

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les enjeux du principe de la rétroactivité in mitius consacré dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Coisne, Sarah

Published in:
Revue de droit pénal et de criminologie

Publication date:
2006

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):
Coisne, S 2006, 'Les enjeux du principe de la rétroactivité in mitius consacré dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques', *Revue de droit pénal et de criminologie*, pp. 5-69.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les enjeux du principe de la rétroactivité *in mitius* consacré dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Introduction

1. La troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹ (ci-après, «le Pacte») consacre le principe de la rétroactivité *in mitius*, ou rétroactivité de la loi pénale favorable:

«Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier».².

Au départ, ce principe ne figurait pas au rang des droits fondamentaux énoncés par le projet de Pacte. Il y fut intégré au cours des travaux préparatoires suite à un amendement proposé par un représentant de l'Égypte³, adopté par 7 voix contre 3, avec 5 abstentions⁴. Il constitue

(1) Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981 (*M.B.*, 6 juill. 1983) et ratifié le 21 avril 1983. Il est entré en vigueur en Belgique le 21 juillet 1983.

(2) Version authentique française de l'article 15 du Pacte:

«1. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le Droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier.

2. Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.»

Version authentique anglaise:

«1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of the lighter penalty, the offender shall benefit thereby.

2. Nothing in this article shall prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by the community of nations.»

Observons qu'en vertu de l'article 53.1 du Pacte, les textes anglais, chinois, espagnol, français et russe font également foi. Nous nous en tiendrons en principe aux versions authentiques anglaise et française.

(3) DOC. E/CN.4/425; pour un aperçu systématique des travaux préparatoires, v. note 12.

(4) DOC. E/CN.4/SR.159, § 94. Tous n'y voyaient pas un principe à insérer dans un Pacte relatif à des droits fondamentaux (DOC. E/CN.4/SR.112, pp. 8 et 9) et certains semblaient même s'opposer à ce principe (v., par ex., DOC. E/CN.4/365, p. 45 et E/CN.4/SR.159, § 48); pour un aperçu systématique des travaux préparatoires, v. note 12.



d'ailleurs une originalité par rapport à d'autres instruments internationaux proclamant les droits de l'homme, tels que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵ (ci-après «la Convention européenne des droits de l'homme») ou la Déclaration universelle des droits de l'homme⁶, dans lesquels il n'est pas exprimé⁷. Il est néanmoins repris dans l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui consacre les principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines⁸.

Le principe est également inscrit dans l'article 2, alinéa 2 du Code pénal, dont la formulation diffère fortement de celle reprise à la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte, avec de possibles implications au niveau de l'interprétation, nous le constaterons⁹.

(5) Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

(6) Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 217 A (III) du 10 décembre 1948.

(7) La Cour européenne des droits de l'homme ne voit pas une violation de l'article 7 de la Convention en l'application du principe de la rétroactivité *in mitius* mais ne le considère pas non plus comme une obligation incombant aux Etats membres (C.E.D.H., *G. c. France*, 27 sept. 1995, *Série A*, n° 325 B). Il s'agirait plus d'une exception tolérée à la prohibition de la rétroactivité de la loi pénale lorsqu'elle s'opère au bénéfice du prévenu (F. SUDRE, «Droit de la Convention européenne des droits de l'homme», *La Semaine juridique*, 1996, n° 3910, § 29; P. TAVERNIER, «L'actualité du principe de non-rétroactivité dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme», in J.-F. FLAUSS et M. DE SALVIA (éds.), *La Convention européenne des droits de l'homme: Développements récents et nouveaux défis*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 129; P. POPELIER, «Toepassing van de wet in de tijd», *A.P.R.*, 1999, p. 59).

La Cour d'arbitrage a, à tort, donné une interprétation extensive de cet arrêt *G. c. France*. La Cour d'arbitrage a, en effet, estimé que la Cour européenne des droits de l'homme attribuait à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme une portée identique à celle de l'article 15.1 du Pacte, en ce qu'il accorde au prévenu de prétendre rétroactivement à un régime plus favorable que celui qui était applicable au moment de la commission du fait mis à charge, lorsqu'il ressort du nouveau règlement un changement de conception du législateur en ce qui concerne le caractère punissable de ce fait (C.A., n° 14/2005, 19 janv. 2005, B.14, www.arbitrage.be (20 janv. 2005)). V., pour une juste critique de cet arrêt de la Cour d'arbitrage, M. NIHOUL, «La Cour d'arbitrage et l'article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme», *C.D.P.K.*, 2005, pp. 163 à 170.

La Cour de cassation semble, sans cette fois faire référence à l'arrêt *G. c. France*, également donner une interprétation extensive à l'article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme dans un arrêt du 14 mars 2005. La Cour considère, en effet, que la disposition consacre le principe général de droit de l'application de la loi nouvelle plus douce (Cass., 14 mars 2005, www.cass.be (7 juin 2005)).

