

⁶⁴³ Corr. Anvers, 16 octobre 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 1577, note M. Sterkens ; Anvers, 16 novembre 2001, *T. Strafr.*, 2002, p. 272 ; Cass., 6 novembre 2007 ; Cass. 25 novembre 2008.

⁶⁴⁴ Cass., 17 octobre 2000, *Pas.*, 2000, n° 553 ; Cass., 16 mars 2010, *R.A.B.G.*, 2010, p. 866 et note L. Delbrouck ; Cass., 6 décembre 2017, P.15.0020.N., disponible sur juportal.be.

⁶⁴⁵ Anvers, 22 avril 2004, *T. Strafr.*, 2004, p. 500, obs. S. Vandromme, Cass., 12 octobre 2010, *Pas.*, 2010, n° 590, *T. Strafr.*, 2011, p. 67, note B. Meganck, *N.C.*, 2010, p. 373 ; Cass., 5 novembre 2014, *Pas.*, 2014, n° 667, *Rev. dr. pén. crim.*, 2015, p. 381, note O. Bastyns ; Cass., 7 novembre 2017, *T. Strafr.*, 2018, p. 237. En revanche, l'interdiction de prononcer simultanément une peine d'emprisonnement et une peine de travail ne s'appliquerait pas en cas de concours matériel d'infractions : Corr. Gand, 4 octobre 2002, *R.A.B.G.*, 2003, n° 6, p. 314, note M. ROZIE.

que le juge belge ne puisse plus prononcer de peine dans certains cas (« une prise en compte systématique des condamnations antérieures étrangères pourrait aboutir à des résultats déraisonnables ». Si la Cour estime que cette disposition ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, elle rappelle que « le juge belge conserve sa liberté d'appréciation pour fixer la peine qu'il estime appropriée et justifiée eu égard aux circonstances de l'espèce »⁶⁴⁶.

Un arrêt de la cour d'appel de Liège met bien en lumière l'approche sous-jacente au concours idéal d'infractions: « le véritable fondement du délit collectif est criminologique, en ce sens qu'il réside dans la nature et l'utilité de la peine, le juge ne devant pas considérer minutieusement le nombre exact de faits commis, mais apprécier la situation dans son ensemble, en examinant si, eu égard aux circonstances, l'activité du prévenu constitue ou non un tout ne méritant qu'une seule peine; (...) on permet au juge de juger un homme qui a commis des faits et non plus uniquement des faits commis par un homme »⁶⁴⁷.

§ 4. *Les excuses*

Les excuses sont des circonstances spécialement définies par la loi, qui, tout en laissant subsister l'infraction, ont pour conséquence soit une diminution, soit une exemption de peine⁶⁴⁸. Elles constituent en quelque sorte l'inverse des circonstances aggravantes. Il s'agit d'une forme d'individualisation légale qui se distingue, à ce titre, des circonstances atténuantes qui font l'objet d'une individualisation judiciaire. Les excuses sont de deux espèces : les excuses absolutoires et les excuses atténuantes. Elles répondent à des impératifs de politique criminelle.

A. *Caractéristiques de l'excuse*

L'excuse est, tout d'abord, *légale*, en ce sens qu'elle est déterminée par la loi⁶⁴⁹. « Nul crime, nul délit ne peut être excusé si ce n'est dans les cas déterminés par la loi » (art. 78 du Code pénal). Il s'en déduit, d'une part, qu'il n'y a pas, dans le Code pénal, de cause d'excuse générale, comme il n'y a pas de circonstance aggravante générale et, d'autre part, qu'une cause d'excuse ne peut exister en dehors d'un texte qui l'institue.

L'excuse est, ensuite, *obligatoire*⁶⁵⁰. Le juge ne peut pas ne pas en faire bénéficier celui dans le chef duquel elle est réalisée. Même s'il estime que la moralité de l'excuse est discutable ou non justifiée dans le cas d'espèce, la volonté du législateur s'impose à lui.

Contrairement à la cause de justification, l'excuse laisse subsister le caractère délictueux du fait⁶⁵¹. Son seul effet s'attache à la peine qui est *supprimée* dans l'excuse absolutoire et *diminuée* dans l'excuse atténuante. Elle n'empêche pas l'action civile en réparation et n'est pas incompatible avec les circonstances atténuantes.

Enfin, les causes d'excuse autorisent la correctionnalisation d'un crime en vertu de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes.

⁶⁴⁶ C.C., 16 janvier 2020, arrêt n° 8/2020, *N.J.W.*, 2020, p. 348 et obs. J. DE SMEDT et F. VERBRUGGEN.

⁶⁴⁷ Liège, 23 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 690 et note P. MONVILLE.

⁶⁴⁸ Voy. H. BEKAERT, *Théorie générale de l'excuse en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1957 ; sur les aspects procéduraux de l'excuse, voy. R. DECLERCQ, « Procedurele aspecten van de strafverminderende verschoningsgrond », *Liber amicorum Herman Bekaert*, Gand, Snoeck-Du Caju, 1977, p. 54 et s.

⁶⁴⁹ Cass., 16 février 1993, *Pas.*, I, p. 177.

⁶⁵⁰ Liège, 17 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1886 : « si les conditions d'application de la cause d'excuse sont réunies, elle doit bénéficier d'office au prévenu ».

⁶⁵¹ Cass., 29 janvier 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 564.

B. Deux sortes d'excuses

1. Les excuses absolutoires

Malgré l'existence incontestée de l'infraction, la loi supprime toute répression parce qu'elle estime que cette solution est plus avantageuse ou plus utile que la poursuite ou la condamnation⁶⁵². Dans ce cas, l'impunité est totale de sorte que le ministère public ne peut pas exercer de poursuites tandis que les juridictions d'instruction doivent prononcer un non-lieu⁶⁵³. Si le prévenu est néanmoins poursuivi devant les cours et tribunaux, il doit être déclaré coupable des faits qui lui sont imputés, sans que la juridiction puisse prononcer de peine. En effet, la cause d'excuse absolutoire « n'abolit pas la faute pénale, mais a pour seul effet de faire échapper son bénéficiaire à une condamnation à une peine. Il s'ensuit qu'en admettant cette cause d'excuse, le juge décide que l'action publique à charge de cette personne est fondée et que celle-ci est coupable de l'infraction qui lui est reprochée ; dans ce cas, la personne en faveur de laquelle cette cause d'excuse est reconnue doit être condamnée aux frais de l'action publique »⁶⁵⁴. La cause d'excuse absolutoire n'absout pas non plus l'auteur de sa responsabilité civile : elle « n'a pas d'incidence sur le fondement de l'action civile exercée contre lui, puisque toute faute, si légère soit-elle, oblige celui qui l'a commise à réparer le dommage qui en est résulté »⁶⁵⁵.

Les excuses absolutoires sont personnelles, en ce sens qu'elles sont établies en raison de la situation personnelle de l'auteur de l'infraction. Elles sont également spécifiques car elles ne visent que des infractions déterminées.

Il existe des excuses absolutoires fondées sur des situations sensiblement différentes.

La *parenté* et l'*alliance* constituent des excuses absolutoires dans deux types d'infractions.

D'une part, pour des considérations d'humanité, dans les infractions qui consistent dans l'aide apportée aux condamnés (art. 121 et 341 du Code pénal) ou aux auteurs d'homicide par le recel de cadavre (art. 341 du Code pénal)⁶⁵⁶. D'autre part, pour ne pas aggraver les conflits de famille, certaines infractions contre les biens « ne donneront lieu qu'à des réparations civiles » lorsqu'ils ont été « commis par des époux au préjudice de leurs conjoints; par un veuf ou une veuve, quant aux choses qui avaient appartenu à l'époux décédé, par des descendants au préjudice de leurs ascendants, par des ascendants au préjudice de leurs descendants, ou par des alliés au même degré » (art. 462 du Code pénal en matière de vol⁶⁵⁷; art. 492 en matière d'abus de confiance; art. 504 en matière d'escroquerie et de tromperie). Depuis la loi du 26 novembre 2011, cette cause d'excuse n'est pas applicable lorsque ces faits ont été commis au préjudice d'une personne vulnérable en raison de son âge, d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une

⁶⁵² Concernant cette forme traditionnelle de déclaration de culpabilité sans prononcé de peine, cf. notamment M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir*, op. cit., p. 209 à 215.

⁶⁵³ Cass., 8 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 127 (somm. : « Lorsque, lors du règlement de la procédure, la chambre du conseil constate que la poursuite pénale n'est pas possible en raison d'une cause d'excuse absolutoire, elle rend une ordonnance de non-lieu »).

⁶⁵⁴ Cass., 29 juin 2016, R.G. n° P. 16.0501.F., disponible sur www.cass.be.

⁶⁵⁵ Cass., 22 octobre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2313.

⁶⁵⁶ La loi du 29 juin 1993 a abrogé l'article 335, al. 2, du Code pénal de sorte qu'est désormais punissable l'aide à l'évasion d'un détenu par un membre de sa famille.

⁶⁵⁷ Cass., 31 mai 1983, *Pas.*, I, p. 1094 ; Cass., 2 juin 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 517 (la cause d'excuse de l'article 462 ne s'applique pas à la contravention prévue par l'article 559, 1°, du Code pénal); Cass., 1^{re} février 2000, *Pas.*, I, p. 83; Bruxelles, 12 février 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 748 (la fraude informatique, visée à l'article 504quater, § 1^{er} du Code pénal, peut, au point de vue de l'application de cette cause d'excuse, être assimilée au vol).

déficience physique ou mentale⁶⁵⁸. Il a été jugé que la notion d'alliance au sens de cet article désigne l'existence d'un lien qui ne résulte que du mariage et non du concubinage⁶⁵⁹.

Si l'excuse laisse subsister l'infraction, la Cour de cassation a cependant décidé, à propos de l'article 462 du Code pénal :

« La cause d'excuse définie à l'article 462 du Code pénal accorde aux auteurs d'un vol y mentionnés une immunité personnelle contre les poursuites pénales de sorte que le juge pénal qui constate qu'un vol est mis à charge d'un des auteurs mentionnés par cette disposition légale doit se borner à déclarer l'action publique irrecevable sans pouvoir statuer sur le caractère établi du fait ou sur la culpabilité du prévenu et sans pouvoir se prononcer sur l'action civile, également irrecevable, dirigée contre le prévenu du vol »⁶⁶⁰.

La *dénonciation* est une cause d'excuse absolutoire que l'on rencontre dans certaines infractions contenues dans le Code pénal et dans des lois particulières lorsqu'il y a une situation de groupe ou, à tout le moins, une pluralité d'auteurs: complot contre la sûreté de l'Etat (art. 136); fausse monnaie (art. 192); publication ou distribution d'imprimés sans indication de l'imprimeur (art. 300); loteries prohibées (art. 304); association dans le but d'attenter aux personnes et aux propriétés (art. 326)⁶⁶¹.

Inspirée par le souci de mener dans le domaine de la drogue une politique criminelle efficace, la loi du 9 juillet 1975, modifiant la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques, instaure une cause d'excuse en vue d'aider les autorités judiciaires à démanteler les réseaux de trafiquants. Elle remplit un objectif d'efficacité procédurale – découvrir des infractions ou en identifier les auteurs – qui se « justifie pleinement par l'intérêt social supérieur que présente la lutte contre la contrebande de stupéfiants »⁶⁶². L'article 6 de la loi du 24 février 1921 prévoit ainsi, lorsque l'infraction à la loi est punie de peines correctionnelles, une cause d'excuse absolutoire en faveur des coupables qui ont révélé l'identité des auteurs des infractions visées aux articles 2bis, 2quater et 3 de la loi⁶⁶³. Pour valoir cause d'excuse, la dénonciation doit être antérieure à toute poursuite⁶⁶⁴, elle doit être faite à l'autorité⁶⁶⁵ et porter sur des éléments non encore connus de

⁶⁵⁸ Loi du 26 novembre 2011 modifiant et complétant le Code pénal en vue d'incriminer l'abus de la situation de faiblesse des personnes et d'étendre la protection pénale des personnes vulnérables contre la maltraitance (M.B., 23 janvier 2012).

⁶⁵⁹ Corr. Gand, 12 janvier 1994, R.W., 1995-1996, p. 458). A cet égard, cf. également A. LORENT, « L'immunité familiale en matière d'atteinte à la propriété », *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, pp. 135 et s. ; C.C., 19 septembre 2007, n° 116/2007. Il a également été jugé que l'article 462, alinéa 1^{er} du Code pénal n'est plus applicable après la dissolution du mariage si celle-ci intervient d'une autre manière que par le décès du conjoint (Cass., 27 septembre 2007).

⁶⁶⁰ Cass., 25 septembre 1987.

⁶⁶¹ G.H. BEAUTHIER, « La délation : l'impunité dénoncée », *Déviance et société*, vol. 22, n° 4, 1998, p. 427 et s. ; M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal : analyse comparée et critique*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 50 et s.

⁶⁶² Projet de loi modifiant la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques, rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc., Ch.*, 1974-1975, n° 608/2, p. 1137.

⁶⁶³ M. PREUMONT, « Un exemple de politique criminelle : la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques », *Mélanges offerts à Robert Le-gros, op. cit.*, p. 499 et s. ; A. DE NAUW, *Drugs, Algemene praktische rechtsverzameling*, Gand, E. Story-Scientia, 1998, pp. 142 et s. ; Ch. GUILLAIN, « La cause d'excuse en matière de drogues: symptôme de l'ambivalence du système pénal », *La science pénale dans tous ses états. Liber amicorum Patrick Mandoux et Marc Preumont*, Larcier, Bruxelles, 2019, p. 271 à 290.

⁶⁶⁴ Notamment avant que le procureur du Roi ait requis le juge d'instruction (Corr. Bruxelles, 19 octobre 1993, *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, p. 926). « La révélation à prendre en considération par le juge est celle qui est effectuée avant toute poursuite, c'est-à-dire avant que l'action publique n'ait été mise en mouvement. Du seul fait qu'un suspect a été privé de liberté sur ordre du parquet, et qu'il lui est notifié qu'il aura à comparaître devant un juge d'instruction, il ne résulte pas que l'action publique soit engagée » (Cass., 28 avril 2010, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, p. 1173).

⁶⁶⁵ Corr. Liège, 13 décembre 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 247 et s. et la note de M. NEVE, « A propos de la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921 ». L'excuse est atténuante si la révélation est faite à une autorité étrangère (Corr. Tongres, 16 mai 1991, *Rev. dr. pén. crim.*, 1991, p. 1018, note).

celle-ci⁶⁶⁶; elle doit aussi être sincère et complète⁶⁶⁷. Il n'est toutefois pas requis que les informations fournies aient effectivement été suivies de l'exercice de poursuites pénales ni même qu'elles aient conduit à la condamnation des personnes dénoncées. En d'autres termes, l'utilisation que fait concrètement l'autorité des informations pertinentes et utiles portées à sa connaissance est sans relevance⁶⁶⁸. Enfin, si les conditions d'application de la cause d'excuse sont réunies, elle doit bénéficier d'office au prévenu⁶⁶⁹. Comme nous le verrons *infra*, la dénonciation après le commencement des poursuites devient une excuse atténuante, tout comme lorsque l'infraction à la loi est punie de peines criminelles.

La loi du 15 juillet 1985 sur les hormones prévoit une cause d'excuse similaire pour « celui qui, avant toute poursuite devant le tribunal correctionnel a révélé aux autorités l'identité de celui qui lui a délivré les substances qui ont servi à commettre les infractions qui lui sont imputées » (art. 10, § 5, al. 2)⁶⁷⁰.

Par la prime d'impunité accordée au dénonciateur, qui est en soi évidemment moralement discutable, le législateur espère ainsi empêcher la réalisation d'infractions considérées comme particulièrement graves pour l'ordre social. Dans un arrêt didactique rendu concernant cette cause d'excuse, la cour d'appel de Liège rappelle qu'« elle n'a pas été créée pour favoriser l'amendement ou le repentir spontané de l'auteur de l'infraction, mais bien dans le souci de mener une politique criminelle efficace dans le domaine de la drogue »⁶⁷¹.

La *soumission* est une cause d'excuse pour les infractions de participation à une bande séditieuse (infraction visée à l'art. 128 du Code pénal), les articles 134 et 273 du Code pénal prévoyant, selon les cas, qu'aucune peine ne sera prononcée contre ceux qui se seront retirés au premier avertissement des autorités civiles ou militaires sans opposer de résistance et sans armes.

Les articles 152 et 260 du Code pénal contiennent une cause d'excuse tirée de l'*obéissance hiérarchique à un ordre illégal* par un fonctionnaire public ou un agent de la force publique⁶⁷². Celle-ci est soumise à certaines conditions qui ont été dégagées par la doctrine et la jurisprudence : l'ordre doit être donné par un supérieur dans le cadre d'un rapport hiérarchique ; il doit rentrer dans les attributions du supérieur car celui-ci ne doit être obéi que dans le cadre de ses compétences ; enfin, l'ordre ne doit pas être manifestement illégal, ce qui est délicat à apprécier dans les faits. *A contrario*, il y a un droit et un devoir de désobéir aux ordres manifestement illégaux.

L'article 47^{quinquies}, § 2 du Code d'instruction criminelle, inséré par la loi du 6 janvier 2003, contient une nouvelle cause d'excuse absolutoire liée à l'*exécution d'une méthode particulière de recherche*. Cette disposition prévoit en effet que « sont exemptés de peine les fonctionnaires

⁶⁶⁶ Corr. Bruxelles, 16 avril 1996, *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, p. 235.

⁶⁶⁷ Cass., 8 décembre 1992, *Larcier Cass.*, 1992, p. 289, n° 1113. La Cour de cassation a ainsi décidé que la cause d'excuse ne peut être invoquée lorsque la dénonciation n'est ni complète, ni sincère et que le dénonciateur a tu son propre rôle dans les infractions relatives à la drogue (Cass., 24 février 1998, *Pas.*, I, p. 106); Cass., 8 avril 2008 (un auteur qui révèle sa participation à l'infraction mais reste muet sur l'existence des coauteurs et sur les circonstances de l'infraction ne produit pas des révélations « sincères et complètes », en tant qu'elles ne permettent pas à l'autorité d'exercer des poursuites contre tous les auteurs).

⁶⁶⁸ Liège, 17 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1886.

⁶⁶⁹ Liège, 17 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1886.

⁶⁷⁰ Corr. Turnhout, 15 décembre 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 443, note M. GELDERS.

⁶⁷¹ Liège, 17 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1886.

⁶⁷² On rappellera que l'article 6, § 2 de la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme a étendu la cause d'excuse à l'infraction de discrimination prévue par cette même disposition. Cet article a cependant été annulé par C.A., 6 octobre 2004, n° 157/ 2004. Dorénavant, cette cause d'excuse est prévue par l'article 23 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et l'article 23 de la loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

de police qui, dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité ou celle d'autres personnes impliquées dans l'opération, commettent des infractions absolument nécessaires, ce avec l'accord exprès du procureur du Roi ». La loi du 27 décembre 2005 a étendu cette excuse absolutoire aux personnes qui ont fourni directement une aide ou une assistance nécessaire à l'exécution de cette mission, à l'infiltrant ainsi qu'au magistrat qui a autorisé la commission de ces infractions. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 22 juillet 2018⁶⁷³, une cause d'excuse absolutoire est également accordée, aux mêmes termes, à l'infiltrant civil, aux agents d'accompagnement et aux agents de contrôle qui « commettent des infractions strictement nécessaires et ce avec l'accord express du Procureur du Roi » (art. 47*novies*/1, § 3 C.i.cr.).

Par ailleurs, la Cour de cassation a admis, en matière de *pratiques sadoomasochistes*, que des coups et blessures volontaires étaient excusables en vertu de l'article 8, § 1^{er} de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales « lorsqu'ils ne sont pas *de nature à porter atteinte à la santé de la personne* qui les subit et lorsqu'ils sont commis à l'égard d'une personne qui y *consent* légalement », tout en précisant que ces conditions « doivent donner lieu à l'exclusion de toute peine »⁶⁷⁴.

Parmi les causes d'excuses absolutoires l'on peut également citer l'article 77 al. 2 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers prévoyant que celui qui aura aidé un étranger en séjour illégal à pénétrer ou à séjourner sur le territoire sera exempt de peine lorsque cette aide est offerte pour des *raisons principalement humanitaires*.

L'on peut encore citer l'article 422*bis*, al. 2 du Code pénal qui dispose, qu'en matière d'*abstention coupable*, lorsqu'il n'a pas constaté personnellement le péril auquel se trouvait exposée la personne à assister, l'abstenant ne pourra être puni lorsque les circonstances dans lesquelles il a été invité à intervenir pouvaient lui faire croire au manque de sérieux de l'appel ou à l'existence de risques.

L'article 362 du Code pénal, dispose quant à lui que les sanctions prévues en matière de *non-déclaration d'enfant trouvé* ne s'appliqueront pas à celui qui aurait consenti à se charger de l'enfant et qui aurait fait sa déclaration à cet égard devant l'autorité communale du lieu où l'enfant a été trouvé⁶⁷⁵.

En matière de *faux témoignage*, l'article 225 du Code pénal prévoit que les peines prévues ne sont pas applicables aux enfants âgés de moins de seize ans, ni aux personnes qui sont entendues sans prestation de serment, à raison de la parenté ou de l'alliance qui les unit aux accusés ou aux prévenus, lorsque ces déclarations ont été faites en faveur des accusés ou prévenus⁶⁷⁶.

Enfin, la Cour de cassation a également admis, dans un arrêt du 3 octobre 2000, que l'ancien article 5, alinéas 1^{er} et 2, du Code pénal, concernant la responsabilité pénale des personnes morales, « crée... une cause d'excuse absolutoire applicable, lorsqu'une infraction a été commise

⁶⁷³ Loi du 22 juillet 2018 modifiant le Code d'instruction criminelle et le titre préliminaire du Code d'instruction criminelle en vue d'introduire la méthode particulière de recherche d'infiltration civile (*M.B.*, 7 août 2018).

⁶⁷⁴ Cass., 6 janvier 1998, *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 562. Dans la mesure où la Cour admet que de tels faits se trouvent autorisés par la Convention européenne, on peut se demander cependant s'il n'aurait pas été plus logique de les considérer comme bénéficiant d'une cause de justification, et pas seulement d'une cause d'excuse absolutoire.

⁶⁷⁵ Dans le projet de réforme du livre II du Code pénal (cfr. *Infra*), cette disposition est expressément qualifiée de *cause d'excuse absolutoire*.

⁶⁷⁶ Dans le projet de réforme (cfr. *Infra*), cette disposition est qualifiée de *cause d'excuse entraînant une exemption de peine*.

tant par une personne physique qu'une personne morale, à celle des deux personnes ayant commis la faute la moins grave, et ce, pour autant que l'infraction commise par la personne physique l'ait été par négligence »⁶⁷⁷. A la différence des autres causes d'excuse, celle-ci a la particularité d'être générale, alors que les autres sont relatives à des infractions déterminées⁶⁷⁸. Comme nous l'avons vu *supra*, cette cause d'excuse ne peut cependant plus s'appliquer aux infractions commises par les personnes morales après l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 2018 qui a modifié l'article 5 du Code pénal⁶⁷⁹.

2. Les excuses atténuantes

Les excuses atténuantes sont fondées sur des circonstances qui diminuent la gravité du fait ou la culpabilité de l'auteur. Il s'agit au fond de circonstances atténuantes obligatoires. La réduction de peine se réalise selon les modalités prévues dans chaque infraction (soit une réduction d'un degré, soit la disqualification de l'infraction originaire). Contrairement à la cause d'excuse absolutoire où l'impunité est totale, la cause d'excuse atténuante n'entraîne qu'une immunité partielle.