(8) Art. 49 (1), troisième phrase de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000/C 364/20, *J.O.*, 18 déc. 2000): «*Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit une peine plus légère, celle-ci doit être appliquée*».

(9) Art. 2, al. 2 C.P.: «*Si la peine établie au temps du jugement diffère de celle qui était portée au temps de l'infraction, la peine la moins forte sera appliquée*».

2. Quoi qu'il en soit, les autorités nationales sont tenues de se conformer au prescrit de la troisième phrase – comme des autres d'ailleurs – de l'article 15.1 du Pacte. L'article 15 ayant un effet direct dans notre système juridique¹⁰, il ne faut pas attendre que le législateur prévoie explicitement la rétroactivité de la peine plus légère pour que le délinquant puisse en bénéficier. Plus fort encore, les lois prévoyant que la peine plus légère ne rétroagira pas doivent céder le pas devant l'article 15 du Pacte, celui-ci constituant une norme hiérarchiquement supérieure à la loi.

Face à ce caractère contraignant de l'article 15.1 du Pacte, les Etats pourraient être tentés de lui donner une portée restrictive, trouvant une échappatoire dans l'interprétation de la disposition. Spéculer au niveau national sur l'étendue probable du principe revient cependant à s'en remettre aux autorités belges, sans savoir si elles agissent en conformité avec l'esprit du Pacte. Or, la liberté du législateur et, plus généralement, des autorités publiques commence là où s'arrête la portée de ce principe de la rétroactivité *in mitius*, tel qu'ancré dans le Pacte, et non l'inverse. C'est pourquoi le Pacte retiendra davantage notre attention, dans les lignes qui suivent, que l'interprétation du Pacte par les juges nationaux.

3. Dans le présent article, il s'agit, avant toute autre spéculation, de définir les contours du principe de rétroactivité *in mitius* exprimé dans le Pacte: la condition matérielle à laquelle il s'applique, à savoir que «la loi prévoit l'application d'une peine plus légère» (titre I), mais aussi ses limites temporelles, en ce qu'il ne concerne que la loi prévoyant une peine plus légère «postérieurement à cette infraction» (titre II).

3.1. Le Pacte même ne nous donne que peu d'indications sur la manière dont il doit être interprété¹¹. Il faut dès lors se référer aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, en particulier à l'article 32. Cet article prévoit des moyens complémentaires d'interprétation auxquels on se réfère dans les cas où le texte même ne permet pas d'aboutir à une interprétation univoque ou raisonnable. Cette disposition permet de recourir notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu.

Lorsque le texte du Pacte ne permettra pas d'en définir le champ d'application avec certitude, nous essayerons donc de nous conformer à

(10) Cass., 25 nov. 1997, *Arr. Cass.*, 1997, p. 504 et *Pas.*, 1997, I, p. 504.

(11) L'article 46 du Pacte stipule qu'aucune disposition du Pacte ne doit être interprétée comme portant atteinte aux dispositions de la Charte des Nations Unies et des constitutions des institutions spécialisées qui définissent les responsabilités respectives des divers organes de l'Organisation des Nations Unies et des institutions spécialisées en ce qui concerne les questions traitées dans le Pacte. L'article 47 du Pacte stipule quant à lui qu'aucune disposition du Pacte ne sera interprétée comme portant atteinte au droit inhérent de tous les peuples à profiter et à user pleinement et librement de leurs richesses et ressources naturelles.

la volonté des rédacteurs du Pacte, travaux préparatoires à l'appui¹². Cela dit, il est dommage, soulignons-le, que toute personne s'intéressant à la

(12) Les discussions qui eurent lieu lors des travaux préparatoires seront souvent évoquées dans cet exposé afin que l'on puisse se rendre compte des points qui firent l'objet de controverses. Elles seront citées par ordre chronologique croissant pour en refléter l'évolution. Pour un aperçu systématique des travaux préparatoires pertinents, il convient d'en retracer brièvement l'historique, avec référence particulière aux documents évoquant l'article 15 du Pacte.

La première session de la Commission des droits de l'homme (Conseil économique et social) eut lieu en 1947. Un Comité de rédaction composé de huit membres fut établi pour préparer un projet de texte sur base d'un projet de déclaration rédigé par le Secrétariat ainsi que d'un projet rédigé par le Royaume-Uni (DOC. E/CN.4/21, annexes A et B). Lors de sa deuxième session en décembre 1947, la Commission des droits de l'homme se pencha sur le projet, qui fut alors étudié de plus près par deux des trois groupes de travail créés lors de cette session (v. not., pour les considérations sur ce travail et le projet, DOC. E/CN.4/SR.37 et E/CN.4/77/annexe B). Les résultats de ce travail furent rapportés en décembre 1947 par la Commission des droits de l'homme dans le document E/600 sur lequel les gouvernements eurent l'occasion de s'exprimer. La phase initiale de rédaction prit fin avec la deuxième session du Comité de rédaction en 1948 (v. not. DOC. E/CN.4/AC.1/SR.25, 30 et 31, de mai et juin 1948), qui aboutit à un projet repris en annexe B du rapport de la troisième session de la Commission des droits de l'homme (DOC. E/800 du 28 juin 1948).