Si les causes d'excuses atténuantes ne sont pas incompatibles avec les circonstances atténuantes, le juge correctionnel saisi d'un crime excusé ne peut dorénavant plus admettre des circonstances atténuantes pour dénaturer le délit en contravention. En effet, la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (loi dite « pot-pourri II ») a modifié l'article 414 du Code pénal qui prévoit dorénavant que la réduction de peine en matière criminelle, en cas d'admission d'une cause d'excuse, n'est pas affectée par la correctionnalisation.

L'excuse de *minorité* est prévue à l'article 12 du Code pénal qui dispose que « la réclusion ou détention à perpétuité n'est pas prononcée à l'égard d'une personne qui n'était pas âgée de dix-huit ans accomplis au moment du crime ». En conséquence, la cour d'assises devra obligatoirement prononcer une peine inférieure en cas de poursuite d'un mineur pour une infraction punissable de la réclusion ou de la détention à perpétuité.

La *provocation* est retenue comme une cause d'excuse en matière d'homicide, de coups et de blessures volontaires (art. 411 à 414 du Code pénal)⁶⁸⁰. La Cour de cassation a décidé que la provocation ne pouvait être étendue à des cas non visés par la loi :

« L'excuse de la provocation ne peut être retenue que dans certains cas au nombre desquels ne figurent ni le vol ni la destruction ou la dégradation de propriétés mobilières d'autrui »⁶⁸¹.

⁶⁷⁷ Cass., 3 octobre 2000, *Pas.*, I, p. 511.

⁶⁷⁸ F. KEFER, « Deux réponses au sujet de la responsabilité pénale des personnes morales », note sous Cass., 10 mars 2004, *op. cit.*, p. 949.

⁶⁷⁹ Voy., *supra*, Chapitre IV. L'auteur de l'infraction, Section 2. Les sujets de l'infraction, § 2. *Le régime de responsabilité pénale des personnes morales*, D. Le concours des responsabilités des personnes morale et physique, 1. Pour les infractions commises avant le 30 juillet 2018.

⁶⁸⁰ H. BEKAERT, « La provocation diffuse », *Liber amicorum F. Dumon*, Anvers, Kluwer, 1983, p. 339 et s. ; O. BASTYNS, « La provocation : évolution jurisprudentielle et doctrinale d'une cause d'excuse », *Actualités du droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 88 et s. ; D. DE BECO, « La cause d'excuse de provocation: réflexions autour de l'évolution de la jurisprudence », *Actualités du droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 131 et s.

⁶⁸¹ Cass., 9 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 311.

Il a par ailleurs été décidé qu'en l'absence de sanction pénale, la provocation ne pouvait bénéficier aux mineurs comme cause d'excuse⁶⁸².

La provocation est un fait qui suscite un sentiment de colère ou de crainte et qui porte une personne à commettre une infraction dans un mouvement de réaction spontanée⁶⁸³. Du point de vue de l'individu, il s'agit d'un état qui est à la limite de l'état de contrainte ; du point de vue des faits, il s'agit de situations qui sont à la limite de la légitime défense. Ainsi, la provocation peut excuser une réaction démesurée de la victime de violences graves⁶⁸⁴ qu'elles soient physiques ou morales⁶⁸⁵.

« À la différence de la cause de non- imputabilité visée à l'article 71 du Code pénal, l'excuse de provocation suppose que la volonté de l'auteur a été altérée, mais non abolie »⁶⁸⁶.

La cause d'excuse de provocation n'est admise dans le chef de celui qui se rend coupable d'homicide ou de coups ou blessures volontaires que pour autant qu'il s'agisse d'une réaction immédiate à des violences illicites et graves commises par le provocateur. Il en résulte qu'il ne saurait y avoir provocation dans le chef de la victime si celle-ci se trouve en état de légitime défense⁶⁸⁷.

Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 2011, il est admis que « la loi ne mesure pas la gravité des violences génératrices de l'excuse, qu'elles soient physiques ou morales, uniquement sur l'intensité de la réaction qu'elles ont entraînée, mais également sur leur intensité matérielle comparée à la gravité de l'infraction provoquée » et que « la gravité de la provocation ne peut pas non plus s'apprécier uniquement en fonction de la subjectivité de l'agent provoqué », mais qu'elle doit être « de nature à amoindrir le libre arbitre d'une personne normale et raisonnable et non celles qui n'ont eu cet effet qu'en raison de l'émotivité particulière de l'agent provoqué »⁶⁸⁸.

⁶⁸² Bruxelles (jeun.), 28 juin 2005, *J.D.J.*, 2005, n° 249, p. 63.

⁶⁸³ Du seul fait qu'un huissier de justice n'a pas révélé spontanément sa qualité ni le but de sa démarche, il ne peut être déduit qu'il aurait provoqué l'infraction dès lors qu'il s'est comporté comme tout client à l'égard d'un commerçant quelconque (Liège, 25 avril 1991, *Rev. dr. pén. crim.*, 1991, p. 1013, note H.-D. B.). Voy. A. DELANNAY, « Les homicides et lésions corporelles volontaires », *Les infractions contre les personnes* H.-D. Bosly et Chr. De Valkeneer (dir.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 356, n° 342: « L'exigence d'une certaine simultanéité entre la provocation et la réaction qu'elle entraîne, illustrée par l'emploi du terme 'immédiatement', dans l'article 411 du Code pénal, a été justifiée par le fait que, en voulant excuser les faits commis dans un premier élan, il fallait exclure la possibilité d'invoquer la provocation lorsque celle-ci était séparée du crime par 'un intervalle assez long pour que la réflexion ait pu surgir ».

⁶⁸⁴ Il en est ainsi notamment lorsqu'un coup de poing a provoqué immédiatement un coup de pied de l'accusé (Anvers, 12 décembre 1996, *T. Strafr.*, 2000, p. 32). Pour la Cour de cassation, les violences graves sont « celles de nature à amoindrir le libre arbitre d'une personne normale et raisonnable et non celles qui n'ont eu cet effet qu'en raison de l'émotivité particulière de l'agent provoqué » (Cass., 22 juin 2011, *Rev. dr. pén. crim.*, 2011, p. 1192, note O. Bastyns). Voy., aussi, Cass., 21 novembre 2012 : « La loi ne mesure pas la gravité des violences génératrices de l'excuse, qu'elles soient physiques ou morales, uniquement sur l'intensité de la réaction qu'elles ont entraînée mais également sur leur intensité matérielle comparée à la gravité de l'infraction provoquée », cité par D. DE BECO, « La cause d'excuse de provocation : réflexions autour de l'évolution de la jurisprudence », *op. cit.*, p. 139.

⁶⁸⁵ Cass., 9 mars 1896, *Pas.*, I, p. 125 ; Corr. Arlon, 8 février 1990, *J.L.M.B.*, 1991, pp. 1185 et s. Il a cependant été jugé qu'elle n'était pas applicable en matière de harcèlement sexuel (Corr. Bruxelles, 30 juin 1999, *J.T.*, 2000, p. 87) ; Bruxelles, 29 mai 2007, *Rev. Dr. Pén. crim.*, 2008, n° 3, p. 298 (les violences peuvent être « uniquement morales » et l'auteur n'a pas à faire la preuve de la provocation qu'il invoque : il suffit « qu'il l'allègue avec vraisemblance »).

⁶⁸⁶ Cass., 9 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1717, note A. Jacobs.

⁶⁸⁷ Cass. (2^e ch.), 1^{er} avril 2020, R.G. n° P.20.0054.F, disponible sur juportal.be.

⁶⁸⁸ Cass., 22 juin 2011, RG P.11.0988.F ; Cass., 22 avril 2015, *Pas.*, 2015, n° 271, conclusions D. Vandermeersch ; Cass., 16 novembre 2016, *Pas.*, 2016, n° 647 ; voy., aussi, Fr. KUTY, « Plaidoyer pour un revirement de la jurisprudence : un retour à une interprétation stricte de la notion de violences graves envers les personnes au sens de l'article 411 du Code pénal », *Rev. crit.*, 2016, p. 441 à 462.

Il a été jugé que cette disposition peut s'étendre aux violences morales⁶⁸⁹ et il n'est pas requis que les violences aient été exercées directement contre l'auteur de l'homicide ; il suffit qu'elles aient été exercées contre ses proches⁶⁹⁰. Par ailleurs, l'excuse doit également être admise lorsque l'auteur de l'homicide a donné la mort à celui qui a été l'instigateur de ces violences et a assisté à leur exécution⁶⁹¹.

De manière générale, la provocation n'est pas incompatible avec la préméditation⁶⁹². En revanche, elle suppose que l'infraction ait été commise « avec l'intention d'attenter à la personne d'autrui », ce qui exclut notamment des coups et blessures involontaires⁶⁹³.

« La légitime défense ou la provocation supposent que les infractions susceptibles d'être justifiées ou excusées aient été commises avec l'intention d'attenter à la personne d'autrui »

L'article 412 du Code pénal prévoit que cette cause d'excuse s'applique également si l'homicide ou les coups et blessures ont été commis en repoussant, pendant le jour, l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrées d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances, à moins qu'il soit établi que l'agent n'a pas pu croire à un attentat contre les personnes, soit comme but direct de celui qui tente l'escalade ou l'effraction, soit comme conséquence de la résistance que rencontreraient les desseins de celui-ci⁶⁹⁴.

Concernant la réduction de peine, l'article 414 du Code pénal prévoit que :

- « Lorsque le fait d'excuse sera prouvé, la peine sera réduite :
- à un emprisonnement d'un an à cinq ans et à une amende de cent euros à cinq cents euros, s'il s'agit d'un crime emportant une peine maximale supérieure à vingt ans de réclusion, qu'il ait été ou non correctionnalisé,
 - à un emprisonnement de six mois à deux ans et à une amende de cinquante euros à deux cents euros, s'il s'agit de tout autre crime, correctionnalisé ou non ;
 - à un emprisonnement de huit jours à trois mois et à une amende de vingt-six euros à cent euros, s'il s'agit d'un autre délit ».

Notons enfin qu'une faute de la victime, sans laquelle le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé, peut entraîner un partage de responsabilité alors même que cette faute, qui peut être la plus légère, ne constitue pas un des cas de provocation prévus par la loi⁶⁹⁵.

En matière de prise d'otages (art. 347bis), il est prévu une réduction de peine « si dans les cinq jours de l'arrestation, de la détention ou de l'enlèvement, la personne prise comme otage a été libérée volontairement sans que l'ordre ou la condition ait été exécuté » (art. 374bis, § 3 du Code pénal). L'excuse n'est pas applicable si l'arrestation, la détention ou l'enlèvement de la personne prise comme otage a causé soit une maladie paraissant incurable, soit une incapacité permanente physique ou psychique, soit la perte complète de l'usage d'un organe, soit une

⁶⁸⁹ Cass., 9 mars 1896, *Pas.*, I, p. 125 ; Corr. Arlon, 8 février 1990, *J.L.M.B.*, 1991, pp. 1185 et s. ; Bruxelles, 29 mai 2007, *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, n° 3, p. 298 (les violences peuvent être « uniquement morales » et l'auteur n'a pas à faire la preuve de la provocation qu'il invoque : il suffit « qu'il l'allègue avec vraisemblance »).

⁶⁹⁰ Liège, 15 janvier 1986, *J.L.*, 1986, p. 243 ; Mons (mis. acc.), 12 août 1988, *Rev. dr. pén. crim.*, 1989, p. 110, note J.S.

⁶⁹¹ Cass., 7 septembre 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 127.

⁶⁹² Cass., 15 mars 1897, *Pas.*, I, p. 116.

⁶⁹³ Cass., 3 mars 1999, *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 1208.

⁶⁹⁴ Il a cependant été jugé que, si des personnes compétentes ne procèdent pas à une perquisition manifestement illégale, la rébellion que suscite leur intervention ne peut être excusée (Anvers, 30 octobre 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 611).

⁶⁹⁵ Cass. (2e ch.), 30 octobre 2019, R.G. n° P.19.0683.F, disponible sur www.cass.be.

mutilation grave, soit la mort ou si la personne a été soumise à la torture ou à un traitement inhumain (art. 347bis, § 4).

L'article 6 de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques prévoit, comme nous l'avons vu, une cause d'excuse en cas de *dénonciation*, excuse qui n'est qu'atténuante lorsqu'elle s'applique à des peines criminelles ou lorsque les révélations ont été faites après le commencement des poursuites en matière correctionnelle⁶⁹⁶. Cette dernière hypothèse (révélations après le commencement des poursuites) concerne deux situations. D'une part, elle porte sur les infractions punies, par la loi, de peines correctionnelles, soit la majorité des infractions en matière de drogues, quand elles ne sont pas accompagnées de circonstances aggravantes. D'autre part, cette hypothèse concerne également les crimes renvoyés devant le tribunal correctionnel suite à l'admission d'une cause d'excuse atténuante, le crime étant transformé en délit. En revanche, cette hypothèse ne peut concerner les crimes correctionnalisés renvoyés devant le tribunal correctionnel par l'admission de circonstances atténuantes. En cas d'admission d'une cause d'excuse atténuante en matière de drogues, le juge doit appliquer les échelles de peines prévues par l'article 414 du Code pénal.

De la même manière, la loi du 15 juillet 1985 sur les hormones, prévoit une réduction de peine en faveur de celui qui aura « révélé aux autorités », après le commencement des poursuites devant le tribunal correctionnel, l'identité de celui qui lui a délivré les substances qui ont servi à commettre les infractions qui lui sont imputées⁶⁹⁷.

Cette logique de récompense de la délation a encore franchi un cap supplémentaire avec l'instauration du statut de *repenti* par la loi du 22 juillet 2018⁶⁹⁸. L'art 216/1 du Code d'instruction criminelle permet désormais à la partie poursuivante de « faire une promesse dans le cadre de l'exercice de l'action publique, de l'exécution de la peine ou de la détention à toute personne qui fait des déclarations substantielles, révélatrices, sincères et complètes concernant la participation de tiers et, le cas échéant, sa propre participation, au sujet d'infractions commises ou ayant fait l'objet d'une tentative, visées à l'article 90ter, §§ 2 à 4 »⁶⁹⁹. Si cette disposition n'instaure pas à proprement parler une cause d'excuse atténuante, comme celles que nous venons de voir, elle procède cependant de la même logique et vise le même objectif.

C. Le projet de réforme du Livre premier du Code pénal

Le projet de réforme du Livre premier du Code pénal vise une meilleure codification des différentes causes susceptibles d'avoir une influence sur l'existence de l'infraction, sur son imputabilité ou encore sur la peine à infliger à son auteur⁷⁰⁰. L'article 33 définit les causes d'excuse comme étant « les circonstances définies dans la loi qui entraînent soit une exemption de peine soit une réduction de peine ». Si les auteurs de la dernière proposition de loi déposée estiment, qu'idéalement, les causes d'excuses auraient dû toutes figurer dans le Livre I^{er}, ils

⁶⁹⁶ M. PREUMONT, « Un exemple de politique criminelle : la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques », *Mélanges offerts à Robert Le-gros*, op. cit., p. 499 et s.; A. DE NAUW, *Drugs, Algemene praktische rechtsverzameling*, Gand, E. Story-Scientia, 1998, p. 142 et s.; Ch. GUILLAIN, « La cause d'excuse en matière de drogues: symptôme de l'ambivalence du système pénal », *La science pénale dans tous ses états. Liber amicorum Patrick Mandoux et Marc Preumont*, Larcier, Bruxelles, 2019, p. 271 à 290.

⁶⁹⁷ Corr. Turnhout, 15 décembre 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 443, note M. Gelders.

⁶⁹⁸ Loi du 22 juillet 2018 modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les promesses relatives à l'action publique, à l'exécution de la peine ou à la détention consenties à la suite d'une déclaration dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme.

⁶⁹⁹ Il s'agit de la liste des infractions pour lesquelles est autorisée la mesure « d'écoutes téléphoniques ».

⁷⁰⁰ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *Commission de réforme du droit pénal ...*, op.cit., p. 105.

n'en consacrent finalement que deux, au titre de causes d'excuses atténuantes⁷⁰¹ : la cause d'excuse de minorité (art. 25) et une nouvelle cause d'excuse d'excès de légitime défense (art. 3.2) qui recouvre « des situations dans lesquelles l'agent est confronté à une situation qui normalement pourrait donner lieu à l'application de la cause de justification relative à la légitime défense, mais où les actes de défense posés à la suite des émotions fortes provoquées par l'agression sont plus conséquents que le strict nécessaire pour se défendre, par exemple du fait d'un recours à une violence démesurée ou inutilement prolongée par rapport à la défense justifiée ».

Les causes d'excuses absolutoires et les autres causes d'excuses atténuantes se trouvent reléguées dans le Livre II du Code pénal, avec les infractions auxquelles elles se rapportent, l'objectif étant de les réévaluer dans le cadre de la révision du Livre II⁷⁰².

Dans la proposition de réforme du Livre II, la cause d'excuse atténuante de *provocation* est reformulée, en tenant compte de l'évolution de la jurisprudence précitée⁷⁰³. La cause d'excuse de provocation visée à l'actuel article 412 du Code pénal est, en revanche, abandonnée.

La proposition de loi instaure par ailleurs une cause d'excuse entraînant une exemption de peine en faveur de la *victime de traite des êtres humains* qui prend part à des délits (infractions punissables d'une peine de niveau 1 à niveau 6), en conséquence directe de son exploitation⁷⁰⁴.

La proposition de loi supprime la cause d'excuse absolutoire en cas de *parenté* ou d'*alliance*, compte tenu de la complexité croissante des relations familiales et d'alliance et du large pouvoir d'appréciation dont jouit le ministère public pour juger de l'opportunité des poursuites⁷⁰⁵.

Des modifications sont également apportées aux actuels articles 152 et 260 du Code pénal prévoyant une cause d'excuse absolutoire d'*ordre illégitime*, ces dispositions étant désormais expressément considérées comme des causes d'excuse atténuantes⁷⁰⁶.

S'agissant de la nouvelle incrimination d'*évasion de détenus*, la proposition prévoit une cause d'excuse entraînant une exemption de peine lorsque l'évasion s'est déroulée sans violence ni menace et que la personne se présente dans les 48 heures à la prison, à l'institution dans laquelle elle séjournait pendant sa privation de liberté ou à un service de police⁷⁰⁷.

Par ailleurs la proposition de loi considère désormais le *désistement volontaire* de l'auteur comme une cause d'excuse absolutoire et non plus comme un élément constitutif de la tentative d'infraction⁷⁰⁸.

⁷⁰¹ Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2 (déposée par Philippe Goffin (MR), Koen Geens (CD&V), Servais Verherstraeten (CD&V) et Katja Gabriëls (Open Vld), *Doc.*, Ch., 2019, 55-417/001, p. 125.

⁷⁰² Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2, *Doc.*, Ch., 2019, 55-417/001, p. 125.

⁷⁰³ Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2, *Doc.*, Ch., 2019, 55-417/001, p. 342. Le nouvel article 102 du Code pénal prévoirait que « le meurtre est provoqué s'il a été commis sous l'influence directe de violences physiques ou psychiques intentionnelles, injustes, graves et instantanées envers sa personne ou un tiers ». La même définition est reprise au nouvel article 184 pour ce qui concerne les « actes de violences provoqués ».

⁷⁰⁴ Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2, *Doc.*, Ch., 2019, 55-417/001, p. 451. Ce principe de non-sanction est prévu à l'article 8 de la Directive européenne relative à la traite des êtres humains et à l'article 26 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la traite des êtres humains (Convention de Varsovie). Plus récemment, ce principe a été repris dans le Protocole de 2014 relatif à la Convention sur le travail forcé, entré en vigueur en novembre 2016 (article 4.2).

⁷⁰⁵ Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2, *Doc.*, Ch., 2019, 55-417/001, p. 642 et 643.

⁷⁰⁶ Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2, *Doc.*, Ch., 2019, 55-417/001, p. 785 et s.

⁷⁰⁷ Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2, *Doc.*, Ch., 2019, 55-417/001, p. 818.

⁷⁰⁸ Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2, *Doc.*, Ch., 2019, 55-417/001, p. 54.

Enfin, s'agissant de la nouvelle classification des infractions prévues par la proposition, celle-ci précise que les crimes sont les infractions que la loi punit de la peine de niveau 8 ou de la peine de niveau 7, mais que la réduction de la peine à la suite de l'admission d'une cause d'excuse atténuante (ou de l'application de circonstances atténuantes) est sans incidence sur la nature de l'infraction⁷⁰⁹.

§ 5. *Les circonstances atténuantes*

Si, comme le constate le Procureur général J. LECLERCQ « les circonstances atténuantes ont envahi tout le domaine de la répression »⁷¹⁰, leur histoire est traditionnellement liée à l'histoire de l'individualisation de la peine qui a contribué à transformer la nature et la fonction des peines⁷¹¹. Au système des peines fixes du Code pénal de 1791 a succédé le système plus souple du minimum et du maximum introduit dans le Code pénal de 1810. A la suite des lois du 15 mai 1838 et du 15 mai 1849, les circonstances atténuantes ont été introduites dans le Code pénal de 1867 (art. 79 à 85). Celui-ci fut immédiatement complété par la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, entrée en vigueur en même temps que le Code⁷¹².

Les circonstances atténuantes sont des circonstances qui accompagnent l'infraction et dont le juge *peut* tenir compte pour atténuer la peine prévue par la loi au point de descendre en dessous du minimum légal. Elles se distinguent ainsi des causes d'excuse atténuantes qui sont obligatoires pour le juge. Elles représentent un exemple de collaboration du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire dans la détermination de la peine : la loi fixe l'admissibilité des circonstances atténuantes et leurs conséquences sur la mesure de la peine ; le juge apprécie souverainement⁷¹³ les éléments qui peuvent être retenus à titre de circonstances atténuantes : l'importance du préjudice, le mobile, la situation personnelle, familiale ou l'état de santé du prévenu, la spontanéité de ses aveux, la réparation du préjudice, l'absence d'antécédent judiciaire, etc.

« Les circonstances atténuantes peuvent « notamment concerner l'infraction elle-même, ses circonstances et ses effets, la part du prévenu dans l'infraction et son degré de culpabilité dans l'infraction, les éléments propres à la personne du prévenu et l'objectif que le juge vise par la répression »⁷¹⁴.

L'interprétation très large des circonstances atténuantes pose la question de leur nature. Certaines circonstances atténuantes se rattachent aux faits matériels et visent à concrétiser la répression en réalisant « une plus juste proportion entre les délits et les châtiments »⁷¹⁵ ; d'autres se rapportent à la « criminalité personnelle » de l'agent⁷¹⁶.

Quel est, dès lors, le *sens* des circonstances atténuantes dont les auteurs s'accordent à reconnaître qu'elles ont presque entièrement rénové le droit pénal⁷¹⁷? Si, à première vue, les circonstances atténuantes apparaissent comme un adoucissement de la répression, en dernière analyse elles constituent plutôt un mécanisme de renforcement de celle-ci, obéissant aux principes de la pensée utilitariste : « l'impunité naît de l'atrocité des supplices... si les lois sont

⁷⁰⁹ Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2, *Doc.*, Ch., 2019, 55-417/001, p. 839.

⁷¹⁰ J. LECLERCQ, « Les effets de l'abrogation des lois modificatives et abrogatoires et la règle de l'unanimité dans la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes », *Rev. dr. pén. crim.*, 1982, p. 931 et s.

⁷¹¹ Cf. M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, *op. cit.*, p. 28 et s.

⁷¹² E. DE LE COURT, « Considérations historiques et d'actualité sur les circonstances atténuantes et la correctionnalisation », *Rev. dr. pén. crim.*, 1959-1960, p. 127 et s.

⁷¹³ Cass., 12 avril 1965, *Pas.*, I, p. 867 ; Cass., 13 février 2007.

⁷¹⁴ Cass., 5 juin 2007.

⁷¹⁵ A. CHAUVÉAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, 2^e éd. belge, annotée par J.S.G. Nypels, 2 t., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1859, p. 30.

⁷¹⁶ *Pand.*, v^o *Circonstances atténuantes*, t. 19, Bruxelles, Larcier, 1886, col. 637.

⁷¹⁷ A. CHAUVÉAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, *op. cit.*, p. 10.

trop cruelles, l'impunité naît fatalement des lois elles-mêmes »⁷¹⁸. HAUS l'a fort bien perçu lorsqu'il constate que « le système raide et inflexible du Code pénal a produit de graves inconvénients : les pieux mensonges du jury et l'exercice trop fréquent du droit de grâce ». Et il en tire la conséquence logique : « le plus sûr moyen d'arrêter ces abus dans leur principe est d'accorder au juge une plus grande latitude dans l'application des peines »⁷¹⁹. Le jugement porté par L. CORNIL sur la loi du 23 août 1919 qui a permis de descendre plus bas dans l'échelle des peines procède de la même logique. Cette loi, dit-il, « a eu pour effet de renforcer la répression, non de la compromettre »⁷²⁰.

Il convient de distinguer les deux stades auxquels peuvent être admises des circonstances atténuantes. D'une part, les circonstances atténuantes peuvent être admises au stade de préliminaire du procès pénal et autorisent la correctionnalisation d'un crime ou la contraventionnalisation d'un délit. D'autre part, elles peuvent être admises au stade du jugement, autorisant le juge à diminuer la peine qu'il s'agisse d'un crime, d'un délit ou d'une contravention.

A. L'admission de circonstances atténuantes au stade présentenciel

Au-delà des circonstances atténuantes permettant au juge du fond de descendre en dessous du minimum légal, les circonstances atténuantes (tout comme les causes d'excuse) permettent également d'opérer, au stade préliminaire du procès pénal, soit la correctionnalisation d'un crime afin de le porter à la connaissance du tribunal correctionnel, soit la contraventionnalisation d'un délit afin de le renvoyer devant le tribunal de police.

Ces mécanismes de correctionnalisation et de contraventionnalisation trouvent leur siège dans la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, modifiée à plusieurs reprises, notamment, par la loi du 5 février 2016 (dite pot-pouri II) afin d'autoriser la correctionnalisation de tous les crimes. Dans son arrêt du 21 décembre 2017, la Cour constitutionnelle a néanmoins considéré que cette réforme était contraire à l'article 150 de la Constitution qui réserve le jugement des crimes à la cour d'assises⁷²¹. La Cour constitutionnelle a dès lors annulé les articles de la loi du 4 octobre 1867 permettant la correctionnalisation de tous les crimes, de sorte qu'on en revient à la situation antérieure à la loi du 5 février 2016, soit la loi telle que modifiée par la loi du 21 décembre 2009 relative à la cour d'assises.

En vertu de l'article 2, alinéa 1^{er} de cette loi, « dans les cas où il y aurait lieu de ne prononcer qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, la chambre du conseil peut, par ordonnance motivée, renvoyer l'inculpé au tribunal correctionnel »⁷²². Afin d'éviter le détour systématique par la chambre du conseil, cette compétence est également octroyée, depuis la loi du 11 juillet 1994, au ministère public qui peut ainsi, dans les cas où une instruction n'a pas été requise et « s'il estime qu'il n'y pas lieu de requérir une peine plus sévère qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, citer ou convoquer directement le prévenu devant le tribunal correctionnel » (art. 2, al. 2).

Si la correctionnalisation d'un crime est toujours possible sur la base d'une cause d'excuse, elle n'est envisageable, par l'admission de circonstances atténuantes, que dans les cas expressément visés par la loi (art. 2, al. 3). La logique est la suivante : en principe, un crime ne peut être correctionnalisé s'il est punissable de plus de vingt ans de réclusion (art. 2, al. 3, 1°) ; des

⁷¹⁸ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764, p. 94-95.

⁷¹⁹ J.J. HAUS, *Observations sur le projet de révision du Code pénal* ..., *op. cit.*, p. 51.

⁷²⁰ L. CORNIL, *Le droit pénal et la procédure pénale après la tourmente*, Les Nouvelles, Procédure pénale, t. 1, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1946, p. 43.

⁷²¹ Arrêt n° 148/2017.

⁷²² Voy., également, Cass., 13 février 2007.

exceptions sont néanmoins prévues dans certains cas (2° à 14°). Ainsi, la loi du 13 avril 1995 relative aux abus sexuels contre les mineurs autorise la correctionnalisation du viol commis sur un enfant de moins de dix ans, punissable de la réclusion à perpétuité (5°). Un renvoi devant le tribunal correctionnel, qui peut ordonner le huis clos, peut être plus adéquat pour l'enfant qu'un renvoi devant la cour d'assises.

Afin de désengorger la cour d'assises, la loi du 21 décembre 2009 relative à la cour d'assises⁷²³ a élargi le champ d'application de la correctionnalisation en allongeant la liste des crimes correctionnalisables par l'admission des circonstances atténuantes malgré qu'ils emportent, *in abstracto*, une peine de réclusion supérieure à vingt ans. Il s'agit notamment d'une tentative de crime punissable de la réclusion à perpétuité (2°), de la prise d'otages (4°) ou encore du vol avec violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner (9°).

Pour calculer le maximum de la peine applicable, le juge correctionnel doit prendre en compte l'article 25 du Code pénal qui l'autorise, en cas de correctionnalisation d'un crime, à prononcer une peine d'emprisonnement allant de cinq à vingt ans⁷²⁴. Pour le minimum, le juge doit se tourner vers l'article 80 du Code pénal l'autorisant à descendre entre un mois et trois ans d'emprisonnement. La correctionnalisation entraîne automatiquement une dénaturation de la peine et, dès lors, de l'infraction (de crime à délit).

Le tribunal correctionnel saisi d'un crime correctionnalisé ne peut décliner sa compétence sauf s'il est saisi par le ministère public (art. 3, al. 1^{er} et 2). Néanmoins, le juge correctionnel est autorisé à retenir lui-même les circonstances ou les causes d'excuse afin de connaître d'un crime qui n'aurait pas (ou pas valablement) été correctionnalisé dans l'acte de saisine du ministère public ou de la chambre du conseil (art. 3, al. 3). Ce mécanisme a notamment pour but d'éviter le recours à la procédure de règlement des juges, du ressort de la Cour de cassation, en cas de conflit négatif de compétence⁷²⁵.

Un mécanisme similaire⁷²⁶ est prévu en ce qui concerne les délits afin de permettre à la chambre du conseil ou au ministère public de saisir le tribunal de police d'un fait punissable d'un emprisonnement ou d'une amende lorsqu'ils estiment qu'il y a lieu de réduire, sur la base des circonstances atténuantes, ces peines au taux des peines de police (art. 4 et 5). Dans ce cas-ci, le juge doit se tourner vers l'article 28 du Code pénal pour connaître le maximum de la peine applicable et vers l'article 85 du Code pénal pour en connaître le minimum. La contraventionnalisation entraîne automatiquement une dénaturation de la peine et, dès lors, de l'infraction (de délit à contravention).

B. L'admission de circonstances atténuantes au stade du jugement

Toutes les juridictions de jugement peuvent admettre des circonstances atténuantes (tribunal de police, tribunal correctionnel, cour appel et cour d'assises). Si les circonstances atténuantes sont laissées à l'appréciation du juge du fond, une fois admises, elles le privent de prononcer la peine maximale et l'obligent à réduire ou à modifier les peines dans les limites fixées par la loi.

⁷²³ Voy. A. MASSET et D. VANDERMEERSCH, « La loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises : première lecture critique », *J.T.*, 2010, n° 6390, p. 221 et s.

⁷²⁴ Ces maxima peuvent être augmentés en cas de récidive. Pour plus de précisions, voy. *supra*, Chapitre IV. L'auteur de l'infraction, Section 4. La récidive, § 4. Les effets de la récidive, A. Aggravation de la peine.

⁷²⁵ Voy. G.-F. RANERI, « Du nouveau en matière de circonstances atténuantes et de règlement de juges », *J.T.*, 2008, n° 6332, p. 733 et s.; Cass., 8 octobre 2008, *L.M.B.*, 2009, n° 14, p. 636 et s., note O. Michiels.; Cass., 6 janvier 2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, n° 12, p. 1201 et s., note D. DILLEMBOURG et J. MOINIL.

⁷²⁶ Sous réserve que la contraventionnalisation ne peut s'opérer que sur la base de circonstances atténuantes et non de causes d'excuse.

« Attendu qu'en constatant l'existence de circonstances atténuantes en faveur de l'auteur d'un crime, le juge s'oblige à réduire ou modifier la peine que la loi attache à ce crime »⁷²⁷.

Pour les *crimes*, la réduction de peine est obligatoire (« la réclusion sera remplacée ») respectivement jusqu'à trois ans, un an, six mois ou un mois d'emprisonnement suivant la gravité de la peine (art. 80 du Code pénal). L'article 81 concerne la réduction des peines pour les crimes contre la sûreté extérieure de l'Etat. L'amende peut être réduite sans pouvoir être inférieure à vingt-six euros (art. 83). En vertu de l'article 84 du Code pénal, le juge a la faculté de condamner les coupables, dont la peine criminelle aura été comminée en un emprisonnement à la suite d'une correctionnalisation, à une amende de vingt-six euros à mille euros⁷²⁸. Lorsque dans les cas de concours d'infractions les peines criminelles sont réduites au taux des peines correctionnelles, la juridiction de jugement pourra néanmoins ne prononcer qu'une peine unique (art. 82).

En ce qui concerne les *délits*, la réduction de peines est facultative (« pourront ») et est possible jusqu'à un jour d'emprisonnement, à vingt heures de peine de travail, à six mois de peine de probation autonome et un euro d'amende⁷²⁹. En cas d'admission de circonstances atténuantes, les juges ont également la possibilité de ne prononcer que l'emprisonnement ou que l'amende là où la loi leur impose de les cumuler (art. 85, al. 2)⁷³⁰ ou de substituer à l'emprisonnement, une amende de maximum 500 euros (art. 85, al. 3). Ils peuvent enfin prononcer l'interdiction des droits civils ou politiques pour un terme inférieur allant d'un an à cinq ans, voire les remettre entièrement (art. 85, al. 5).

L'article 85 est une des exceptions prévues par l'article 100 du Code pénal. En cas de violation à des lois ou règlements particuliers, il ne peut normalement, même en cas de circonstances atténuantes, être infligé une peine inférieure au minimum fixé que si ceux-ci le prévoient expressément⁷³¹. Les lois particulières prévoient en général un régime dérogatoire. Ainsi, l'article 6 de la loi du 24 février 1921 sur les drogues stipule que : « les dispositions du Livre I du Code pénal, sans exception du chapitre VII et de l'article 85, auxquelles il n'est pas dérogé par la présente loi, sont applicables aux infractions prévues par celle-ci ».

S'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi, la Cour de cassation a néanmoins décidé que, malgré l'absence de dérogation expresse à l'article 100 du Code pénal dans la législation particulière, les juges d'appel avaient à bon droit retenu les circonstances atténuantes afin de ne pas prononcer la peine d'emprisonnement prévue par la loi⁷³². Plus fondamentalement, la Cour d'arbitrage a considéré que l'article 39, alinéa 1^{er} de la loi du 10 juin 1997 relative au régime général, à la détention, à la circulation et au contrôle des produits soumis à accise (qui ne contient pas de disposition dérogatoire à l'article 100 du Code pénal de sorte que l'article 85 ne s'applique pas) viole les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article

⁷²⁷ Cass., 14 mars 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 404 ; Cass., 21 février 2018, *Pas.*, 2018, p. 380.

⁷²⁸ La Cour de cassation a cependant décidé que cette disposition ne s'applique pas si la loi prévoit pour l'infraction, outre une peine privative de liberté, une amende obligatoire ou facultative (Cass., 13 janvier 2004, *Pas.*, 2004, n° 18 ; Cass., 10 octobre 2017, *Pas.*, 2017, n° 541). Elle n'est pas non plus applicable lorsque la tentative de crime est légalement punissable d'une peine correctionnelle et non criminelle puisque, dans ce cas, le remplacement d'une peine criminelle par une peine correctionnelle ne résulte pas de l'admission de circonstances atténuantes mais de la circonstance de tentative, Fr. KUTY *et. al.*, « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. Dr. Pén. crim.*, 2021, p. 424.

⁷²⁹ Depuis la loi du 5 février 2016, la peine de surveillance électronique ne peut plus descendre en-dessous d'un mois.

⁷³⁰ La Cour d'appel de Gand a refusé de prononcer une peine d'amende, qu'elle s'est dispensée de prononcer à la suite de l'admission de circonstances atténuantes en application de l'article 85 du Code pénal, au motif que le prévenu se trouvait dans « une situation financière extrêmement lamentable » (Gand, 29 novembre 2019, *R.W.*, 2019-2020, p. 539, cité par Fr. KUTY *et. al.*, « Chronique semestrielle de jurisprudence », *Rev. Dr. Pén. crim.*, 2021, p. 424).

⁷³¹ Cass., 27 juin 1984, *Pas.*, I, p. 1308 ; Cass., 14 septembre 1988, *Rev. dr. pén. crim.*, 1989, p. 85 ; Cass., 13 octobre 2009,

⁷³² En l'espèce, il s'agissait de l'arrêt royal du 31 mai 1933 concernant les déclarations à faire en matière de subventions et allocations (Cass., 13 octobre 2009).

6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il ne permet pas au juge pénal de modérer l'amende lorsqu'il existe des circonstances atténuantes⁷³³.

Par la suite, la Cour constitutionnelle a annulé ladite disposition en spécifiant qu'une amende fixée au décuple des droits éludés sans prévoir de taux minimal, peut avoir des effets disproportionnés par rapport au but légitime poursuivi et porter atteinte au respect des biens, garanti par l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme⁷³⁴. La Cour de cassation a, en conséquence, décidé que « tant que la loi ne règle pas différemment la matière, le juge qui sanctionne une infraction aux dispositions de la loi (...), peut librement admettre les circonstances atténuantes – sans y être tenu – et lorsqu'il le fait, il peut, indépendamment du prescrit de l'article 195, alinéas 2 et 3 du Code d'instruction criminelle, librement réduire l'amende »⁷³⁵. Dans un arrêt ultérieur, la Cour de cassation a répété que le juge pénal peut combler la lacune législative en s'attribuant le pouvoir d'admettre des circonstances atténuantes tout en indiquant qu'il ne lui appartient pas de se substituer au législateur et de « fixer par lui-même, à la place du législateur, le minimum de l'amende et donc l'étendue de son pouvoir d'appréciation. Il ne lui appartient pas de définir, dans le silence de la loi, jusqu'où l'amende doit pouvoir être réduite afin d'éviter toute atteinte condamnable aux droits fondamentaux »⁷³⁶.

En revanche, dans un arrêt du 14 février 2008, la Cour constitutionnelle a jugé que l'article 29, § 4 des lois relatives à la police de la circulation routière, coordonnées par l'arrêté royal du 16 mars 1968, tel qu'il a été remplacé par la loi du 20 juillet 2005, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution dans la mesure où la différence de traitement avec l'article 35 de la même loi, qui autorise l'application de circonstances atténuantes, est fondée sur un critère objectif, en l'occurrence le fait d'être ou pas en état d'imprégnation alcoolique ou d'ivresse. « Il est pertinent et non disproportionné, par rapport à l'objectif visé (...), que le législateur, après avoir pris la mesure de la gravité de la conduite en état d'ivresse, ne permette pas l'application de circonstances atténuantes au conducteur d'un véhicule automoteur convaincu de rouler en état d'ivresse sur la voie publique » (arrêt n° 13/2008). L'argumentation de la Cour constitutionnelle semble ainsi conditionner l'admissibilité légale des circonstances atténuantes au seuil de gravité de l'infraction.

Lorsqu'il s'agit d'une *contravention*, l'amende pourra être réduite au-dessous de cinq euros, sans être inférieure à un euro (art. 566).

Ces réductions de peine, si elles entraînent une modification de leur nature juridique, confèrent définitivement au crime un caractère correctionnel et au délit un caractère contraventionnel, avec les conséquences qui en découlent au niveau de la procédure pénale (par exemple, l'extinction de l'action publique par prescription). La nouvelle qualification est acquise dès le jour où l'infraction a été commise⁷³⁷.

⁷³³ C.A., 8 novembre 2006, arrêt n° 165/2006. Elle a émis les mêmes considérations dans ses arrêts du 14 septembre 2006 et du 7 juin 2007 (arrêt n° 138/2006 et 91/2007 à propos de l'article 23 de la loi du 22 octobre 1997 relative à la structure et aux taux des droits d'accise sur les huiles minérales), du 11 janvier 2007 (arrêt n° 8/2007 à propos de l'article 221, § 1^{er}, de la loi générale sur les douanes et accises, coordonnée par l'arrêté royal du 18 juillet 1977), du 22 novembre 2007 (arrêt n° 144/2007 à propos de l'article 3bis, § 3, de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et aux faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités). La situation a, depuis lors, été régularisée par la loi du 28 avril 2009 qui modifie l'article 3bis, § 4, de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et aux faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités afin d'autoriser dorénavant le tribunal de commerce à prononcer la peine d'interdiction pour une durée inférieure à trois ans.

⁷³⁴ C.C., 30 octobre 2008, arrêt n° 140/2008.

⁷³⁵ Cass., 5 juin 2007, *Pas.*, n° 83.

⁷³⁶ Cass., 2 septembre 2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, n° 1, p. 80 et 89.

⁷³⁷ Bruxelles (mis. acc.), 27 octobre 1994, *J.T.*, 1995, p. 342; Cass., 24 avril 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 679; Cass., 5 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1307.

Section 5. Les modalités de la peine

Par modalités de la peine, nous entendons les mesures susceptibles d'affecter le prononcé ou l'exécution de la peine, aux conditions et selon les procédures fixées par la loi. Il s'agit, d'une part, de la suspension du prononcé qui affecte le prononcé de la condamnation et, d'autre part, du sursis qui affecte l'exécution de la peine.

Ces deux modalités visent à réduire les inconvénients liés au prononcé de la condamnation et à l'exécution de la peine, tout en mettant le condamné à l'épreuve.

« Le législateur a opté à diverses reprises pour l'individualisation des peines, en laissant au juge un choix quant à la sévérité de la peine, en lui permettant de tenir compte de circonstances atténuantes et en l'autorisant à accorder des mesures de sursis et de suspension du prononcé (...). Ces mesures ont été prévues dans le but d'éliminer ou d'atténuer les effets infamants qui s'attachent à une condamnation pénale »⁷³⁸.

Etant marquées par la doctrine de la défense sociale, ces deux modalités visent également la « mise à l'épreuve » du délinquant. La loi du 31 mai 1888 établissant la libération conditionnelle et les condamnations conditionnelles dans le système pénal inaugure le mouvement ; la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation poursuit l'évolution, tout en dissociant les deux matières, celle de la libération conditionnelle qui est restée réglée par la loi du 31 mai 1888 et celle de la condamnation conditionnelle qui a été intégrée dans les nouvelles dispositions sur la suspension et le sursis.

La loi du 29 juin 1964 a été modifiée à plusieurs reprises par les lois du 10 février 1994, du 22 mars 1999⁷³⁹, du 28 mars 2000, du 28 novembre 2000, du 17 avril 2002, du 27 décembre 2012⁷⁴⁰, du 10 avril 2014⁷⁴¹ du 25 avril 2014⁷⁴² et, enfin, par la loi du 5 février 2016⁷⁴³ dite pot-pourri II.

§ 1. La suspension du prononcé de la condamnation

La suspension du prononcé cherche à réduire les inconvénients inhérents au prononcé d'une condamnation (stigmatisation, désocialisation, etc.) et, dès lors, à stimuler l'amendement.

« Le suivi rigoureux auquel s'est astreint le prévenu, la poursuite prometteuse de ses études, l'indemnisation de la partie civile et la prise de conscience de la gravité de ses actes, son jeune âge et l'absence d'antécédents judiciaires, le souci de ne pas obérer son avenir professionnel justifient qu'il soit accédé à sa demande de bénéficier de la suspension du prononcé de la condamnation »⁷⁴⁴.

La suspension peut être ordonnée, de l'accord de l'inculpé⁷⁴⁵ par les *juridictions de jugement* à l'exception toutefois des cours d'assises (art. 3, al. 1^{er}). Elle peut également être ordonnée par

⁷³⁸ C.A., 18 janvier 2006, n° 8/ 2006.

⁷³⁹ A ce sujet, cf. notamment G. DEMANET, « La loi du 22 mars 1999 modifiant la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation », *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, p. 914 et s.

⁷⁴⁰ Loi du 27 décembre 2012 portant des dispositions diverses en matière de justice.

⁷⁴¹ Loi du 10 avril 2014 insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal, et modifiant le Code d'instruction criminelle, et loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation.

⁷⁴² Loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de justice.

⁷⁴³ Loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice.

⁷⁴⁴ Corr. Nivelles, 18 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2009, n° 30, p. 1403.

⁷⁴⁵ Cass., 4 janvier 1989, *Rev. dr. pén. crim.*, 1989, p. 426 ; Cass., 31 mai 1995, *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, p. 196 ; Cass., 7 novembre 2001, *J.T.*, 2001, p. 923, obs. A.M. Zahner et O. Klees.

les *juridictions d'instruction* lorsqu'elles estiment que la publicité des débats pourrait provoquer le déclassement de l'inculpé ou compromettre son reclassement (art. 3, al. 2)⁷⁴⁶.

La suspension peut toujours être ordonnée d'office, requise par le ministère public ou demandée par l'inculpé (art. 3, al. 3). La décision ordonnant ou refusant la suspension⁷⁴⁷ et, le cas échéant, la probation doit être motivée conformément à l'article 195 du Code d'instruction criminelle (art. 3, al. 4)⁷⁴⁸.

Dans ce contexte, l'octroi de la suspension est soumis à plusieurs *conditions*.

Premièrement, les antécédents judiciaires ne doivent présenter aucune condamnation à une peine criminelle ou à un emprisonnement principal de plus de six mois (avec ou sans sursis) ou à une peine équivalente prononcée par les juridictions pénales d'un autre Etat membre (art. 3, al. 1^{er}). Pour l'application de cette condition aux personnes morales, l'emprisonnement de plus de six mois est remplacé par une amende de plus de douze mille euros (art. 18*bis*). La condamnation à une peine de travail, de probation autonome, de surveillance électronique ou d'amende (sauf pour les personnes morales) ne fait dès lors pas obstacle à l'octroi d'une suspension du prononcé. Par ailleurs, l'article 9 de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques élargit les conditions d'obtention de la suspension et du sursis concernant les condamnations antérieures, en stipulant : « les personnes qui ont, en vue de leur consommation personnelle, illégalement fabriqué, acquis ou détenu des substances visées à l'article 2*bis*, § 1^{er}, peuvent bénéficier des dispositions de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis ou la probation, même si elles ne remplissent pas les conditions prévues aux articles 3 et 8 de la loi précitée, relatives aux condamnations antérieures qu'elles auraient encourues (...) »⁷⁴⁹.

Deuxièmement, le fait soumis au juge ne doit pas paraître de nature à entraîner, comme peine principale, un emprisonnement correctionnel supérieur à cinq ans ou une peine plus grave⁷⁵⁰ (art. 3, al. 1^{er}), ce qui signifie que le juge doit apprécier la peine qu'il serait susceptible d'appliquer, suite à l'admission des circonstances atténuantes (appréciation *in concreto*). Le champ d'application de la suspension est dès lors relativement large puisqu'elle peut s'appliquer à toutes les infractions, en ce compris les crimes, sauf ceux qui ne peuvent être correctionnalisés dans la mesure où la cour d'assises ne peut prononcer la suspension du prononcé. Pour l'application de cette condition aux personnes morales, l'emprisonnement correctionnel

⁷⁴⁶ Sur la notion de déclassement et de reclassement, voy. Bruxelles (mis. acc.), 17 avril 1986, *Pas.*, 1987, II, p. 113.

⁷⁴⁷ La Cour de cassation se montre plus exigeante en ce qui concerne la motivation des décisions de refus d'accorder la suspension du prononcé (Voyez Cass. 8 novembre 2016, *Pas.*, 2016, n° 628). Elle a censuré une décision considérant que la suspension du prononcé est insuffisante pour réprimer la prévention établie et constitue un signal trop faible pour inciter le prévenu à faire preuve de prudence dans la circulation, sans que le juge vérifie si une peine effective est susceptible de nuire à la réinsertion et à la resocialisation du prévenu (Cass., 8 mai 2018, *N.C.*, 2018, p. 490, note L. Claes).

⁷⁴⁸ Cass., 6 décembre 1995, *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, p. 92. Une ordonnance de la chambre du conseil qui prononce la suspension doit mentionner de façon concrète et précise les motifs pour lesquels cette juridiction d'instruction estime devoir ordonner la suspension. La simple énumération des conditions légales auxquelles il doit être satisfait pour pouvoir accorder la suspension est insuffisante à cette fin (Liège (mis. acc.), 16 octobre 1991, *J.T.*, 1991, p. 743). A été considéré comme motivation suffisante, le fait de refuser d'accorder la mesure à défaut d'avoir constaté chez le demandeur une volonté d'amendement (Cass., 16 février 2011). Dans un arrêt du 18 mars 1998, la Cour d'arbitrage décide que l'article 135 du C.I.cr. ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne permet pas à l'inculpé d'exercer un recours à l'encontre d'une ordonnance de la chambre du conseil lui refusant le bénéfice de la suspension du prononcé (C.A., 18 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 664).

⁷⁴⁹ Voy. A. DE NAUW, « La suspension et le sursis en matière de stupéfiants et le délit collectif », *Rev. dr. pén. crim.*, 1985, p. 113 et s.; Cass., 6 juin 1990, *Pas.*, I, p. 1133, note, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1119, note O. Klees : cette disposition s'applique même si les substances sont importées par la personne qui les détient; A. DE NAUW, « Tien jaar drugwet (1985-1995) », *R.W.*, 1996-1997, p. 454 et s.; Bruxelles, 10 septembre 1997, *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 121.

⁷⁵⁰ Il a cependant été jugé que la demande de suspension du prononcé de la peine reste réservée aux infractions d'une certaine importance, de simples peines d'amende n'étant pas en général, de nature à porter préjudice au reclassement du prévenu (Pol. Verviers, 4 juin 1995, *J.L.M.B.*, 2000, p. 77).

supérieur à cinq ans est remplacé par une amende supérieure à cent vingt mille euros (art. 18bis)⁷⁵¹.

Enfin, la prévention doit être déclarée établie et l'inculpé doit marquer son accord (art. 3, al. 1^{er})⁷⁵².

Le prononcé de la condamnation est suspendu pendant une *durée* – que l'on appelle le délai d'épreuve – d'un an au moins et de cinq ans au plus⁷⁵³. La suspension du prononcé revient ainsi à déclarer le prévenu coupable des faits (déclaration de culpabilité) sans prononcer de peine⁷⁵⁴ tout en le soumettant à un délai d'épreuve.

La *procédure* devant les juridictions d'instruction et les juridictions de jugement est déterminée aux articles 4 et 5 de la loi. Les décisions judiciaires ordonnant la suspension sont prononcées en audience publique. Les juridictions de jugement et les juridictions d'instruction sont compétentes pour statuer sur l'action civile⁷⁵⁵ et prononcer, s'il y a lieu, la confiscation spéciale (art. 6). Depuis l'adoption de la loi du 8 août 1997, les décisions judiciaires relatives à la suspension du prononcé sont inscrites dans le casier judiciaire central, mais elles ne figurent ni parmi les informations enregistrées dans le casier judiciaire auxquelles peuvent accéder certaines administrations publiques, ni parmi celles qui sont inscrites sur l'extrait du casier judiciaire délivré, à sa demande, à la personne concernée⁷⁵⁶.

La *révocation* de la suspension du prononcé est toujours facultative et peut intervenir « en cas de nouvelle infraction commise pendant le temps d'épreuve et ayant entraîné une condamnation à une peine criminelle ou à un emprisonnement correctionnel principal d'au moins un mois » ou à une peine équivalente prononcée par les juridictions pénales d'un autre Etat membre de l'Union européenne (art 13, § 1^{er}). Pour les personnes morales, la peine d'emprisonnement d'au moins un mois est remplacée par une amende d'au moins cinq cents euros (art. 18bis). Par ailleurs, « si la juridiction ne révoque pas la suspension, elle peut remplacer la suspension simple par la suspension probatoire ou assortir celle-ci de nouvelles conditions » (art. 13, § 2).

En outre, « la suspension probatoire peut également être révoquée si la personne n'observe pas les conditions imposées et que cette inobservation a paru suffisamment grave à la commission de probation pour être signalée au ministère public. Dans ce cas, la juridiction peut, au lieu de révoquer la suspension probatoire, l'assortir de nouvelles conditions » (art. 13, § 3). Encore faut-il, lorsqu'il assortit la suspension de nouvelles conditions, que le tribunal soit toujours dans le délai d'épreuve initialement fixé⁷⁵⁷.

⁷⁵¹ Concernant l'application de la suspension du prononcé à une personne morale, voy. Corr. Bruxelles (40^e ch.), 8 janvier 2008, où une société de droit commercial, reconnue coupable d'intrusion informatique dans l'ordinateur d'un de ses employés (art. 550bis C. pén.), bénéficie de la suspension du prononcé de la condamnation pendant deux ans au motif que « la publicité des débats serait de nature à provoquer des réflexions malveillantes ou à tout le moins critiques, hautement préjudiciables à la s.a. S., assimilable à un risque grave de déclassement », *J.T.*, 2008, n°6311, p. 337-338 et obs. A Leroy.

⁷⁵² Cass., 4 janvier 1989, *Rev. dr. pén. crim.*, 1989, p. 426, note J.S. ; Cass., 31 mai 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 1310, note M. Gelders ; Cass., 12 novembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 519 (l'accord du prévenu ne constitue pas un aveu de culpabilité).

⁷⁵³ En raison du délai d'épreuve qu'implique la suspension du prononcé, la Cour de cassation a considéré que l'arrêt qui remplace une déclaration de culpabilité en raison du dépassement du délai raisonnable, doit être rendu à l'unanimité des membres du siège, dès lors qu'il aggrave la situation du demandeur (Cass., 25 avril 2007).

⁷⁵⁴ A défaut de peine, la suspension du prononcé ne peut servir de base à la récidive légale (Cass., 19 décembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 500).

⁷⁵⁵ Cass., 18 septembre 1990, *J.T.*, 1991, p. 539 ; en omettant de statuer sur les actions civiles et en ne prononçant pas la réouverture des débats pour permettre aux parties civiles de conclure sur le fondement de leurs actions, l'arrêt qui ordonne la suspension du prononcé viole les droits de la défense de l'article 6, al. 3, de la loi du 29 juin 1964.

⁷⁵⁶ Néanmoins, si l'extrait de casier judiciaire est sollicité en vue d'accéder à une « activité qui relève de l'éducation, de la guidance psycho-médico-sociale, de l'aide à la jeunesse, de la protection infantile, de l'animation ou de l'encadrement de mineurs », il doit mentionner un certain nombre de condamnations et de décisions – dont la suspension du prononcé – pour des faits commis à l'égard d'un mineur et pour autant que cet élément soit constitutif de l'infraction ou qu'il en aggrave la peine.

⁷⁵⁷ Cass., 20 juin 2007, *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, p. 67 : « Si l'article 13, § 3, de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, donne le pouvoir au tribunal, saisi de l'action en révocation de la suspension probatoire pour inobservation des

Si la suspension est révoquée, la peine d'emprisonnement principal prononcée pour les faits qui y ont donné lieu ne peut dépasser cinq ans (art. 13, § 4). Pour les personnes morales, la peine d'emprisonnement de cinq ans est remplacée par une amende de cent vingt mille euros (art. 18*bis*). La procédure à suivre par les juridictions de jugement est celle prévue par l'article 5, § 2, pour l'octroi de la suspension et les décisions sont susceptibles des voies de recours prévues par le Code d'instruction criminelle (art. 13, § 5).

Enfin, en cas de nouvelle infraction, l'action tendant à la révocation et au prononcé de la condamnation pour les faits qui ont donné lieu à la suspension est prescrite après trois ans à compter du jour où la condamnation prononcée pour la nouvelle infraction a acquis force de chose jugée; en revanche, en cas d'inobservation des conditions, l'action doit être intentée au plus tard dans l'année et elle est prescrite après une année révolue à compter du jour où la juridiction compétente a été saisie (art. 13, § 6)⁷⁵⁸.

Les peines prononcées suite à la révocation de la suspension du prononcé ou du sursis à l'exécution sont *cumulées*, sans limite, avec celles prononcées du chef de la nouvelle infraction (art. 16). La procédure dans le cadre des *nouvelles poursuites* est fixée par l'article 17.

À défaut de révocation de la suspension du prononcé pendant le délai d'épreuve, la prescription de l'action publique est éteinte (art. 18, § 1^{er}, al. 2) et met définitivement fin aux poursuites (art. 3, al. 5).

§ 2. Le sursis à l'exécution des peines

L'idée de base est analogue à celle de la suspension : réduire les inconvénients inhérents à l'exécution des peines, notamment des courtes peines de prison et stimuler l'amendement par la menace de l'exécution de la condamnation. Il a été jugé que le « sursis n'est pas une peine mais une mesure affectant l'exécution de la peine »⁷⁵⁹.

Les juridictions de jugement, en ce compris la cour d'assises, peuvent *ordonner* qu'il sera « sursis à l'exécution, soit du jugement ou de l'arrêt, soit de tout ou partie des peines principales ou subsidiaires » (art. 8, § 1^{er}, al. 1^{er}). Le juge refusant l'octroi du sursis doit sur la base de cette disposition motiver sa décision conformément aux dispositions de l'article 195 du Code d'instruction criminelle. Il doit dès lors indiquer, d'une manière qui peut être succincte mais précise, les raisons de sa décision⁷⁶⁰.

Le sursis implique dès lors, contrairement à la suspension du prononcé, la condamnation à une peine. Il peut s'appliquer à toutes les peines, sauf les peines dites alternatives (peine de travail, de probation autonome et de surveillance électronique), la peine confiscation spéciale et les peines subsidiaires.

Le sursis peut être simple ou probatoire (art. 1^{er}, § 2) et, dans ce dernier cas, le condamné doit s'engager à respecter les conditions que la juridiction détermine (art. 8, § 2)⁷⁶¹. La décision ordonnant ou refusant le sursis et, le cas échéant, la probation doit être motivée conformément

conditions, d'assortir la mesure de nouvelles conditions au lieu de la révoquer, cette disposition n'autorise pas ledit tribunal à allonger le délai d'épreuve fixé dans la décision initiale, ni à faire courir un nouveau délai d'épreuve; dès lors, lorsque le tribunal statue après l'expiration du délai d'épreuve, il n'a pas le pouvoir d'imposer de nouvelles conditions dans le cadre d'une mesure dont le délai est expiré ».

⁷⁵⁸ La Cour de cassation rappelle régulièrement que l'action en révocation d'un sursis probatoire (le raisonnement vaut également pour la suspension) constitue une action publique de sorte que sa prescription est susceptible d'être interrompue et suspendue conformément aux règles du Titre préliminaire du Code de procédure pénale (Cass., 9 mai 2007, *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, n° 9-10, p. 891 à 895, note ; Cass., 21 octobre 2008).

⁷⁵⁹ Cass., 12 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 364.

⁷⁶⁰ Dès lors, la juridiction d'appel renvoyant à la motivation du premier juge, mais supprimant le sursis accordé par ce dernier, viole l'article 195 du Code d'instruction criminelle (Cass., 14 novembre 2017, *T. Strafr.*, 2018, p. 370, note E. Baeyens).

⁷⁶¹ Le sursis simple n'implique pas l'accord de l'intéressé (voy. Cass., 29 novembre 1988, *R.W.*, 1988-1989, p. 984, note A. Vandeplas).

aux dispositions de l'article 195 du Code d'instruction criminelle⁷⁶². Toutefois, la Cour de cassation estime que « le juge décide souverainement, dans les limites établies par la loi, s'il y a lieu d'accorder à certains prévenus un sursis à l'exécution de la condamnation et de le refuser à d'autres, même s'ils se trouvent dans une situation semblable »⁷⁶³.

Les *conditions* d'octroi du sursis sont plus larges que celles de la suspension : les antécédents judiciaires ne doivent présenter aucune condamnation à une peine criminelle ou à un emprisonnement principal de plus de trois ans ou à une peine équivalente prononcée par les juridictions pénales d'un autre Etat membre de l'Union européenne. Toutefois, le sursis simple ne peut être ordonné lorsque le condamné a encouru antérieurement une condamnation à un emprisonnement principal de plus de douze mois ou à une peine équivalente prise en compte conformément à l'article 99*bis* du Code pénal (art. 8, § 1^{er}). La condition liée aux antécédents judiciaires pourrait toutefois être modifiée à l'avenir en ce qui concerne le sursis probatoire⁷⁶⁴. À nouveau, la condamnation à une peine de travail, de probation autonome, de surveillance électronique ou d'amende ne fait dès lors pas obstacle à l'octroi d'un sursis. De même, en cas d'application de l'article 65, alinéa 2 du Code pénal, les condamnations antérieurement prononcées, y compris à l'étranger, pour des faits unis par une même intention délictueuse ne font pas obstacle à l'octroi d'un sursis (art. 8, § 1^{er}, al. 2). Enfin, comme dans le cadre de la suspension du prononcé, « les personnes qui ont, en vue de leur consommation personnelle, illégalement fabriqué, acquis ou détenu des substances visées à l'article 2*bis*, § 1^{er}, peuvent bénéficier des dispositions de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis ou la probation, même si elles ne remplissent pas les conditions prévues aux articles 3 et 8 de la loi précitée, relatives aux antécédents judiciaires (article 9 de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiants, désinfectantes ou antiseptiques).

Concernant la gravité des faits poursuivis, le sursis ne peut être octroyé que si la ou les condamnations prononcées dans le cas d'espèce ne dépassent cinq ans d'emprisonnement (art. 8, § 1^{er}, al. 1^{er})⁷⁶⁵. C'est à nouveau ici la peine *in concreto* qui doit être prise en considération, ce qui signifie que le sursis peut s'appliquer à toutes les infractions, à condition que la juridiction - y compris la cour d'assises - ne prononce pas une peine supérieure à cinq ans d'emprisonnement. Pour l'application de cette condition aux personnes morales, l'emprisonnement correctionnel supérieur à cinq ans est remplacé par une amende supérieure à cent vingt mille euros (art. 18*bis*). La décision doit être motivée (art. 8, § 1^{er}, al. 1^{er}).

L'*effet* du sursis est de suspendre l'exécution de la condamnation pendant le *délai d'épreuve* qui ne peut être inférieur à une année ni excéder cinq ans à compter de la date du jugement ou de l'arrêt (art. 8, § 1^{er}, al. 3). Une condamnation avec sursis est illégale si la décision ne précise pas la durée du sursis⁷⁶⁶. En ce qui concerne les peines d'amende et les peines d'emprisonnement ne dépassant pas six mois, la durée du sursis ne peut pas excéder trois ans (art. 8, § 1^{er}, al. 4 et art. 13)⁷⁶⁷. Pour les personnes morales, les peines d'emprisonnement ne dépassant pas six mois

⁷⁶² Cass., 3 janvier 1995, *Pas.*, I, p. 3; Cass., 7 mai 1996, *J.T.*, 1996, p. 132. Voy. aussi Cass., 17 mai 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 1057, note S. Van Overbeke.

⁷⁶³ Cass., 8 octobre 1996, *Pas.*, I, p. 943.

⁷⁶⁴ Voy. l'article 106 du projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, *Doc. Parl.*, Ch., sess. ord. 2020-21, n°55-2141/001 ; voy. également l'exposé des motifs, pp. 77-82.

⁷⁶⁵ Si l'article 21*ter* du Titre préliminaire du Code de procédure pénale autorise le juge, en cas de dépassement du délai raisonnable, à prononcer une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi, il ne lui permet pas d'accorder le sursis à l'exécution d'une peine dépassant cinq ans d'emprisonnement (sept ans en l'espèce) (Cass. 28 septembre 2011, *J.T.*, 2011, p. 675 ; Cass. 16 octobre 2019, *T. Straf.*, 2020, p. 61, obs. P. Hoet).

⁷⁶⁶ Cass., 17 mars 1993, *Pas.*, I, p. 293 ; Cass. 15 mars 2000 ; Cass. 16 février 2005 : « Le sursis étant un élément de la peine principale, l'illégalité affectant la décision relative au sursis entraîne l'annulation de la condamnation entière ».

⁷⁶⁷ M. DE SWAEF, « De wet van 9 januari 1991 tot wijziging van de probatiewet », *R.W.*, 1990-1991, p. 1441 et s. ; Cass., 11 décembre 1991, *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, p. 430 ; Cass., 20 juin 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 1082, note A. Vandeplas ; Cass., 16 janvier 1996, *J.T.*, 1996, p. 528.

sont remplacées par des peines d'amende ne dépassant pas douze mille euros (art. 18*bis*). Contrairement à la suspension du prononcé, le sursis est mentionné sur l'extrait de casier judiciaire délivré aux particuliers.

La *révocation* du sursis intervient de plein droit si, pendant le délai d'épreuve, le bénéficiaire commet une nouvelle infraction pour laquelle il est condamné à une peine criminelle ou à un emprisonnement principal de plus de six mois sans sursis ou à une peine équivalente prononcée par les juridictions pénales d'un autre Etat membre de l'Union européenne (art. 14, § 1^{er}). Pour les personnes morales, la peine de plus de six mois est remplacée par une amende de plus de mille euros (art. 18*bis*). Dans ce cas, le ministère public peut exécuter la condamnation antérieurement prononcée avec sursis. Il y a révocation facultative si une nouvelle infraction commise pendant le délai d'épreuve a entraîné une condamnation à un emprisonnement principal effectif (donc ferme) d'un mois au moins et de six mois au plus ou à une peine équivalente prononcée par les juridictions pénales d'un autre Etat membre (art. 14, § 1^{er}*bis*) ainsi qu'en cas d'inobservation des conditions probatoires (art. 14, § 2). Dans ce dernier cas, l'action en révocation doit être intentée dans l'année (art. 14, § 3) et la juridiction de jugement peut, si elle ne révoque pas le sursis probatoire, l'assortir de nouvelles conditions (art. 14, § 2)⁷⁶⁸.

Si le sursis est révoqué, les peines deviennent exécutoires et sont, le cas échéant, cumulées sans limites avec les peines prononcées pour la nouvelle infraction (art. 16). Les articles 17 et 18 sont communs à la suspension du prononcé de la condamnation et au sursis à l'exécution des peines. À l'expiration du délai, si le sursis n'est pas révoqué, la peine ne pourra plus être exécutée⁷⁶⁹.

Enfin, en vue de l'application de la suspension de la condamnation ou du sursis à l'exécution de la peine (simple ou probatoire), le ministère public et le juge d'instruction peuvent, dans les conditions prévues à l'article 2, faire procéder à un rapport d'information succinct. En outre, le ministère public, le juge d'instruction, les juridictions d'instruction et les juridictions de jugement peuvent faire procéder, d'office ou à la requête du délinquant, en lieu et place du rapport d'information succinct ou en complément à celui-ci, à une enquête sociale sur son comportement et son milieu (art. 2, § 2). Un arrêté royal du 7 juin 2000 détermine les principes généraux en matière d'usage de l'enquête sociale et du rapport d'information succinct dans les matières pénales⁷⁷⁰.

§ 3. *La probation*

La suspension et le sursis peuvent être probatoires, c'est-à-dire assortis de certaines conditions que le législateur qualifie de « conditions particulières » et que le bénéficiaire s'engage à respecter⁷⁷¹. Dans ce cas elles s'appellent respectivement « suspension probatoire » et « sursis probatoire ». En l'absence de conditions particulières, ces mesures s'appellent « suspension simple » et « sursis simple » (art. 1^{er}, § 2, al. 1^{er}).

Lorsqu'une mesure de probation est envisagée, l'inculpé en est informé avant la clôture des débats et est entendu dans ses observations (art. 1^{er}, § 2). Par ailleurs, si les inculpés ou les condamnés le sont pour un des faits visés aux articles 372 à 377 et 377*quater* du Code pénal (attentat à la pudeur ou viol) ou pour un des faits visés aux articles 379 à 387 du même Code

⁷⁶⁸ Cass., 8 février 2005, *Pas.*, 2005, p. 80 : « Lorsque le premier juge n'a pas révoqué le sursis probatoire mais imposé des conditions de probation supplémentaires, les juges d'appel sont tenus de statuer à l'unanimité pour révoquer le sursis probatoire ».

⁷⁶⁹ C'est à ce moment que la peine sera « réputée subie » (Cass., 24 juin 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, pp. 1006, note G.D.).

⁷⁷⁰ *M.B.*, 10 juin 2000, p. 20541 à 20542.

⁷⁷¹ Cass., 29 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 343.

(corruption de la jeunesse, prostitution ou outrage public aux bonnes mœurs) lorsque ceux-ci ont été commis sur des mineurs ou avec leur participation, une mesure probatoire ne peut être ordonnée qu'après avoir pris l'avis motivé d'un service spécialisé dans la guidance ou le traitement des délinquants sexuels (art. 9bis, al. 1^{er})⁷⁷².

Les conditions particulières

Si la suspension du prononcé ou le sursis sont probatoires, le consentement du bénéficiaire est obligatoire (art. 3 et 8, § 2). Celui-ci doit, en outre, s'engager à en respecter les conditions⁷⁷³.

Depuis la loi du 27 décembre 2012⁷⁷⁴, la suspension et le sursis probatoire doivent obligatoirement être assortis des conditions suivantes : ne pas commettre d'infractions ; avoir une adresse fixe et notifier tout changement à l'assistant de justice chargé de la guidance ; donner suite aux convocations de la commission de probation et à celles de l'assistant de justice. Ces conditions peuvent être complétées par des conditions individualisées « visant à éviter la récidive et à encadrer la guidance » (art. 1^{er}, § 2bis).

Le législateur n'a pas fixé lui-même les conditions individualisées de probation mais il a laissé au juge le soin de les choisir et de les adapter au cas d'espèce⁷⁷⁵. A cet égard, l'examen de la jurisprudence révèle différentes conditions particulières qui ont été imposées et qui se déclinent le plus souvent sur le mode soit de l'interdiction (interdiction de fréquenter certains lieux comme des débits de boissons ou des salles de jeux; interdiction de consommer de l'alcool; interdiction d'exercer une activité; interdiction de sortir du pays, etc.), soit de l'obligation (obligation de se soumettre à une cure de désintoxication, obligation de se soumettre à un suivi médical ou psychiatrique, obligation de réparer le dommage causé, etc.).

Lorsque la condition consiste dans le suivi d'une guidance ou d'un traitement, la commission de probation invite l'intéressé à choisir, avec son accord, un service compétent ou une personne compétente (art. 9bis, al. 2).

Lorsque la suspension ou le sursis est ordonné pour l'intégralité d'une peine d'emprisonnement ou d'une peine d'amende, les conditions particulières peuvent notamment consister en l'obligation dans les douze mois qui suivent la date à laquelle le jugement ou l'arrêt est passé en force de chose jugée, de suivre une *formation* déterminée, dont la durée ne peut être inférieure à vingt heures ni supérieure à deux cent quarante heures (art. 1^{er}, 3 et art. 1^{er}bis, 1^{er})⁷⁷⁶.

La formation ne peut toutefois être imposée, pour les mêmes faits, cumulativement avec un emprisonnement effectif, à moins que l'intéressé ait subi une détention préventive pour ces faits et que le juge prononce un emprisonnement qui n'excède pas la détention préventive déjà subie. Dans ce cas, le juge tient compte de la durée de l'emprisonnement prononcé pour déterminer le nombre d'heures de formation (art. 1^{er}, § 3, al. 2).

⁷⁷² Concernant l'application de cette disposition à un cas concret, cf. notamment Corr. Tournai, 13 septembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, n° 21, p. 932, obs. P. Monville. Voy. aussi Cass., 22 mai 2007 qui rappelle que l'avis n'est obligatoire que si la juridiction ordonne une mesure probatoire, *R.W.*, 2008, n° 23, p. 951 à 952, note A. Vandeplass.

⁷⁷³ Le juge ne peut toutefois imposer une condition qui équivaudrait à enfreindre la loi (Anvers, 15 octobre 1991, *R.W.*, 1991-1992, pp. 678 et s). Sur le sursis probatoire en matière de droit de l'environnement, voy. Corr. Bruges, 15 octobre 1986, *R.W.*, 1988-1989, p. 303, note M. Faure.

⁷⁷⁴ Loi du 27 décembre 2012 portant des dispositions diverses en matière de justice (*M.B.*, 31 janvier 2013).

⁷⁷⁵ Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3^e éd., op. cit., p. 467 et s.

⁷⁷⁶ Les articles 11 et 12 de la loi du 17 avril 2002 instaurant la peine de travail ont supprimé la référence aux travaux d'intérêt général comme condition probatoire. Ainsi, rien n'empêche d'imposer comme condition probatoire le suivi d'un cours de sensibilisation en matière de sécurité routière, dans le cadre d'un sursis octroyé pour la totalité de la peine d'emprisonnement, même si les autres peines (en l'occurrence une amende et une déchéance du droit de conduire) ne sont assorties que d'un sursis partiel (Cass., 9 septembre 2008).

La nature de la formation à suivre est déterminée, après avoir entendu l'intéressé, par la commission de probation, compte tenu des observations de celui-ci, en fonction de ses capacités physiques et intellectuelles. Elle désigne également l'organisme ou l'association où ils devront être effectués. Il peut être également, tenu compte, à cet égard, des intérêts des victimes éventuelles (art. 1^{er}*bis*, § 1^{er}, al. 2).

Les formations ne peuvent être suivies « qu'auprès des services publics de l'Etat, des communes, des provinces, des Communautés et des Régions ou auprès d'associations sans but lucratif ou de fondations à but social, scientifique ou culturel » (art. 1^{er}*bis*, § 2, al. 1^{er}).

Les inculpés et les condamnés auxquels une mesure probatoire a été imposée sont guidés par des assistants de justice qui font rapport à la commission de probation.

L'exécution des mesures probatoires est contrôlée par les *commissions de probation*⁷⁷⁷ auxquelles les agents chargés de la surveillance et, le cas échéant, le service ou la personne ayant accepté une mission de guidance ou de traitement font rapport (art. 9, 9*bis*, al. 3 et 4, et 11). Il est institué une commission de probation auprès de chaque tribunal de 1^{ère} instance composée de trois membres, un magistrat, un avocat et un fonctionnaire (art. 10). La commission de probation peut suspendre, en tout ou en partie, les conditions fixées par le juge ; elle peut les préciser ou les adapter aux circonstances, sans toutefois les rendre plus sévères. La décision de la commission doit être motivée et elle est susceptible de recours (art. 12) d'abord devant le tribunal de première instance et, ensuite, devant la Cour de cassation⁷⁷⁸.

⁷⁷⁷ A cet égard, cf. notamment P. REYNAERT, « Bilan des commissions de probation et des commissions de défense sociale », *Journ. proc.*, 2004, n° 482, p. 26 et s.

⁷⁷⁸ Ainsi, dans une affaire où la cour d'appel de Bruxelles avait ordonné la suspension probatoire du prononcé avec la condition que le prévenu ne reçoive plus chez lui ou dans tout autre lieu privé, de mineur non accompagné, la Cour de cassation a considéré que le fait pour la commission de probation de préciser qu'une école est un lieu privé, ne rendait pas la condition probatoire plus sévère (Cass., 16 janvier 2008, *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, n° 6, p. 684 et note de O. Michiels.)

Section 6. L'exécution des peines

§1. Généralités

Alors qu'il existe un code pour régir les différentes infractions et peines (le Code pénal), un code qui reprend les règles de procédures pénales (le Code d'instruction criminelle), il n'existe pas, à ce jour, de code qui prévoit les règles relatives à l'exécution des peines et mesures prononcées par le juge du fond. En d'autres termes, il n'y a pas de code qui rassemble les règles expliquant comment s'exécutent concrètement une peine de prison, une peine de travail, une peine d'amende, une mesure d'internement, etc. La réponse à cette question se trouve donc dans des textes légaux épars. Les règles diffèrent quant à l'exécution des différentes peines et mesures, et ce ne sont pas les mêmes organes qui sont chargés de l'exécution de celles-ci. Ainsi, c'est la commission de probation qui est compétente pour le suivi des peines de travail et des peines de probation⁷⁷⁹, tandis que l'exécution des peines privatives de liberté dépend à la fois du ministre de la Justice, de l'administration pénitentiaire (avec un rôle important joué par la Direction Gestion de la Détention⁷⁸⁰ et les directeurs d'établissements pénitentiaires), du ministère public, du juge de l'application des peines (ci-après JAP) et du tribunal de l'application des peines (ci-après TAP).

Sous la législature précédente (54^e), le ministre de la Justice Koen Geens avait la volonté d'élaborer un Code de l'exécution des peines, pour donner une base légale à l'exécution de toutes les peines. L'idée était que le tribunal de l'application des peines devienne le juge du suivi et du contrôle de l'exécution de toutes les peines. Ceci est toutefois resté au stade d'un avant projet de loi, n'ayant pas été déposé au parlement avant la fin de la législature⁷⁸¹ ; mais la volonté d'avancer dans la codification de l'exécution des peines a été reprise dans l'accord de gouvernement Vivaldi et dans l'exposé d'orientation politique du ministre de la Justice Vincent Van Quickenborne⁷⁸².

À cet égard, il faut souligner que la Commission de réforme du droit pénal (voy. *supra*, Chapitre 1, Section 2, §4) a fait le choix de judiciariser l'exécution de l'ensemble des peines, en confiant au TAP un nombre très important de compétences. Elle écrit à ce propos :

« De façon générale, le Code en projet prévoit de confier au tribunal de l'application des peines tout le contentieux de l'exécution des peines prévues par le Code. Les règles de procédure applicables devront être uniformisées dans une législation régissant l'ensemble de l'exécution des peines (et pas seulement les peines privatives de liberté). Dans le présent avant-projet, le choix a été fait d'utiliser le terme générique de 'tribunal de l'application des peines', sans indiquer s'il s'agit du tribunal dans sa composition collégiale ou de juge unique. Cette question ainsi que la compétence territoriale devront être déterminées par la législation relative à l'exécution des peines »⁷⁸³.

⁷⁷⁹ Voy. à cet égard, A. JONCKHEERE, « L'activité des commissions de probation dans le cadre de l'exécution des peines », *Rev. dr. pén. crim.*, 2016, p. 1304 à 1323.

⁷⁸⁰ Le SPF Justice comporte une Direction générale des établissements pénitentiaires (DGEPI), communément appelée « l'administration pénitentiaire ». La DGEPI dispose d'une administration centrale, composée de six directions, d'un service de liaison et d'un porte-parole. Parmi ces six directions, on trouve la DGD (Direction Gestion de la Détention). La DGD se compose de quatre services : du côté francophone, le « service statut juridique interne » (SSJI) et le « service statut juridique externe » (SSJE), et du côté néerlandophone, le « dienst interne rechtspositie » (DIRP) et le « dienst externe rechtspositie » (DERP).

⁷⁸¹ Voy. *supra*, Chapitre 1, Section 2, §6.

⁷⁸² Exposé d'orientation politique du vice-premier ministre et ministre de la Justice du 4 novembre 2020, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°55-1610/015. Pour un commentaire, voy. : O. NEDERLANDT, « L'exposé d'orientation politique du ministre de la Justice – Les volets pénal et pénitentiaire : une politique essentiellement sécuritaire et répressive », *J.T.*, 2021, p. 192 à 195.

⁷⁸³ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, Commission de réforme du droit pénal ..., op. cit., p. 119.

Ce choix est posé dans une volonté de simplifier et d'uniformiser la matière de l'exécution des peines. La Commission indique en effet qu'« afin de rendre le système plus cohérent et plus uniforme, il est proposé de supprimer la commission de probation et de confier l'ensemble de ses prérogatives au tribunal de l'application des peines. Il importe de regrouper l'ensemble du contentieux relatif à l'exécution des peines entre les mains d'une seule et même juridiction »⁷⁸⁴.

Le TAP interviendrait ainsi dans l'exécution de la peine de prestation en faveur de la communauté, de l'interdiction d'exercer une activité relevant de l'objet social, du traitement imposé, de la peine de surveillance électronique, de la peine de travail, de la peine de probation, de la déchéance des droits, de l'exclusion du droit de participer à des marchés publics ou d'obtenir des concessions, de la déchéance du droit de conduire et de l'interdiction de résidence ou de contact, du sursis. Le TAP pourrait également intervenir pour régler des situations de concours⁷⁸⁵. La Commission s'inspire ici de l'avant-projet de Code pénal de 1985 du professeur Legros, qui voulait faire du TAP le juge du suivi et du contrôle de l'exécution de toutes les peines et mesures prononcées par le juge du fond⁷⁸⁶.

La proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal adopte ce choix et confie au TAP tout le contentieux de l'exécution des peines⁷⁸⁷.

Dans cette section, seule l'exécution des peines privatives de liberté sera étudiée, et non l'exécution des autres peines et mesures⁷⁸⁸. Cependant, l'exécution de certaines peines et mesures a déjà été étudiée précédemment dans ce cours.

Il en est ainsi :

- de la mesure d'internement, avec le rôle central de la chambre de protection sociale du TAP, a été étudiée précédemment (*supra*, Chapitre III, Section 3, §3, A., 2. Le trouble mental, d) L'exécution de la mesure d'internement) ;
- des mesures protectionnelles imposées aux mineurs par les juges de la jeunesse (*supra*, Chapitre III, Section 3, §3, A., 3. La minorité) ;
- de l'exécution de la peine de surveillance électronique, avec le rôle central du Centre de surveillance électronique (*supra*, Chapitre V, Section 3, §2) ;
- de l'exécution de la peine de travail et de la peine de probation, avec le rôle central de la commission de probation (*supra*, Chapitre V, Section 3, §2) ;
- de l'exécution des suspensions et sursis probatoires avec le rôle central des commissions de probation (*supra*, Chapitre V, Section 5).

⁷⁸⁴ *Ibidem*, p. 129.

⁷⁸⁵ J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH et J. DE HERDT, Un nouveau Code pénal pour le futur ? La proposition de la commission de réforme du droit pénal, *op. cit.*, p. 11 à 21.

⁷⁸⁶ R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, Bruxelles, Editions du Moniteur belge, 1985, p. 49 à 70.

⁷⁸⁷ Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2 (déposée par Philippe Goffin (MR), Koen Geens (CD&V), Servais Verherstraeten (CD&V) et Katja Gabriëls (Open Vld), *Doc.*, Ch., 2019, n°55-0417/001.

⁷⁸⁸ Pour un ouvrage récent en matière d'exécution des peines et des mesures voy. : H. Bosly et Ch. De Valkeneer (dir.), *Actualités en droit de l'exécution des peines et de l'internement*, Bruxelles, Larcier, 2021.

§2. L'exécution des peines privatives de liberté

La matière de l'exécution des peines privatives de liberté⁷⁸⁹ est régie principalement par trois lois⁷⁹⁰ : une portant sur le statut juridique *interne*, et deux sur le statut juridique *externe* des condamnés. Le statut juridique interne du condamné a trait à tout ce qui concerne la vie des détenus à l'intérieur de la prison, tandis que le statut juridique externe du condamné se rapporte aux aspects extérieurs de sa détention, notamment les aménagements de sa peine.

La première est la *loi de principes du 12 janvier 2005* concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus⁷⁹¹, dite « loi de principes » ou « loi Dupont » en écho au travail préparatoire de la commission Dupont⁷⁹². Cette loi, dont certaines dispositions ne sont pas encore entrées en vigueur, ne sera pas étudiée dans le cadre de ce cours.

La seconde est la *loi du 17 mai 2006* relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine⁷⁹³ (ci-après « la loi du 17 mai 2006 ») et la troisième est la loi du 17 mai 2006 instaurant des tribunaux de l'application des peines⁷⁹⁴. Ces lois, qui sont le fruit des travaux de la commission Holsters⁷⁹⁵, organisent le régime légal des modalités d'exécution de la peine privative de liberté. Si la loi instaurant les TAP est entièrement entrée en vigueur, ce n'est pas encore, à l'heure où nous écrivons ses lignes, le cas de la loi du 17 mai 2006. Cette dernière n'est que partiellement entrée en vigueur et a déjà été modifiée à maintes reprises au gré de faits divers bouleversant l'opinion publique.

Adopter ces trois lois relevait de la volonté de créer un véritable « droit pénitentiaire » et de mettre fin à l'insécurité juridique en offrant aux condamnés des garanties légales : ceux-ci ne devaient plus être soumis durant leur peine de prison à un régime de faveurs, mais devenir de véritables sujets de droits. Cependant, presque quinze ans après leur adoption, certaines dispositions de ces lois ne sont toujours pas entrées en vigueur, faute d'arrêtés d'exécution. Le droit pénitentiaire relève donc aujourd'hui d'un régime à deux vitesses : dans certains cas, les lois de 2005 et 2006 s'appliquent, dans d'autres, si les articles concernés ne sont pas entrés en vigueur, il faut chercher la réglementation dans des sources administratives, peu accessibles et régulièrement modifiées.

L'objectif de la loi du 17 mai 2006 est de *légaliser*, de donner un cadre légal aux différents aménagements de la peine privative de liberté, appelés les « modalités d'exécution de la peine ». L'idée est que le parcours standard de tout condamné doit consister à lui permettre de préparer sa réinsertion en sortant de prison d'abord dans le cadre de « petites sorties » (des permissions de sortie et des congés pénitentiaires) et puis d'une libération conditionnelle. Ces

⁷⁸⁹ Cette matière est étudiée de manière exhaustive dans le *Manuel de droit pénitentiaire* de Marie-Aude Beernaert publié aux éditions Anthemis (3^e édition, 2019).

⁷⁹⁰ À ces trois lois qui constituent le socle du droit pénitentiaire belge, est récemment venue s'ajouter une quatrième : la loi du 23 mars 2019 concernant l'organisation des services pénitentiaires et le statut du personnel pénitentiaire, *M.B.*, 11 avril 2019, qui ne sera pas étudiée dans le cadre de ce cours.

⁷⁹¹ *M.B.*, 1^{er} février 2005.

⁷⁹² La Commission « loi de principes concernant l'administration pénitentiaire et le statut juridique des détenus », dite Commission Dupont du nom de son président, a été chargée, par l'arrêté royal du 25 novembre 1997, *M.B.*, 9 janvier 1998, de l'élaboration de la « loi de principes concernant l'administration pénitentiaire et le statut juridique des détenus » et a rédigé à un rapport intitulé « Rapport final de la Commission Dupont », *Doc.*, Ch., 2000-2001, n° 50-1076/001.

⁷⁹³ *M.B.*, 15 juin 2006.

⁷⁹⁴ *M.B.*, 15 juin 2006.

⁷⁹⁵ La Commission « Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine », dite « Commission Holsters » du nom de son Président, a été créée par l'arrêté royal du 27 juin 2000, *M.B.*, 13 juillet 2000, avec pour tâche d'élaborer un avant-projet de loi portant sur le statut juridique externe des condamnés et les tribunaux de l'application des peines. Elle a remis la version finale de son rapport le 9 mai 2003 (non publié).

modalités d'exécution de la peine constituent de véritables droits subjectifs dans le chef des condamnés⁷⁹⁶, alors qu'il ne s'agissait que de faveurs sous le régime antérieur.

Un autre objectif du législateur de 2006 était de *judiciariser* l'exécution des peines, en transférant la compétence de décider de l'octroi ou non de certaines modalités d'exécution de la peine du ministre de la Justice (pouvoir exécutif) au juge et au tribunal de l'application des peines (pouvoir judiciaire). Cette judiciarisation n'est pas complète : le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire se partagent la compétence de statuer sur les aménagements de peines.

Ce partage de compétence s'explique en raison du principe de séparation des pouvoirs : le pouvoir exécutif n'est compétent que pour procéder à l'*exécution* de ce que le juge a décidé conformément à la loi, mais n'a aucune compétence pour modifier la nature et la durée des peines privatives de liberté. Or, certains aménagements dans l'exécution de la peine de prison entraînent une modification de la situation du condamné pouvant être assimilée à un changement de la nature de cette peine : un condamné qui séjourne de façon continue en prison voit sa situation changer radicalement lorsqu'il est en libération conditionnelle, au point qu'on considère que la nature de la peine a été modifiée. Le critère de répartition des compétences entre pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire repose donc sur la question de savoir si la modalité d'exécution de la peine entraîne une modification de la nature de la peine. Le législateur a décidé que les permissions de sortie et congés pénitentiaires ne modifient pas fondamentalement la situation du condamné et relèvent donc de la simple exécution de la peine, d'où la compétence du pouvoir exécutif. Par contre, les autres modalités (surveillance électronique, détention limitée, libération conditionnelle, ...) changent la nature de la peine : la peine n'est plus exécutée en prison, mais à l'extérieur de celle-ci, avec certaines conditions à respecter, au point qu'il a été considéré nécessaire que cette décision revienne au pouvoir judiciaire.

Au sein même du pouvoir judiciaire, un partage de compétences s'effectue entre le juge de l'application des peines (JAP) et le tribunal de l'application des peines (TAP) en fonction de la durée de la peine ou des peines que s'est vu imposer le condamné : le JAP (le magistrat uniquement) intervient pour les condamnés à une ou plusieurs peines dont la partie à exécuter est inférieure ou égale à trois ans tandis que le TAP (le magistrat et deux assesseurs) est compétent pour les condamnés à une ou plusieurs peines dont la partie à exécuter est supérieure à trois ans. Le JAP dispose également d'autres compétences spéciales.

En ce qui concerne les personnes condamnées à une ou plusieurs peine(s) privative(s) de liberté dont la partie à exécuter est *inférieure ou égale* à trois ans, la date d'entrée en vigueur des articles de la loi du 17 mai 2006 qui prévoient la compétence du JAP pour octroyer des modalités d'exécution de la peine à ces condamnés⁷⁹⁷ est actuellement fixée au 1^{er} décembre 2021⁷⁹⁸. Cette date a déjà été reportée à dix reprises, mais il semble à présent que rien ne fasse plus obstacle à son entrée en vigueur. Vu l'absence d'entrée en vigueur de la loi et donc l'absence de judiciarisation, cette catégorie de condamnés continue à dépendre jusqu'à la fin de l'année du pouvoir exécutif pour solliciter des aménagements de peine. En conséquence, il existe à l'heure actuelle un régime à double vitesse selon que le condamné doit purger une ou plusieurs peines dont la partie à exécuter est *inférieure/égale* ou *supérieure* à trois ans : les

⁷⁹⁶ Cass. (1^{ère} ch.), 15 novembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 88 et s. et la note de M.-A. BEERNAERT, « C'est officiel : les condamnés ont un droit subjectif à l'obtention de permissions de sorties ou de congés pénitentiaires ! », *J.L.M.B.*, 2014, p. 93 et s.

⁷⁹⁷ À savoir : l'alinéa 2 de l'art. 23, §1^{er} de l'art. 25, §1^{er} de l'art. 26, art. 27 à 29, art. 30, art. 33 à 35, art. 38 à 40, art. 44, art. 45, art. 81 à 95.

⁷⁹⁸ Loi du 16 mars 2021 reportant l'entrée en vigueur des dispositions relatives au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté pour les peines privatives de liberté de trois ans ou moins, *M.B.*, 26 mars 2021.

modalités d'exécution de la peine auxquelles le condamné pourra prétendre, la procédure pour les demander et les autorités prenant les décisions, seront différentes. Certaines modalités ne dépendent toutefois pas de ce seuil de trois ans et peuvent être sollicitées par tous les condamnés. Le calcul pour déterminer si un condamné se trouve au-dessus ou en-dessous de ce seuil de trois ans, réalisé par l'administration pénitentiaire, est souvent complexe, du fait que la plupart des condamnés exécutent non pas une mais plusieurs peines, dont certaines sont prononcées en état de récidive ou assorties d'un sursis.

Nous allons donc étudier dans les sections suivantes, tout d'abord, les modalités qui ne dépendent pas du seuil et pouvant être sollicitées par tous les condamnés (A), ensuite les modalités dont peuvent bénéficier les condamnés à une ou plusieurs peine(s) privative(s) de liberté dont la partie à exécuter est inférieure ou égale à trois ans (B) et enfin, les modalités pouvant être sollicitées par les condamnés à une ou plusieurs peine(s) privative(s) de liberté dont la partie à exécuter est supérieure à trois ans (C).

Les références aux articles entre parenthèses renvoient aux articles de la loi du 17 mai 2006.

A. Les modalités d'exécution de la peine qui ne dépendent pas du seuil

Les modalités ne dépendant pas du seuil de trois ans sont les suivantes :

- la permission de sortie (PS),
- le congé pénitentiaire (CP),
- le placement en maison de transition (PMT),
- l'interruption de l'exécution de la peine (IEP),
- la libération d'un étranger sans titre de séjour en vue de son éloignement ou de son transfert vers un centre fermé pour illégaux,
- la libération provisoire pour raisons médicales (LPRM).

La *permission de sortie* (art. 4) consiste à permettre au condamné de quitter la prison pour une durée déterminée qui ne peut excéder seize heures. Il en existe deux types : la permission de sortie occasionnelle et la permission de sortie en vue de la réinsertion. La première peut être accordée au condamné à tout moment en vue, soit de défendre des intérêts sociaux, moraux, juridiques, familiaux, de formation ou professionnels qui requièrent sa présence hors de la prison, soit de subir un examen ou un traitement médical en dehors de la prison. La seconde peut lui être accordée, avec une périodicité déterminée, au cours des deux années précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle, afin de préparer sa réinsertion sociale.

Le *congé pénitentiaire* (art. 6) consiste à permettre au condamné de quitter la prison trois fois trente-six heures par trimestre, et cela en vue de préserver et de favoriser ses contacts familiaux, affectifs et sociaux, ainsi que de préparer sa réinsertion sociale. Pour solliciter un congé, le condamné doit se trouver dans l'année précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle.

Le *placement en maison de transition* (art. 9/1 à 9/3) est une modalité récente, introduite dans la loi du 17 mai 2006 en 2018. Elle consiste en une forme de détention sous laquelle le condamné subit sa peine sur la base d'un plan de placement dans un établissement agréé. Elle peut être octroyée aux condamnés 18 mois avant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle. À ce jour, deux projets-pilotes d'une durée d'un an ont été retenus, portés par la société G4S Care en collaboration avec Exodus Nederland. La première maison de transition a ouvert ses portes à Malines le 1^{er} septembre 2019, la seconde, située à Enghien, est entrée en fonction le 1^{er} janvier 2020. Ces projets ont été renouvelés après évaluation.

L'idée de purger sa peine dans un établissement de petite taille, inséré dans la communauté, est promue depuis 2013 par l'ASBL « De Huizen – Les maisons »⁷⁹⁹, portée par Hans Claus, directeur de la prison de Audenarde. L'ASBL De Huizen a récemment, avec d'autres partenaires, lancé « Rescaled », un mouvement à l'échelle européenne qui promeut l'idée de remplacer les prisons par des maisons de détention⁸⁰⁰. En en faisant une nouvelle modalité d'exécution de la peine et une étape avant la libération conditionnelle plutôt qu'une autre forme d'enfermement (les consacrer comme prisons ouvertes), le législateur s'est éloigné de l'esprit initial du projet des maisons de détention⁸⁰¹. D'ailleurs, tant l'ASBL De Huizen que d'autres associations ont déjà pris leur distance avec le projet pilote sélectionné, critiquant notamment le fait que la gestion de la détention puisse être laissée entre les mains d'entreprises privées, dont l'intérêt premier n'est pas l'humain, mais le profit. D'ailleurs, G4S vient de décider de fermer la maison de transition d'Enghien en date du 31 décembre 2021, obligeant l'administration pénitentiaire à trouver des solutions alternatives pour les condamnés qui y sont détenus. Très récemment, dans un texte de vision diffusé mi-septembre 2021, le ministre de la Justice a annoncé sa volonté de plutôt ouvrir à l'avenir des « maisons de détention », renouant davantage avec l'idée initiale de l'ASBL De Huizen. Deux maisons ouvriraient avant la fin de l'année 2021, notamment afin d'accueillir les condamnés à des peines d'emprisonnement jusqu'à trois ans, avec un objectif d'ouvrir quinze maisons de ce type d'ici 2023.

Notons que les « maisons de transition », et les potentielles futures maisons de détention, au niveau fédéral n'ont aucun lien avec un autre projet, celui des maisons de désistance. Le projet des maisons de désistance, à savoir des structures visant à accueillir les personnes sortantes de prison n'ayant personne pour les accueillir, afin de leur éviter la rue et de leur offrir un lieu où elles peuvent peu à peu reprendre pied dans la société, est porté par la Fédération Wallonie-Bruxelles, ayant la compétence des maisons de justice et de l'aide aux détenus et aux justiciables. À ce jour, aucune maison de désistance n'a cependant encore été créée.

L'octroi d'une permission de sortie, d'un congé pénitentiaire et d'un placement en maison de transition est subordonné, outre les conditions de temps déjà citées, à l'absence de contre-indications auxquelles la fixation de conditions particulières ne puisse répondre, à savoir : le risque de soustraction à l'exécution de la peine, le risque de commission d'infractions graves ou le risque d'importuner les victimes. En cas d'octroi, les condamnés doivent respecter la condition générale de ne pas commettre de nouvelles infractions et peuvent aussi devoir respecter d'éventuelles conditions particulières, ils doivent marquer leur accord sur les conditions (art. 5 et 7).

En règle générale, c'est le ministre de la Justice, et plus particulièrement la Direction Gestion de la Détention, une division administrative du SPF Justice, qui est compétente pour décider d'octroyer ou de refuser d'octroyer les permissions de sortie, les congés pénitentiaires ou le placement dans une maison de transition, aux condamnés. Ces modalités peuvent être suspendues (sauf pour le placement en maison de transition), révisées ou révoquées en cas de non-respect des conditions. La procédure est écrite et non-contradictoire (art. 10 à 14). Le TAP est cependant compétent pour octroyer des permissions de sortie ou des congés pénitentiaires dans certaines situations (art. 59, art. 66, art. 95/11 et 95/12).

⁷⁹⁹ www.dehuizen.be

⁸⁰⁰ www.rescaled.net

⁸⁰¹ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière pénale (...), Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de la justice par M. Gautier Calomne, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°54-2969/003, p. 74 et p. 81 ; O. NEDERLANDT, A.-S. VANHOUCHE, « Les maisons de transition : miroir aux alouettes ou pied dans la porte ? », *Les coûts du système pénal*, La Charte, Bruxelles, 2020, p. 29 à 63 ; A.-S. VANHOUCHE, O. NEDERLANDT, « De Belgische transitiehuizen : nood aan een terugkeer naar het originele concept van detentiehuizen », *Fatik – Tijdschrift voor Strafrecht en Gevangeniswezen*, 2020/167, p. 6 à 18.

L'interruption de l'exécution de la peine (art. 15), au contraire des autres modalités, n'est pas une modalité *d'exécution*, mais de *suspension* de la peine (c'est-à-dire que pendant la durée de cette modalité, la peine ne s'exécute plus ; autrement dit, le condamné n'est pas considéré comme « purgeant » sa peine). Elle permet que la peine soit suspendue pendant une durée de trois mois renouvelable et est octroyée pour des motifs graves et exceptionnels à caractère familial (par ex., pour permettre d'aller au chevet d'un proche parent en phase terminale d'une maladie⁸⁰²). Elle est octroyée par le ministre de la Justice dans le cadre d'une procédure écrite et non-contradictoire (art. 17).

La libération ou le transfert vers un centre fermé en vue d'un éloignement imminent (art. 20/1) est une modalité qui ne concerne que les condamnés faisant l'objet d'un arrêté royal d'expulsion exécutoire, d'un arrêté ministériel de renvoi exécutoire ou d'un ordre de quitter le territoire exécutoire avec preuve d'éloignement effectif. Elle permet au ministre de la Justice de libérer un détenu sans titre de séjour soit pour l'éloigner du territoire, soit pour le transférer vers un centre pour illégaux en vue de son éloignement, et ce, à partir de six mois avant la fin de la partie exécutoire de la ou des peines privatives de liberté auxquelles il a été condamné.

La libération provisoire pour raisons médicales (art. 72) est octroyée par le JAP au condamné pour lequel il est établi qu'il se trouve en phase terminale d'une maladie incurable ou que sa détention est devenue incompatible avec son état de santé, à condition qu'il n'existe pas de contre-indications dans son chef (portant sur le risque qu'il commette des infractions graves pendant l'interruption de l'exécution de la peine, sur le fait qu'il n'a pas de milieu d'accueil ou sur le risque qu'il importune les victimes) et qu'il marque son accord sur les conditions dont la libération est assortie (art. 73).

B. Les modalités d'exécution de la peine pour la catégorie des condamnés dont la partie de la ou des peines à exécuter est inférieure ou égale à trois ans

Nous avons vu que les articles de la loi du 17 mai 2006, qui prévoient la compétence du JAP pour octroyer des modalités d'exécution de la peine aux condamnés dont la partie de la ou des peines à exécuter est inférieure ou égale à trois ans, n'entreraient pas en vigueur avant le 1^{er} décembre 2021.

Un *premier point* exposera le régime administratif actuellement applicable. Le *second point* présentera le régime légal qui devrait entrer en vigueur le 1^{er} décembre 2021.

1. Le régime administratif applicable jusqu'au 1er décembre 2021

Dans l'attente de l'entrée en vigueur du régime légal, la matière reste régie par la voie de circulaires ministérielles. Celles-ci sont peu accessibles et régulièrement modifiées, ce qui constitue une source d'insécurité juridique. Ces circulaires prévoient que le ministre de la Justice, la Direction Gestion de la Détention et les directeurs des établissements pénitentiaires, sont compétents pour décider de l'octroi à ces condamnés de deux modalités, à savoir la surveillance électronique (SE) et la libération provisoire (LP).

⁸⁰² Projet de loi relatif au statut juridique externe des détenus, Exposé des motifs, *Doc.*, Sénat, 2004-2005, n°3-1128/1, p. 41.

En pratique, ces condamnés purgent une partie de leur(s) peine(s) avant de se voir octroyer, à une date qui dépend de la durée de leur(s) peine(s), une libération provisoire⁸⁰³. Cet octroi se fait soit de façon automatique, soit, si la personne est condamnée pour certains faits de mœurs ou de terrorisme, sur la base d'une décision de la Direction Gestion de la Détention. Cette dernière peut assortir l'octroi de la libération provisoire de conditions à respecter par le condamné, qui sera alors suivi par un assistant de justice pendant une durée de deux ans.

La libération provisoire peut être révoquée dans les deux ans qui suivent son octroi en raison du non-respect des conditions, dans le cas où des conditions avaient été imposées. Elle peut aussi être révoquée en raison d'une condamnation définitive sanctionnant un crime ou un délit commis dans les deux ans qui suivent la libération provisoire. C'est la date de commission des faits qui importe, la condamnation peut intervenir plus tard que ce délai de deux ans après la libération provisoire, et ce, jusqu'à la prescription de la peine. Il est important de souligner que la libération provisoire n'est pas un mode d'exécution de la peine mais de suspension de la peine : l'exécution de la peine est suspendue jusqu'à la prescription de celle-ci.

À titre d'illustration, les dates d'admissibilité à la libération provisoire prévues par les instructions du 16 mai 2017 (celles actuellement applicables) sont les suivantes :

Total de la partie à exécuter de la peine ou des peines privatives de liberté	Date d'admissibilité à la libération provisoire
4 mois ou moindre durée	Immédiate
+ de 4 mois à 6 mois	Immédiate ou après 1 mois (à purger en prison ou surveillance électronique) si condamnation(s) mise(s) en exécution est/sont passée(s) en force de chose jugée après le 31 janvier 2014
+ de 6 mois à 7 mois	Après 1 mois (à purger en prison ou en surveillance électronique)
+ de 7 mois à 1 an	Après 2 mois (à purger en prison ou en surveillance électronique)
+ de 1 an à 2 ans	Après 4 mois (à purger en prison ou en surveillance électronique)
+ de 2 ans à 3 ans	Après 8 mois (à purger en prison ou en surveillance électronique)

La partie de la peine qui doit être purgée avant d'atteindre la date de libération provisoire peut être exécutée soit en prison, soit en surveillance électronique. Pour pouvoir effectuer cette partie de peine en surveillance électronique, il faut remplir les conditions suivantes :

- être belge, ou étranger disposant d'un titre de séjour en Belgique ou d'un passeport en cours de validité comme ressortissant d'un pays de l'Union européenne ou de l'espace Schengen,
- avoir une résidence en Belgique adaptée à l'exécution de cette surveillance électronique et avoir un numéro de téléphone auquel le condamné peut être joint,
- ne pas être condamné du chef d'une infraction terroriste et ne pas exécuter une peine d'emprisonnement alors qu'on subit une mesure de mise à la disposition du TAP,
- ne pas exécuter une peine d'emprisonnement subsidiaire à une peine autonome de surveillance électronique⁸⁰⁴.

⁸⁰³ Circulaire ministérielle n° 1817 du 15 juillet 2015 ayant pour objet « La libération provisoire des condamnés subissant une ou plusieurs peines d'emprisonnement dont la partie exécutoire n'excède pas trois ans », modifiée par la circulaire ministérielle n°1817bis du 29 avril 2016, par les instructions temporaires du 16 mai 2017 (toujours appliquées) et par la circulaire ministérielle n°1817ter du 4 juillet 2017.

⁸⁰⁴ Circulaire ministérielle n° ET/SE-2 du 17 juillet 2013, ayant pour objet la « réglementation de la surveillance électronique en tant que modalité d'exécution de la peine d'emprisonnement lorsque l'ensemble des peines en exécution n'excède pas trois ans ».

La décision d'octroyer la possibilité d'exécuter la peine sous surveillance électronique est prise soit par le directeur de la prison, soit dans certains cas (notamment en cas d'infraction de mœurs sur mineurs) par la Direction Gestion de la Détention. La surveillance électronique est considérée comme la norme en matière d'exécution des peines dont la partie à exécuter est inférieure ou égale à trois ans. Lorsque la décision est prise de permettre l'exécution sous surveillance électronique, le condamné est placé en « interruption de peine » (à ne pas confondre avec l'interruption *de l'exécution* de la peine, cf. *supra*) : il est en liberté, dans l'attente que le matériel électronique soit placé à l'endroit où il exécutera sa peine. Une fois le bracelet électronique placé, il devra respecter un programme horaire, et le cas échéant, des conditions. Plusieurs non-respects d'horaires, la dégradation du matériel électronique ou le non-respect des conditions peuvent aboutir à une révocation de la surveillance électronique et donc à un retour en prison pour y purger la peine jusqu'à la date d'admissibilité à la libération provisoire. Le respect du programme horaire est contrôlé par un des deux centres de surveillance électronique (un francophone et un néerlandophone, depuis que la compétence a été communautarisée).

2. Le régime légal applicable à partir du 1er décembre 2021

Si les articles de la loi du 17 mai 2006 concernant les peines jusqu'à trois ans entrent en vigueur le 1^{er} décembre 2021, c'est le JAP qui sera compétent pour octroyer des modalités d'exécution de la peine (la détention limitée, la surveillance électronique, la libération conditionnelle et la libération en vue de l'éloignement ou de la remise) aux condamnés relevant de cette catégorie⁸⁰⁵.

Le régime légal de l'exécution des peines jusqu'à trois ans a fait l'objet de modifications importantes, tant au niveau des conditions d'octroi des modalités que de la procédure, sous la dernière législature, par l'adoption de la loi du 5 mai 2019 modifiant la loi du 17 mai 2006 en vue d'adapter la procédure devant le JAP en ce qui concerne les peines privatives de liberté de trois ans ou moins⁸⁰⁶. Sous cette législature, il a encore été modifié par une loi du 29 juin 2021, afin d'être plus précis quant à la procédure d'octroi de modalités à des condamnés avant qu'ils ne soient incarcérés⁸⁰⁷.

2.1. Modalités et conditions d'octroi

La *détention limitée* (art. 21) est une modalité d'exécution de la peine privative de liberté qui permet au condamné de quitter, de manière régulière, l'établissement pénitentiaire pour une durée déterminée de maximum seize heures par jour. Elle peut être accordée au condamné afin de défendre des intérêts professionnels, de formation ou familiaux qui requièrent sa présence hors de la prison.

d'emprisonnement », modifiée par la circulaire ministérielle n°ET/SE-2bis du 26 novembre 2015, par la circulaire ministérielle n°ET/SE-2ter du 29 avril 2016 et par la circulaire ministérielle n°ET/SE-2quater du 4 juillet 2017.

⁸⁰⁵ M.-A. BEERNAERT, J.-F. FUNCK, O. NEDERLANDT, « L'entrée en vigueur du nouveau régime d'exécution des peines privatives de liberté de trois ans ou moins au 1^{er} décembre 2021 : faut-il s'en réjouir ou s'en inquiéter ? », *J.T.*, 2021, à paraître.

⁸⁰⁶ Loi du 5 mai 2019 modifiant la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine en vue d'adapter la procédure devant le juge de l'application des peines en ce qui concerne les peines privatives de liberté de trois ans ou moins, *M.B.*, 14 juin 2019.

⁸⁰⁷ Loi du 29 juin 2021 portant opérationnalisation de la procédure d'exécution des peines privatives de liberté de trois ans ou moins, *M.B.*, 14 juillet 2021.

La *surveillance électronique* (art. 22) est un mode d'exécution de la peine privative de liberté par lequel le condamné subit l'ensemble ou une partie de sa peine privative de liberté en dehors de la prison selon un plan d'exécution déterminé, dont le respect est contrôlé notamment par des moyens électroniques.

La *libération conditionnelle* (art. 24) est un mode d'exécution de la peine privative de liberté par lequel le condamné subit sa peine en dehors de la prison moyennant le respect des conditions qui lui sont imposées pendant un délai d'épreuve déterminé. Notons que la libération conditionnelle est la seule modalité qui était régie par la loi avant l'adoption des lois de 2005 et 2006. Elle a en effet été introduite par la loi du 31 mai 1888 établissant la libération conditionnelle et les condamnations conditionnelles dans le système pénal, sous l'impulsion du ministre de la Justice Jules Lejeune et l'influence d'Adolphe Prins, dans le but de favoriser l'amendement des condamnés. Si de nombreux débats ont eu lieu en vue de modifier la loi de 1888 et de réformer la libération conditionnelle, c'est finalement l'affaire Dutroux en 1996 qui a accéléré les projets de réforme. Une législation provisoire a été adoptée, à savoir les lois du 5 mars 1998 relative à la libération conditionnelle et du 18 mars 1998 instituant des commissions de libération conditionnelle, dans l'attente d'une réforme plus globale : celle qui a eu lieu avec l'adoption des lois de 2005 et de 2006.

L'article 25/3 définit deux modalités : d'une part, la *mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire*, d'autre part, la *mise en liberté provisoire en vue de la remise*. La *mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire* est un mode d'exécution de la peine qui permet à un condamné, pour qui il ressort d'un avis de l'Office des étrangers qu'il n'est pas autorisé ou habilité à séjourner en Belgique, d'être libéré pour subir sa peine dans son pays d'origine, moyennant le respect de conditions qui lui sont imposées pendant un délai d'épreuve déterminé. Quant à la *mise en liberté provisoire en vue de la remise*, il s'agit d'une mise en liberté en vue de transférer un condamné dans un autre pays, sur la base d'un jugement exécutoire ou d'un titre exécutoire.

La libération conditionnelle ou la libération en vue de l'éloignement ou de la remise peuvent être demandées après que la personne condamnée a purgé un tiers de la partie exécutable de sa(ses) peine(s) (art. 25, §1^{er}). Pour les modalités de détention limitée ou de surveillance électronique, le régime initial de la loi du 17 mai 2006 ne prévoyait aucune condition de temps pour les solliciter. Si la personne condamnée n'était pas en détention au moment de l'exécution de la décision de condamnation, elle pouvait donc demander une de ces deux modalités avant son incarcération, par demande écrite au greffe du TAP, auquel cas la direction de la prison ne remet pas d'avis. La loi du 5 mai 2019 est cependant venue supprimer la possibilité pour l'ensemble des condamnés à des peines jusqu'à trois ans non détenus de solliciter une détention limitée ou une surveillance électronique avant d'être incarcérés : cette possibilité n'existera désormais plus que pour les personnes condamnées à des peines de 18 mois ou moins. En effet, l'article 23 modifié prévoit que les personnes condamnées non détenues se trouvant à six mois près dans les conditions de temps pour l'octroi d'une libération conditionnelle pourront introduire au greffe du TAP une demande écrite de détention limitée ou de surveillance électronique. Sachant que la date d'admissibilité à la libération conditionnelle est fixée à un tiers de la ou des peines à purger, il faut que ce tiers soit équivalent à 6 mois pour introduire la demande au TAP sans être d'abord écroué, ce qui signifie être condamné à une peine de maximum 18 mois. Cette modification législative a été fortement critiquée lors des débats

parlementaires, notamment au vu des risques d'explosion de la population carcérale qu'elle pourrait entraîner⁸⁰⁸.

Tant pour la détention limitée, que la surveillance électronique et la libération conditionnelle, la modalité ne peut être accordée, outre la condition de temps, qu'en l'absence des contre-indications suivantes (art. 28, §1^{er}) :

- 1° le fait que la personne condamnée n'ait pas la possibilité de subvenir à ses besoins (sauf pour la détention limitée),
- 2° un risque manifeste pour l'intégrité physique de tiers,
- 3° le risque que la personne condamnée importune les victimes,
- 4° l'attitude de la personne condamnée à l'égard des victimes,
- 5° les efforts consentis par la personne condamnée pour indemniser la partie civile, compte tenu de sa situation patrimoniale telle qu'elle a évolué par son fait depuis la perpétration des faits pour lesquels elle a été condamnée.

Une grande différence de régime avec celui des condamnés à des peines de plus de trois ans, est que ces condamnés ne doivent pas présenter de perspectives de réinsertion sociale ni de plan de reclassement.

Pour la libération en vue de l'éloignement ou de la remise, la modalité ne peut être accordée, outre la condition de temps, qu'en l'absence des contre-indications suivantes (art. 28, §2) :

- 1° un risque manifeste pour l'intégrité physique de tiers,
- 2° le risque que la personne condamnée importune les victimes,
- 3° les efforts consentis par la personne condamnée pour indemniser la partie civile, compte tenu de sa situation patrimoniale telle qu'elle a évolué par son fait depuis la perpétration des faits pour lesquels elle a été condamnée.

2.2. Procédure

La loi du 5 mai 2019 a apporté deux changements importants à la procédure initialement prévue par la loi du 17 mai 2006 et ce, dans un souci de raccourcir la procédure. Le premier consiste à prévoir par principe une procédure écrite (la loi du 17 mai 2006 prévoyait au départ la tenue d'une audience devant le JAP dans tous les cas). La possibilité pour le JAP d'organiser une audience s'il l'estime nécessaire est cependant maintenue. Le second changement vise à supprimer le caractère obligatoire de l'avis du ministère public : le Collège des procureurs généraux peut édicter des directives à cet égard (art. 33, §1^{er}).

Si la personne condamnée n'est pas détenue, il n'y a pas d'avis de la direction, le parquet a dix jours pour rendre un avis s'il l'estime utile et le JAP doit statuer dans le mois de l'introduction de sa demande (art. 34, §1^{er}). La loi du 29 juin 2021 est venue préciser la façon dont une modalité de détention limitée ou de surveillance électronique peut être demandée avant son incarcération par une personne condamnée à une ou plusieurs peines n'excédant pas 18 mois et qui n'est pas détenue au moment du prononcé de sa condamnation. Si la personne condamnée se présente spontanément à la prison une fois qu'elle a reçu son billet d'écrou (qui prévoit habituellement un délai de présentation de cinq jours) et pour autant qu'elle ne doive pas faire l'objet d'un avis spécialisé visé à l'article 32 de la loi (faits de mœurs commis sur mineurs ou avec leur participation ; infractions terroristes ou profil présentant des signes d'extrémisme violent), elle peut immédiatement introduire une telle demande au greffe de la prison. Ce

⁸⁰⁸ Voy. les exposés de l'ensemble des experts auditionnés en commission de la justice : Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de la Justice par Laurette Onkelink et Stefaan Van Hecke, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n°54-3527/07, p. 15 à 58.

dernier transmet la demande au greffe du TAP. L'exécution de sa peine est alors suspendue et la personne condamnée dispose d'un délai de quinze jours pour déposer un dossier de pièces au greffe du TAP.

Si la personne condamnée est détenue, la loi du 17 mai 2006 prévoit que la direction doit l'informer de la possibilité de demander une modalité d'exécution de la peine un certain temps avant que celle-ci n'y soit admissible, à savoir, pour la détention limitée et la surveillance électronique, quatre mois avant la date d'admissibilité à ces modalités (art. 23, §2), et pour la libération conditionnelle ou la libération en vue de l'éloignement, six mois avant la date d'admissibilité à ces modalités (art. 25, §1^{er}). La personne condamnée peut introduire sa demande dès réception de cette information.

La demande de la personne condamnée détenue est déposée au greffe de la prison, qui la transmet dans les 24 heures au greffe du TAP et en remet copie à la direction (art. 29, §3, art. 30, §1^{er}/1, al. 2). La direction constitue alors le dossier (art. 31) et rend son avis dans le mois de l'introduction de la demande, et ce, pour toutes les modalités (art. 29, §2, art. 30, §2). Le ministère public doit rendre son avis, s'il l'estime utile, dans les dix jours de la réception de l'avis de la direction (art. 33, §1^{er}). Le JAP doit statuer dans le mois de la réception de l'avis de la direction (art. 34, §1^{er}).

Au moment de statuer, le JAP a trois possibilités (art. 34, §§1^{er} – 2) :

- soit il prend une décision sur la base du dossier écrit en l'état,
- soit il considère avoir besoin d'informations complémentaires, et le cas échéant, peut charger les maisons de justice de la réalisation d'une enquête sociale visant à obtenir des informations sur le milieu d'accueil au sein duquel la personne condamnée entend vivre si elle se voit octroyer la modalité d'exécution de la peine demandée,
- soit il estime nécessaire d'organiser une audience.

Dans ces deux derniers cas, le délai pour statuer est prolongé d'un mois. Dans le second cas, lors de la réception des informations complémentaires, le JAP peut décider d'organiser une audience et le délai pour statuer peut être prolongé une nouvelle fois d'une durée d'un mois.

Si le JAP décide d'organiser une audience car il souhaite entendre la personne condamnée, il communique sans délai cette information au ministère public, à la direction et à la personne condamnée et peut les inviter à lui communiquer par écrit, dans un délai qu'il fixe, des informations complémentaires (art. 36, §1^{er}). Le dossier peut être consulté par la personne condamnée et son avocat au moins quatre jours avant la date fixée pour l'audience ; la personne condamnée peut demander une copie du dossier (art. 36, §3). Le JAP entend à l'audience la personne condamnée, son conseil, le ministère public et la direction si la personne condamnée est en détention. La victime est entendue sur les conditions particulières à poser dans son intérêt et n'est présente à l'audience que le temps nécessaire à l'examen de ces conditions (art. 36, §4). Le JAP peut décider d'entendre d'autres personnes (art. 36, §5). L'audience a lieu à huis clos (art. 36, §5), mais après trois refus de se voir octroyer une même modalité d'exécution de la peine, le condamné peut demander à comparaître en audience publique (art. 37, al. 2).

Si une audience s'est tenue, le JAP doit rendre sa décision dans les 14 jours de la mise en délibéré (art. 36, §6).

Dès lors que la procédure a lieu, par principe, par écrit, la personne condamnée marque son accord sur les conditions liées à l'octroi d'une modalité lorsqu'elle prend connaissance du jugement (art. 46, §1^{er}, al. 1^{er}).

Si le JAP n'accorde pas la modalité sollicitée, il indique dans son jugement la date à laquelle la personne condamnée peut introduire une nouvelle demande, sans que ce délai ne puisse excéder six mois à compter du jugement (art. 45). La personne condamnée qui se voit refuser l'octroi d'une modalité par le JAP dans le cadre d'une procédure écrite, peut demander à être entendue à l'occasion de l'examen de sa demande suivante (art. 37, al. 1^{er}).

Le JAP peut faire usage de l'article 59, lui permettant d'octroyer de manière exceptionnelle une autre modalité que celle demandée, et notamment des permissions de sortie et congés pénitentiaires.

L'article 61 permet au JAP de prendre une nouvelle décision, sur réquisition du ministère public, s'il se produit, après la décision d'octroi mais avant son exécution, une situation incompatible avec les conditions fixées dans la décision.

2.3. Le suivi en cas d'octroi d'une modalité

Si le JAP octroie une modalité d'exécution de la peine, cette modalité est accordée moyennant l'imposition du respect de conditions générales, à savoir : ne pas commettre d'infractions, avoir une adresse fixe et en cas de changement d'adresse, en informer le ministère public et le cas échéant, l'assistant.e de justice (sauf pour la détention limitée), donner suite aux convocations du ministère public, et le cas échéant, de l'assistant.e de justice (art. 39). Le JAP peut également fixer des conditions particulières individualisées si celles-ci sont nécessaires pour limiter le risque de récidive ou si elles sont nécessaires dans l'intérêt de la victime (art. 40). Il peut notamment prévoir l'obligation de suivre un traitement ou une guidance pour les délinquants sexuels ou l'obligation de suivre un parcours d'accompagnement pour les condamnés pour faits de terrorisme ou qui présentent des signes d'extrémisme violent (art. 41).

Une différence très importante entre le régime administratif et le régime légal est que, dans le cadre du régime administratif, très peu de personnes condamnées font l'objet d'un suivi par un assistant de justice. Le régime légal prévoit lui que toutes les personnes condamnées à qui une modalité d'exécution de la peine est octroyée feront l'objet d'un contrôle par le ministère public, et d'un contrôle des conditions imposées et d'un suivi par les maisons de justice (art. 62, §1^{er}). Il est prévu que l'assistant de justice ne convoque la personne condamnée que si des conditions particulières ont été imposées ou qu'une surveillance électronique est accordée (art. 62, §2).

Les règles relatives aux procédures d'adaptation de la décision, de révision-révocation-révocation-suspension et d'arrestation provisoire sont identiques à celles qui sont prévues pour les personnes condamnées à des peines de plus de trois ans, qui seront étudiées ci-dessous.

C. Les modalités d'exécution de la peine pour la catégorie des condamnés dont la partie de la ou des peines à exécuter est supérieure à trois ans

Les articles 47 à 67 de la loi du 17 mai 2006 confient au TAP la compétence de statuer sur les demandes des personnes condamnées à une ou plusieurs peine(s) privative(s) de liberté dont la partie à exécuter est *supérieure* à trois ans de se voir octroyer une modalité d'exécution de leur(s) peine(s). Le TAP est une juridiction multidisciplinaire composée de trois membres : le juge de l'application des peines et deux assesseurs, l'un spécialisé en matière pénitentiaire, l'autre spécialisé en réinsertion sociale. Les TAP sont une section des tribunaux de première instance situés au siège des cours d'appel, il y en a donc six en Belgique : le TAP d'Anvers, le TAP de Gand, le TAP de Bruxelles (francophone et néerlandophone), le TAP de Mons et le TAP de Liège.

1. Modalités et conditions d'octroi

Les modalités que les condamnés peuvent solliciter de la part du TAP sont les suivantes : la détention limitée (DL), la surveillance électronique (SE), la libération conditionnelle (LC) ou la libération provisoire en vue de l'éloignement (LPE) ou de la remise (pour la définition de ces modalités, voy. *supra*, §2, B). Comme nous l'avons déjà souligné, dans certains cas, le TAP est aussi compétent pour octroyer des permissions de sortie ou des congés pénitentiaires (en cas de situation exceptionnelle (art. 59), dans le cadre d'une suspension d'une autre modalité (art. 66) ou pour les condamnés privés de liberté en raison d'une mise à la disposition du TAP (art. 95/11 et 95/12)). Pour les condamnés mis à la disposition du TAP, le TAP est compétent pour ordonner la privation de liberté à l'issue de l'exécution de la ou des peine(s) principale(s), et le cas échéant, pour leur octroyer des modalités d'exécution de la peine.

La détention limitée et la surveillance électronique peuvent être octroyées au condamné qui se trouve, à six mois près, dans les conditions de temps pour l'octroi d'une libération conditionnelle (art. 23).

L'article 25 prévoit les règles qui fixent la date d'admissibilité à la libération conditionnelle, c'est-à-dire la date à partir de laquelle le condamné peut se voir octroyer cette libération. Cette date est cruciale, puisque nous avons vu que les dates d'admissibilité de nombreuses autres modalités d'exécution de la peine se calculent *en fonction* de la date d'admissibilité à la libération conditionnelle :

- 2 ans avant permissions de sortie,
- 1 an avant : congés pénitentiaires,
- 18 mois avant : placement en maison de transition,
- 6 mois : détention limitée et surveillance électronique.

L'article 25 prévoit comme règle générale que le condamné doit avoir subi un tiers de sa ou ses peines pour se voir octroyer une libération conditionnelle (art. 25, § 2, a.). Un plafond est toutefois prévu : la durée obtenue en additionnant les parties de peines à purger avant d'être admissible à la libération conditionnelle ne peut excéder quatorze ans (art. 25, § 2, a. et b.). L'article 25 prévoit ensuite différentes exceptions à cette règle.

S'il était au départ prévu que le condamné devait avoir subi deux tiers de sa ou ses peines prononcées en état de récidive (art. 25, § 2, b.), cette règle a été annulée par divers arrêts de la Cour constitutionnelle ; l'introduction de l'article 55bis dans le Code pénal ne semble pas avoir réparé les discriminations existantes si bien que ce seuil de deux tiers ne devrait toujours pas être pris en compte à l'heure actuelle, bien que la question soit controversée⁸⁰⁹. Un récent arrêt de la Cour constitutionnelle n'a pas permis de trancher la controverse⁸¹⁰, mais la Cour de cassation sera amenée à se prononcer prochainement sur la même question (arrêt du 5 novembre 2021).

Un condamné à une peine privative de liberté de trente ans ou à perpétuité doit avoir subi *quinze ans* de cette peine (art. 25, § 2, c.). Par ailleurs, s'il a précédemment été condamné à une peine d'au moins trois ans d'emprisonnement ferme pour un certain nombre de faits considérés comme graves (voir énumération des articles du Code pénal dans l'article 25), il doit avoir subi au moins *dix-neuf ans* de cette peine s'il s'est écoulé moins de dix ans entre le moment où il a purgé sa peine ou le moment où sa peine a été prescrite et les nouveaux faits (art. 25, § 2, d.). Enfin,

⁸⁰⁹ Voy., à ce sujet, M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, « La loi du 5 mai 2019 insérant dans le Code pénal un article 55bis : un nouvel essai manqué pour pallier les discriminations épinglées par la Cour constitutionnelle en matière de récidive », *J. T.*, 2019, pp. 490 – 492 ; Ch. Guillaïn, « Actualités en droit pénal général: nouveautés en matière de récidive et de concours d'infractions », *Actualités en droit pénal et exécution des peines*, Ch. Guillaïn et Fr. Kuty (dir.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 49 à 78.

⁸¹⁰ C.C., 14 octobre 2021, n°138/2021.

si ce condamné a subi une condamnation antérieure à une peine criminelle, il doit avoir subi *vingt-trois ans* avant de se voir octroyer une libération conditionnelle (art. 25, § 2, e.). Rappelons toutefois que ces plafonds peuvent être augmentés si la juridiction décide de prononcer une période de sûreté⁸¹¹.

Les conditions pour obtenir une surveillance électronique, une détention limitée ou une libération conditionnelle sont prévues aux articles 47 et 48 de la loi.

L'article 47, § 1^{er}, prévoit que l'octroi de ces modalités n'est possible qu'en l'absence des cinq contre-indications suivantes, auxquelles la fixation de conditions particulières ne peut répondre :

1. l'absence de perspectives de réinsertion sociale du condamné,
2. le risque de perpétration de nouvelles infractions graves,
3. le risque que le condamné importune les victimes,
4. l'attitude du condamné à l'égard des victimes des infractions qui ont donné lieu à sa condamnation, et
5. les efforts fournis par le condamné pour indemniser les parties civiles compte tenu de sa situation patrimoniale telle qu'elle a évolué par son fait depuis la perpétration des faits pour lesquels il a été condamné.

L'article 48 exige que le dossier du condamné contienne un plan de réinsertion sociale indiquant ses perspectives de réinsertion.

Quant aux conditions d'octroi de la libération en vue de l'éloignement, les conditions de temps sont identiques à celles qui sont prévues en matière de libération conditionnelle (art. 26) et l'absence de seulement trois contre-indications doit être vérifiée, à savoir le risque de perpétration de nouvelles infractions graves, le risque que le condamné importune les victimes et les efforts fournis par le condamné pour indemniser les parties civiles compte tenu de sa situation patrimoniale telle qu'elle a évolué depuis la perpétration des faits pour lesquels il a été condamné (art. 47, § 2).

2. Procédure

Pour saisir le TAP, le condamné introduit une demande écrite (art. 49 et 50). Le directeur de prison doit alors rédiger un avis écrit, contenant une proposition motivée d'octroi ou de refus de la modalité, après avoir entendu le condamné et constitué un dossier. Ce dossier comprend toute une série de documents : fiche d'écrou, rapport du directeur, avis spécialisé si le condamné a été condamné pour des faits de mœurs ou en cas de problématique de terrorisme ou d'extrémisme violent, les remarques de la conférence du personnel si le condamné a demandé à être entendu par cette instance, le mémoire du condamné ou de son conseil, ... (art. 31 et 49). Pour rédiger son avis, le directeur sollicite quasiment toujours un avis du service psychosocial de la prison. Dans les deux mois de la demande de surveillance électronique/détention limitée, ou dans les quatre mois de la demande de libération conditionnelle/ libération provisoire en vue de l'éloignement ou de la remise, le directeur doit envoyer son avis au greffe du TAP. Dans le mois de la réception de l'avis du directeur, le ministère public doit aussi rédiger un avis motivé sur l'octroi ou le refus de la modalité (art. 51). L'audience devant le TAP a lieu à la première audience utile après réception de l'avis du ministère public, et au plus tard six mois après le dépôt de la demande du condamné (art. 52). Le condamné et son avocat peuvent consulter le dossier au moins quatre jours avant l'audience (art. 52).

⁸¹¹ Voy. *infra*, Section 4. La mesure de la peine, § 1. La motivation de la peine, B. La période de sûreté.

L'audience se déroule à huis clos (art. 36). Dans la grande majorité des cas, les audiences du TAP se tiennent en prison (le TAP peut toutefois tenir des audiences au sein du tribunal de première instance situé dans le ressort de la cour d'appel pour des condamnés ne séjournant pas en prison, par exemple pour un condamné en surveillance électronique demandant l'octroi d'une libération conditionnelle, ou dans le cadre d'une procédure de révision, suspension ou révocation d'une modalité, si le condamné n'a pas été arrêté provisoirement). Néanmoins, la décision doit être prononcée en audience publique.

À l'audience, le TAP entend le condamné et son avocat, le ministère public et le directeur de la prison. La victime, si elle le souhaite, peut être entendue sur les conditions particulières à poser dans son intérêt (art. 53). Le TAP rend sa décision dans les quatorze jours de la mise en délibéré (art. 54). La décision est prise à la majorité des trois juges.

Il existe une procédure spécifique pour les condamnés à une peine privative de trente ans ou à une peine privative de liberté à perpétuité, assortie d'une mise à la disposition du TAP : le TAP est alors composé de cinq juges (deux juges correctionnels sont ajoutés aux juges du TAP : art. 78, al. 8, du Code judiciaire) et doit rendre sa décision à l'unanimité (art. 54, § 2)⁸¹².

Les décisions du TAP ne sont pas susceptibles d'appel. Certaines de ses décisions peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation (art. 96). Les décisions qu'il rend par défaut sont susceptibles d'opposition⁸¹³.

Lorsque le TAP n'octroie pas la modalité demandée, il indique dans son jugement la date à laquelle le condamné peut introduire une nouvelle demande. Ce délai ne peut excéder six mois à compter du jugement quand le condamné subit une ou plusieurs peines correctionnelles d'emprisonnement à titre principal dont le total ne dépasse pas cinq ans, et il ne peut excéder un an en cas de peines criminelles ou lorsque le total des peines correctionnelles d'emprisonnement à titre principal est supérieur à cinq ans (art. 57). Si l'affaire concerne une condamnation à une peine privative de liberté de trente ans ou à perpétuité, assortie d'une mise à la disposition du TAP, ce délai est de six mois au moins et de dix-huit mois au plus (art. 54, § 2, al. 3).

3. *Suivi*

L'octroi d'une surveillance électronique, d'une détention limitée ou d'une libération conditionnelle est assorti de l'obligation de respecter trois conditions générales, prévues à l'art. 55 (ne pas commettre d'infractions, avoir une adresse fixe et, en cas de changement, communiquer la nouvelle adresse au ministère public et à l'assistant de justice – sauf en cas de détention limitée –, donner suite aux convocations du ministère public et de l'assistant de justice). L'article 56 prévoit la possibilité pour le TAP d'ajouter à ces conditions générales des conditions particulières individualisées, soit qui permettent la réalisation du plan de réinsertion sociale, soit qui permettent de répondre aux contre-indications, soit qui s'avèrent nécessaires

⁸¹² Ces règles spécifiques ont été introduites par le législateur en 2013 en réaction à la libération conditionnelle de Michelle Martin, et ont été abondamment critiquées.

⁸¹³ L'opposition n'est pas prévue par la loi du 17 mai 2006, mais la Cour constitutionnelle a considéré que le condamné doit pouvoir former opposition contre un jugement rendu par défaut par le JAP ou TAP qui révoque la modalité d'exécution de la peine qui lui avait été octroyée. C.C., arrêt n°37/2009 du 4 mars 2009, *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, p. 851. Dans cet arrêt, la cour constitutionnelle a considéré que « l'article 96 de la loi du 17 mai 2006 n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne permet pas au condamné qui n'a pas comparu de faire opposition à la décision du juge ou du tribunal de l'application des peines relative à la révocation de la modalité d'exécution de sa peine » (B.7.) et déclaré que « la lacune étant située dans le texte soumis à la Cour, c'est au juge *a quo* qu'il appartient de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, ce constat étant exprimé, en l'espèce, en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution » (B.8.). La loi du 5 mai 2019 a cependant ajouté un §8 à l'article 68 de la loi du 17 mai 2006 afin de prévoir qu'« un jugement de révocation ou de révision par défaut est susceptible d'opposition » ; la lacune législative sera donc comblée à l'entrée en vigueur de la loi du 5 mai 2019, à ce jour fixée au 1^{er} avril 2021.

dans l'intérêt des victimes. En pratique, les TAP imposent de façon systématique des conditions particulières à respecter, consistant en des obligations (suivre un traitement, suivre une formation, travailler, attester de ses activités, etc.) et des interdictions (ne pas consommer d'alcool ou de stupéfiants, ne pas chercher à contacter la victime, etc.). L'octroi de la libération conditionnelle implique que ces différentes conditions doivent être respectées pendant un certain temps, le « délai d'épreuve », qui peut ne pas coïncider avec la fin de la ou des peine(s) à exécuter – au contraire de la détention limitée et de la surveillance électronique qui prennent fin avec la fin de la ou des peine(s) à purger.

En cas d'octroi d'une libération en vue de l'éloignement, le condamné doit respecter les conditions générales de ne pas commettre d'infractions, de donner suite aux convocations du ministère public, de quitter effectivement le territoire et de ne pas revenir en Belgique pendant le délai d'épreuve sans être en règle avec la législation et la réglementation relative à l'accès au territoire, au séjour ou à l'établissement dans le Royaume et sans l'autorisation préalable du TAP (art. 55). Il peut aussi être soumis à des conditions particulières (art. 56). Les jugements octroyant cette modalité ne deviennent exécutoires qu'au moment de l'éloignement effectif ou du transfert vers un centre fermé pour illégaux (art. 60).

Le condamné en détention limitée, en surveillance électronique ou en libération conditionnelle va être suivi et contrôlé quant au respect des conditions qui lui ont été imposées, par le ministère public et un assistant de justice (art. 62). Concrètement, le condamné va devoir se rendre régulièrement à la maison de justice où un assistant de justice sera en charge de son dossier. Cet assistant de justice va rédiger des rapports de guidance, chaque fois qu'il l'estime utile ou qu'il y est invité par le TAP et au moins tous les six mois. L'assistant de justice envoie les rapports au TAP, dont copie est réservée au ministère public. Si le condamné est en surveillance électronique, le Centre de surveillance électronique envoie également ses rapports à l'assistant de justice et au TAP, qui en réserve copie pour le ministère public.

Durant la modalité, le condamné, le ministère public ou le directeur de prison, peut demander au TAP de suspendre, préciser ou adapter une des conditions qui a été imposée. Dans le cadre de cette procédure, la situation du condamné ne peut pas être aggravée : elle ne peut pas mener à un renforcement des conditions ou à l'imposition de nouvelles conditions. Le TAP peut organiser une audience pour analyser cette demande, mais statue dans la grande majorité des cas par écrit (art. 63).

Dans le cadre de l'exercice de son contrôle, le ministère public peut faire revenir le dossier à l'audience du TAP pour demander la suspension, la révision ou la révocation de la modalité octroyée, dans plusieurs hypothèses (art. 64) :

- il est constaté dans une décision passée en force de chose jugée que le condamné a commis pendant le délai d'épreuve, un délit ou un crime, ou une infraction équivalente prise en compte conformément à l'article 99bis du Code pénal,
- le condamné met gravement en péril l'intégrité physique ou psychique de tiers,
- les conditions particulières imposées ne sont pas respectées,
- le condamné ne donne pas suite aux convocations du JAP, du TAP, du ministère public ou le cas échéant, de l'assistant de justice,
- le condamné ne respecte pas le programme du contenu concret de la détention limitée ou de la surveillance électronique,
- le condamné ne se trouve plus dans les conditions de temps pour la modalité d'exécution de la peine accordée,
- en cas d'octroi d'une libération provisoire en vue de l'éloignement, lorsque le condamné omet ou refuse de quitter effectivement le territoire, ne coopère pas à son éloignement

ou à son identification en vue de l'obtention d'un document de voyage, ou revient sans l'autroisation du TAP requise.

En cas de suspension de la modalité, le condamné est réincarcéré pour une durée d'un mois. Le TAP peut accorder au condamné le bénéfice d'une permission de sortie ou d'un congé pénitentiaire au condamné durant cette période. Après un mois, le TAP doit décider s'il lève la suspension ou s'il révoque la modalité (art. 66).

Si le TAP estime que la révocation ou la suspension n'est pas nécessaire dans l'intérêt de la société, de la victime ou de la réinsertion sociale du condamné, il peut réviser la modalité, en renforçant les conditions imposées, en imposant des conditions supplémentaires ou en octroyant une autre modalité d'exécution de la peine (par ex, une détention limitée à la place d'une surveillance électronique si le condamné a perdu son logement ou une surveillance électronique à la place de la libération conditionnelle, ...) (art. 67).

Si le TAP révoque la modalité, le condamné est immédiatement réincarcéré (art. 65).

Le ministère public a la possibilité d'ordonner l'arrestation provisoire du condamné dans les cas pouvant donner lieu à la révocation. Il en informe alors le TAP, qui doit se prononcer sur la suspension de la modalité dans les sept jours ouvrables suivant l'incarcération (art. 70).

Il y a trois scenarii possibles pour la libération définitive du condamné à une ou plusieurs peines privatives de liberté :

- s'il est en prison (une détention limitée, une surveillance électronique, une libération conditionnelle ou une libération en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise ne lui a pas été octroyée ou lui a été octroyée mais a été révoquée), il est libéré « à fond de peine », c'est-à-dire après avoir exécuté l'entièreté de sa ou ses peine(s) privatives de liberté,
- s'il est en détention limitée ou en surveillance électronique, il est libéré à la date où il aura purgé l'entièreté de sa ou ses peine(s) privatives de liberté,
- s'il est en libération conditionnelle, la libération définitive intervient à l'expiration du délai d'épreuve. L'article 71 prévoit les règles permettant de calculer la durée du délai d'épreuve. Ce délai est égal à la durée de la peine privative de liberté que le condamné devait encore subir au jour où la décision relative à la libération conditionnelle est devenue exécutoire, sans pouvoir être inférieur à deux ans. En cas de condamnation à une peine criminelle à temps ou à une ou plusieurs peines correctionnelles dont le total excède cinq ans d'emprisonnement principal, le délai d'épreuve est d'au moins cinq ans et de dix ans au plus. En cas de condamnation à une peine privative de liberté de trente ans ou à perpétuité, ce délai est de dix ans.

D. Tableaux récapitulatifs

Les modalités d'exécution de la peine selon le seuil de trois ans :

Tous les condamnés (dépend pas du seuil)	• Permissions de sortie • Congés pénitentiaires • Placement en maison de transition • Interruption de l'exécution de la peine • Libération en vue de l'éloignement ou du transfert vers un centre fermé pour illégaux • Libération provisoire pour raisons médicales
Peine(s) dont la partie à exécuter est inférieure ou égale à trois ans	• Détention limitée, surveillance électronique, libération conditionnelle, libération en vue de l'éloignement ou de la remise => en vigueur le 1^{er} décembre 2021 ! • Libération provisoire • Surveillance électronique
Peine(s) dont la partie à exécuter est supérieure à trois ans	• Détention limitée • Surveillance électronique • Libération conditionnelle • Libération en vue de l'éloignement ou de la remise • Libération sous surveillance si condamné mis à la disposition du TAP

La répartition des compétences :

Directeur de prison	• Libération provisoire et surveillance électronique pour les personnes condamnées à une ou plusieurs peines privatives de liberté dont la partie à exécuter est <i>inférieure ou égale trois ans</i>, sauf pour les cas où la Direction Gestion de la Détention est compétente.
Ministre de la Justice – Direction Gestion de la Détention	• Permissions de sortie, congés pénitentiaires et placement en maison de transition pour tous les condamnés. • Libération provisoire pour les personnes condamnées à une peine qui excède un an mais est inférieure ou égale à trois ans, soit pour certaines infractions de mœurs (visées aux articles 371/1 à 378 du Code pénal, ou aux articles 379 à 387 du Code pénal si ces infractions ont été commises sur des personnes mineures ou avec leur participation), soit pour des infractions terroristes. • Surveillance électronique pour les condamnés à une peine ou plusieurs peines dont le total à exécuter excède un an mais est inférieur à trois ans, pour certaines infractions de mœurs (visées aux articles 371/1 à 378 du Code pénal, ou aux articles 379 à 387 du Code pénal si ces infractions ont été commises sur des personnes mineures ou avec leur participation). • Interruption de l'exécution de la peine pour tous les condamnés.
TAP	• DL / SE / LC / LPE pour les personnes condamnées à une ou plusieurs peines privatives de liberté dont la partie à exécuter est <i>supérieure à trois ans</i>, et PS et CP dans certains cas. • Privation de liberté, PS / CP / DL / SE / LC / libération sous surveillance / levée de la MDT pour les condamnés mis à la disposition du TAP.
JAP	• Libération provisoire pour raisons médicales pour tous les condamnés. • Autres compétences spéciales non étudiées au cours.

Section 7. La disparition des effets des peines

Nous aborderons enfin, pour terminer ce chapitre sur les peines, deux mécanismes différents dans leurs modalités mais dont l'effet commun est d'entraîner la disparition des effets de la condamnation pénale⁸¹⁴. Il s'agit de l'effacement des condamnations et de la réhabilitation en matière pénale. Cette matière était réglée à l'origine par la loi du 25 avril 1896 qui a été complétée de manière substantielle par la loi du 7 avril 1964⁸¹⁵ elle-même modifiée par la loi du 12 juillet 1984, la loi du 9 janvier 1991⁸¹⁶ par la loi du 8 août 1997 relative au casier judiciaire central, et, enfin, par la loi du 31 juillet 2009 portant diverses dispositions concernant le casier judiciaire central. Les deux mesures partagent le même *objectif* qui est de favoriser le reclassement social et professionnel du condamné⁸¹⁷.

« L'effacement et la réhabilitation visent tous deux à empêcher que la peine, après qu'elle a été exécutée, continue de peser sur la personne condamnée et rende de ce fait plus difficile la réintégration de celle-ci. L'effacement diffère seulement de la réhabilitation en ce qu'il est automatique »⁸¹⁸.

La loi du 8 août 1997 consacre, pour la première fois, l'existence du casier judiciaire central et modifie de manière substantielle le régime de l'effacement et de la réhabilitation⁸¹⁹. Elle est entrée en vigueur le 3 septembre 2001⁸²⁰ sauf pour les articles 595 et 596 du Code d'instruction criminelle relatifs aux extraits de casier judiciaire délivrés aux particuliers, qui sont entrés en vigueur le 30 juin 2009 aux termes de la loi du 31 juillet 2009. Cette dernière loi complète également les informations enregistrées au casier judiciaire tout comme elle autorise d'autres personnes à y accéder. Elle modifie également l'article 596, alinéa 2 du Code d'instruction criminelle ainsi que la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin d'ajouter, sur les extraits du casier judiciaire sollicités en vue d'exercer une activité encadrant des mineurs, certaines décisions pénales et mesures d'interdiction prises au stade de l'instruction⁸²¹.

Les articles 589 à 602 du Code d'instruction criminelle déterminent, successivement, les finalités du casier judiciaire (art. 589), les informations qu'il contient (art. 590), la transmission

⁸¹⁴ H. BEKAERT, « Principes nouveaux de la réhabilitation », *Rev. dr. pén. crim.*, 1955-1956, p. 717 et s. ; H. BEKAERT, « Het uitwissen van veroordelingen », *R.W.*, 1960-1961, col. 65 et s. ; M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir*, *op. cit.*, p. 267 et s.

⁸¹⁵ A. MEEUS, « La loi du 7 avril 1964 relative à l'effacement des condamnations et à la réhabilitation en matière pénale », *Rev. dr. pén. crim.*, 1964-1965, p. 607 et s.

⁸¹⁶ A. WINANTS, « De uitwissing van veroordelingen en het herstel in eer en rechten in strafzaken », *R.W.*, 1991-1992, p. 1413 ; Ph. TRAEST et M. DE BUSSCHER, « Uitwissing van veroordeling en herstel in eer en rechten: een kritische benadering », *Liber Amicorum Jules D'Haenens*, Gand, Mys & Breesch, 1993, p. 297 et s. ; L. DE SCHEPPER, « De uitwissing van veroordelingen », *Om deze reden. Liber Amicorum Armand Vandeplas*, Gand, Mys & Breesch, 1994, p. 145 et s. ; M. GELDERS, « Betreffende de uitwissing », note sous Cass., 30 avril 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 860 et s.

⁸¹⁷ C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 494, n° 557.

⁸¹⁸ C.A., n° 54/2001, 8 mai 2001.

⁸¹⁹ Voy. les travaux préparatoires: Projet de loi relatif au casier judiciaire central, *Doc.*, Ch., 1996-1997, n° 988/1, 26 mars 1997, Exposé des motifs et avis du Conseil d'Etat; n° 988/4, 26 mai 1997, Rapport fait au nom de la commission de la Justice; n° 988/7, 5 juin 1997, texte adopté en séance plénière et transmis au Sénat; *Doc.*, Sénat, n° 1-663/3, 15 juillet 1997, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. COVELIERS; n° 1663/4, 15 juillet 1997, texte corrigé par la commission de la Justice.

⁸²⁰ A ce sujet, cf. notamment V. SERON et J. SIMON, « La loi du 8 août 1997 relative au casier judiciaire central », *J.T.*, 2002, p. 97 et s. ; F. GOOSSENS, « Het centraal strafregister wettelijk geregeld », *T.V.W.*, 2001, p. 299 et s. ; V. SERON, « Le casier judiciaire: entre mémoire et oubli », *L'exécution des peines. De strafuitvoering*, Bruxelles, La Chartre, 2006, p. 105 et s. ; *Le casier judiciaire*, V. De Greef et J. Pieret (dir.), Bruxelles, Larcier, 2011.

⁸²¹ Voy. Ch. GUILLAIN, « La loi du 31 juillet 2009 portant diverses dispositions concernant le casier judiciaire central ; un simple toilettage juridique? », *Le casier judiciaire*, *op. cit.*, qui évoque la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises qui modifie l'article 594 du Code d'instruction criminelle afin de permettre aux administrations publiques d'avoir accès aux peines de travail inscrites au casier judiciaire afin de constituer la liste des jurés devant siéger en cour d'assises. Cette modification a, par ricochet, entraîné celle de l'article 595 du même Code avec pour conséquence que la peine de travail devait être mentionnée sur les extraits de casier judiciaire délivrés aux particuliers. Cette inadvertance du législateur a été sanctionnée par la Cour constitutionnelle dans un arrêt du 27 juillet 2011 (n° 137/2011), de sorte que si le bourgmestre peut consulter le casier judiciaire en vue de la constitution d'une liste de jurés, la peine de travail ne peut apparaître sur les extraits de casier délivrés aux particuliers. Voy. également la circulaire n° 148 du 2 mars 2009 relative aux extraits de casier judiciaire (*M.B.*, 2 mars 2009).

des informations (art. 592), les conditions d'accès par les autorités judiciaires (art. 593), les administrations publiques (art. 594) et les particuliers (art. 595), les demandes d'extraits (art. 596) et la délivrance des extraits aux autorités étrangères (art. 597), les renseignements relatifs aux personnes décédées (art. 598), les frais de consultation et de délivrance (art. 599), le secret professionnel (art. 601) et les mesures de sécurité de l'information (art. 602). L'article 600 dispose toutefois que « les informations communiquées par le casier judiciaire ne constituent pas la preuve des décisions judiciaires ou administratives auxquelles elles se rapportent ». Les autres dispositions de la loi concernent l'effacement et la réhabilitation.

Depuis la loi du 25 décembre 2016, les informations enregistrées au casier judiciaire concernent tant les personnes physiques que les personnes morales.

§1. *L'effacement des condamnations*

L'effacement des condamnations est actuellement prévu et organisé par les articles 619 et 620 du Code d'instruction criminelle.

Quel est l'*objet* de l'effacement ? Si la loi du 9 janvier 1991 avait élargi le champ d'application de l'effacement, la loi du 8 août 1997 relative au casier judiciaire central le rétrécit singulièrement. L'article 619 du Code d'instruction criminelle prévoit, en effet, que seules les « condamnations à des peines de police sont effacées après un délai de trois ans à compter de la décision définitive qui les prononce »⁸²². L'effacement ne s'applique toutefois pas aux condamnations qui comportent une déchéance ou une interdiction prononcée lors du jugement dont les effets dépassent une durée de trois ans, sauf s'il s'agit d'une déchéance du droit de conduire prononcée pour incapacité physique du conducteur en vertu des dispositions de l'arrêté royal du 16 mars 1968 portant coordination des lois relatives à la police de la circulation routière (art. 619, al. 2).

La seule *condition* pour obtenir l'effacement est l'écoulement d'un délai de trois ans à compter de la date de la décision judiciaire définitive qui a prononcé la condamnation (art. 619, al. 1^{er}). L'effacement n'est donc pas lié au comportement de l'intéressé pendant le délai d'épreuve, ni à l'absence d'une éventuelle récidive.

« L'effacement des condamnations produit les *effets* de la réhabilitation » (art. 620 C.I.cr.).

L'effacement empêche donc, pour l'avenir, tous les effets de la condamnation. Ainsi, par exemple, lorsqu'il est saisi d'une nouvelle infraction, le juge ne peut tenir compte, pour déterminer la peine, d'une condamnation antérieure qui a été effacée⁸²³. De même, une enquête de moralité qui indique les condamnations effacées doit être retirée du dossier⁸²⁴. Une condamnation effacée ne figure plus au casier judiciaire et les peines accessoires disparaissent également. En outre, en motivant la peine infligée au prévenu, le juge ne peut faire référence à une condamnation effacée⁸²⁵.

⁸²² Depuis la loi du 27 décembre 2006, l'article 619, al. 1^{er} *in fine* précise que l'effacement n'empêche toutefois pas le recouvrement de l'amende prononcée par la décision judiciaire définitive.

⁸²³ Cass., 28 septembre 1994, *Pas.*, I, p. 772.

⁸²⁴ Pol. Liège, 2 juin 1998, *J.T.*, 1998, p. 623.

⁸²⁵ Cass., 2 décembre 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1046, note F. Kefer ; Cass., 25 mai 1994, *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, p. 82. Ceci n'empêche cependant pas qu'il soit fait mention de l'effacement des condamnations au bulletin de renseignements. Même s'il a été reconnu que cette mention est de nature à porter atteinte aux objectifs poursuivis par les articles 619 et 620 du Code d'instruction criminelle, il a été jugé que cette circonstance n'est pas de nature à entraîner l'irrecevabilité des poursuites, ni même de devoir écarter ledit bulletin des débats, mais a seulement pour effet d'empêcher le juge du fond d'en tenir compte dans son délibéré (Corr. Verviers, 27 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1400).

La *procédure* pour obtenir l'effacement se caractérise par le fait que cette mesure intervient de manière automatique, sans intervention du pouvoir judiciaire⁸²⁶.

§2. La réhabilitation en matière pénale

La réhabilitation s'ajoute à l'effacement en ce sens que son *champ d'application* s'étend à « tout condamné à des peines non susceptibles d'être effacées conformément à l'article 619 du Code d'instruction criminelle, s'il n'a pas bénéficié de la réhabilitation depuis dix ans au moins » (art. 621, al. 1^{er}). La loi du 8 août 1997 a prévu toutefois que, si la réhabilitation accordée depuis moins de dix ans ne porte que sur des condamnations visées à l'article 627, la Cour peut décider qu'elle ne fait pas obstacle à une nouvelle réhabilitation avant l'expiration de ce délai (art. 621, al. 2).

La réhabilitation peut être introduite tant par une personne physique que par une personne morale.

La réhabilitation ne concerne que les peines et non pas les mesures de sûreté (mesures de garde, de préservation et d'éducation de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse⁸²⁷, mesures d'internement de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement). En l'absence de condamnation et de peine, la suspension du prononcé n'est en principe pas susceptible de faire l'objet d'une réhabilitation. Selon la Cour constitutionnelle, il n'y a pas matière à discrimination « dès lors que les justiciables ayant bénéficié d'une suspension du prononcé de la condamnation n'ont pas été condamnés, ils n'ont pas subi les conséquences que celle-ci entraîne et auxquelles la réhabilitation met fin »⁸²⁸. Dans un arrêt du 28 novembre 2012, la Cour de cassation a néanmoins considéré que « impliquant une déclaration de culpabilité et figurant au casier judiciaire », la suspension du prononcé pouvait être considérée comme une peine au sens de l'article 619 du Code d'instruction criminelle et, qu'à défaut de pouvoir être effacée, elle était susceptible de réhabilitation⁸²⁹. Il en va de même pour la simple déclaration de culpabilité

L'*effet* de la réhabilitation est de faire cesser « pour l'avenir, dans la personne du condamné, tous les effets de la condamnation, sans préjudice des droits acquis aux tiers. Notamment : elle fait cesser dans la personne du condamné les incapacités qui résultaient de la condamnation; elle empêche que cette décision serve de base à la récidive, fasse obstacle à la condamnation conditionnelle ou soit mentionnée dans les extraits du casier judiciaire et du registre matricule militaire ; elle ne restitue pas au condamné les titres, grades, fonctions, emplois et offices publics dont il a été destitué ; elle ne le relève pas de l'indignité successorale ; elle n'empêche ni l'action en divorce ou en séparation de corps, ni l'action en dommages-intérêts fondée sur la décision judiciaire » (art. 634 C.I.cr.)⁸³⁰.

Contrairement à l'effacement, la réhabilitation est soumise à une série de *conditions* définies par le législateur⁸³¹. Le condamné doit avoir subi les peines privatives de liberté et acquitté les

⁸²⁶ Voy. l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 15 juillet 1993, *M.B.*, 1993, p. 19340.

⁸²⁷ L'article 63 de la loi du 8 avril 1965 prévoit toutefois la possibilité que les mesures prononcées par le tribunal de la jeunesse à l'encontre de mineurs soient rayées de son casier judiciaire après qu'un délai de cinq ans se soit écoulé à partir du moment où ces mesures ont pris fin.

⁸²⁸ C.C., 8 mars 2012, arrêt n° 41/2012, *Rev. dr. pén. crim.*, 2013, p. 367, note N. Colette-Basecq.

⁸²⁹ Cass., 28 novembre 2012, *Rev. dr. pén. crim.*, *op. cit.*

⁸³⁰ En revanche, la réhabilitation « n'a pas pour effet d'occulter, comme s'ils n'avaient jamais existé, les faits qui, constatés judiciairement, ont fondé la condamnation de la personne réhabilitée (...) ; il s'ensuit qu'aucun obstacle n'existe à ce que le dossier qui les constate soit joint au dossier d'une poursuite ultérieure en vue d'éclairer la juridiction saisie sur la personnalité de la personne mise en cause » (Cass., 23 avril 1997, *Pas.*, I, p. 199).

⁸³¹ N'est pas motivé et ne permet pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision, l'arrêt de la cour d'appel (chambre des mises en accusation) qui, pour rejeter une demande de réhabilitation, se borne à énoncer que les conditions de la réhabilitation ne sont pas réunies (Cass., 4 février 1998, *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 94).

peines pécuniaires (art. 622 C.I.cr.). Il doit également « être libéré des restitutions, des dommages-intérêts et des frais auxquels il a été condamné », sous réserve d'en être affranchi (art. 623). La mesure est subordonnée à un temps d'épreuve, dont la durée minimale est de trois ans (portée à six ans en cas de récidive ou en cas de mise à la disposition du tribunal de l'application des peines) pour les condamnations à des peines de police ou à des peines correctionnelles n'excédant pas un emprisonnement de cinq ans et, de minimum cinq ans (porté à dix ans en cas de récidive ou en cas de mise à disposition du tribunal de l'application des peines) pour les condamnations à des peines plus lourdes, sans que la durée ne puisse être inférieure à la durée du sursis pour les condamnations conditionnelles (art. 626). Au cours de ce temps d'épreuve, le requérant, personne physique, « doit avoir eu une résidence certaine en Belgique ou à l'étranger et avoir fait preuve d'amendement et avoir été de bonne conduite » (art. 624)⁸³². A cet égard, « la cour (chambre des mises en accusation) doit notamment tenir compte, dans son appréciation, des efforts faits par le requérant pour réparer les dommages résultant des infractions qui n'auraient pas été établis judiciairement » (art. 624, al. 2). Par ailleurs, si, au cours du temps d'épreuve, le requérant a été condamné à des peines de police, à des peines d'amende correctionnelle ou à des peines d'emprisonnement correctionnel ne dépassant pas un mois, pour certaines infractions du Code pénal, parmi lesquelles l'homicide et les coups et blessures involontaires (art. 419 et 420 du Code pénal) ou pour des infractions aux lois et règlements particuliers, la Cour peut décider que ces condamnations ne font pas obstacle à l'octroi de la réhabilitation (art. 627).

En ce qui concerne la *procédure*, la demande en réhabilitation est adressée au procureur du Roi, au minimum un an avant l'expiration du délai d'épreuve (art. 628). En outre, si le condamné a subi une peine pour des faits visés aux articles 372 à 378 du Code pénal ou pour des faits visés aux articles 379 à 386*ter* lorsque ceux-ci ont été accomplis sur des mineurs ou ont impliqué leur participation, le dossier doit contenir l'avis d'un service spécialisé dans la guidance ou le traitement des délinquants sexuels (art. 629, dernier alinéa). La décision revient à la chambre des mises en accusation qui procède et statue à huis-clos (art. 630). Si la réhabilitation est accordée, mention en sera faite en marge de l'arrêt de condamnation (art. 632). En cas de rejet, la demande ne peut être réintroduite avant un délai de deux ans (art. 628, al. 3)⁸³³. Les frais de procédure sont à charge du requérant, ce qui témoigne d'une forme de privatisation de la justice et peut être contraire au principe de l'accès à la justice⁸³⁴.

⁸³² Cass., 20 juin 1966, *Pas.*, I, p. 1352 ; Cass., 28 février 1978, *Pas.*, I, p. 743.

⁸³³ Cass., 29 janvier 1986, *Pas.*, I, p. 631.

⁸³⁴ Voy. notamment V. SERON et J. SIMON, « La loi du 8 août 1997 relative au casier judiciaire central », *J.T.*, 2002, p. 100.

Tables des matières

Chapitre IV. L’auteur de l’infraction	3
Section 1. La place de l’agent dans le système pénal	3
Section 2. Les sujets de l’infraction	3
§ 1. Le principe historique de l’irresponsabilité des personnes morales	3
§ 2. Le régime de responsabilité pénale des personnes morales	5
A. Catégories de personnes visées	6
B. Comportements donnant lieu à la responsabilité	8
C. Personnes physiques par lesquelles la responsabilité peut être engagée	9
D. Le concours des responsabilités des personnes morale et physique	9
Section 3. La participation criminelle	18
§ 1. Position du problème	18
§ 2. Conditions de la participation criminelle	18
A. La volonté de s’associer au même crime ou délit	19
B. L’exécution d’un des actes de participation prévus par la loi	20
C. L’existence d’une infraction principale	23
§ 3. Le champ d’application de la participation	24
§ 4. Les formes de la participation	25
A. La corréité	25
B. La complicité (art. 67 C.P.)	28
§ 5. La répression de la participation criminelle (art. 69 C.P.)	28
A. La détermination de la peine	28
B. Les circonstances aggravantes	29
Section 4. La récidive	33
§ 1. La question des fondements	34
§ 2. Les conditions légales de la récidive	36
A. Une condamnation antérieure	37
B. Une infraction nouvelle	39
C. Les types de récidive prises en compte par le droit pénal	39
§ 3. Les cas de récidive	40
A. Dans le droit pénal général	41
B. Dans le droit pénal spécial et particulier	47
§ 4. Les effets de la récidive	48
A. Aggravation de la peine	48
B. La mise à la disposition du tribunal de l’application des peines	49

Chapitre V. La peine	53
Section 1. La définition et les caractères de la peine	53
§ 1. Définition	53
A. Au regard du droit pénal	54
B. Au regard de la Convention européenne des droits de l'homme.....	58
§ 2. Caractères.....	61
A. Légale	61
B. Obligatoire	61
C. Egale	62
D. Personnelle.....	63
E. Individuelle	64
Section 2. Les fonctions des peines	64
§ 1. Fonction de prévention.....	65
A. Prévention générale.....	65
B. Prévention spéciale	65
§ 2. Fonction de réparation.....	66
§ 3. Fonction de rétribution	67
§ 4. Fonction de renforcement symbolique des normes.....	68
§ 5. L'avant-projet de Code pénal (2016)	69
Section 3. La classification des peines.....	70
§ 1. Classification des peines selon les rapports qu'elles ont entre elles.....	71
A. Peines principales.....	71
B. Peines accessoires ou complémentaires.....	71
C. Peines subsidiaires	73
D. Peines alternatives.....	74
§ 2. Classification tripartite des peines	77
A. Peines applicables aux personnes physiques	77
B. Peines applicables aux personnes morales.....	92
Section 4. La mesure de la peine	94
§ 1. La motivation de la peine.....	94
A. L'étendue de la motivation en matière correctionnelle.....	94
B. La période de sûreté	96
C. Certaines résistances	99
§ 2. Les circonstances aggravantes	101
A. Caractéristiques.....	102
B. Répartition.....	102

	160
C. Effets.....	103
§ 3. Le concours d'infractions	104
A. Le concours matériel.....	105
B. Le concours idéal	108
§ 4. Les excuses	112
A. Caractéristiques de l'excuse	112
B. Deux sortes d'excuses	113
C. Le projet de réforme du Livre premier du Code pénal	120
§ 5. Les circonstances atténuantes	122
A. L'admission de circonstances atténuantes au stade présentenciel	123
B. L'admission de circonstances atténuantes au stade du jugement.....	124
Section 5. Les modalités de la peine.....	127
§ 1. La suspension du prononcé de la condamnation.....	127
§ 2. Le sursis à l'exécution des peines	130
§ 3. La probation	132
Section 6. L'exécution des peines.....	135
§1. Généralités.....	135
§2. L'exécution des peines privatives de liberté.....	137
A. Les modalités d'exécution de la peine qui ne dépendent pas du seuil.....	139
B. Les modalités d'exécution de la peine pour la catégorie des condamnés dont la partie de la ou des peines à exécuter est inférieure ou égale à trois ans	141
C. Les modalités d'exécution de la peine pour la catégorie des condamnés dont la partie de la ou des peines à exécuter est supérieure à trois ans	147
D. Tableaux récapitulatifs.....	153
Section 7. La disparition des effets des peines	154
§1. L'effacement des condamnations.....	155
§2. La réhabilitation en matière pénale.....	156