Plus tard, de sa cinquième session en 1949 jusqu'à la dixième en 1954, la Commission des droits de l'homme examina le projet de Pacte article par article (pour la cinquième session de 1949, v. not. DOC. E/CN.4/170, 188, 228, 233, 253 et E/CN.4/SR.112: amendements proposés et discussion; E/1371, annexe I: rapport de la cinquième session – pour la sixième session de 1950, v. not. DOC. E/CN.4/365, 425, E/CN.4/SR.159 et 199: amendements proposés et discussion; DOC. E/CN.4/L.16: texte revu par le Comité de style; DOC. E/1681, annexe I: rapport de la sixième session – pour la septième session de 1951, v. not. DOC. E/CN.4/524 et 552: amendements proposés et discussion; DOC. E/1992, annexes I et III: rapport de la septième session – pour la huitième session de 1952, v. not. DOC. E/CN.4/L.196 et 197, E/CN.4/SR.324: amendements proposés et discussion; DOC. E/2256: rapport de la huitième session – pour la neuvième session de 1953, v. not. DOC. E/2447, annexe I: rapport de la neuvième session – pour la dixième session de 1954, v. not. DOC. E/CN.4/694/Add.7: observations adressées au Secrétaire général par les États membres; DOC. E/2573, annexe I: rapport de la dixième session). L'Assemblée générale, lors de sa dixième session, examina un commentaire des projets de Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme préparé par le Secrétaire Général (DOC. A/2929, 1^{er} juill. 1955). La troisième Commission de l'Assemblée générale examina ensuite le projet de Pacte relatif aux droits civils et politiques (v., plus particulièrement, DOC. A/C.3/SR.1007, 1008, 1009, 1010, 1011, 1012, 1013 et 1014 (octobre et novembre 1960); v. ég. le rapport des travaux de la troisième Commission DOC. A/4625 de décembre 1960). L'Assemblée générale n'adopta le Pacte que le 16 décembre 1966, dans sa résolution 2200 A (XXI).

Pour une description plus générale de l'historique de la rédaction du Pacte, v. M. BOSSUYT, *Guide to the Travaux préparatoires of the International Covenant on civil and political rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1987; D. MCGOLDRICK, *The Human Rights Committee, Its role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 4 à 10; D. WEISSBRODT, *The Right to a Fair Trial, Articles 8, 10 and 11 of the Universal Declaration of Human Rights*, The Hague, Kluwer law international, 2001, pp. 35 à 43 et pp. 75 à 91.

lecture téléologique du Pacte, dont l'intérêt est indéniable, rencontre l'obstacle de la difficulté d'accès aux travaux préparatoires¹³. Peut-être faut-il y voir, d'ailleurs, une explication à la rareté des références à ces documents...

3.2. La lecture que le Comité des droits de l'homme (ci-après «le Comité») fait de l'article 15 constituera également un outil précieux d'interprétation. Composé de dix-huit personnalités de haute moralité possédant une compétence reconnue dans le domaine des droits de l'homme¹⁴, le Comité est l'unique organe compétent pour veiller à l'application correcte du Pacte et pour en interpréter les dispositions¹⁵.

(13) Il est, en effet, étonnant de constater que les bibliothèques dépositaires de documents officiels de l'O.N.U. ne disposent souvent que de documents épars, sans classification systématique. Nous remercions à ce titre le Professeur M. BOSSUYT de nous avoir laissé consulter sa précieuse collection de documents et, plus particulièrement, Mlle V. JOOSTEN, assistante en Droit international à l'Université d'Anvers, pour son aide, car elle nous a donné des repères inespérés dans cette masse obscure de documents. Les documents relatifs aux travaux préparatoires dans lesquels l'article 15.1 du Pacte est abordé ont donc été consultés, soit dans les bibliothèques dépositaires de Belgique, soit dans la collection du Professeur M. BOSSUYT. *Guide to the Travaux préparatoires of the International Covenant on civil and political rights* a également constitué, comme son nom l'indique, un guide essentiel pour le rassemblement des documents pertinents (M. BOSSUYT, *o.c.*, 1987). Certains documents, tels que les propositions d'amendements, n'ont pu être directement consultés, si ce n'est par l'intermédiaire par exemple de comptes rendus analytiques (summary records – abréviation: SR).

(14) Pour la composition et le fonctionnement du Comité, v. les articles 28 à 45 du Pacte.

(15) L'examen de communications individuelles, de rapports périodiques d'États parties et de plaintes interétatiques ainsi que les observations générales permettent au Comité de révéler sa lecture des dispositions du Pacte (la plupart de ces documents peuvent être consultés sur le site www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf):

- les communications individuelles ne peuvent être portées que contre les États membres du Pacte ayant également adhéré au Protocole facultatif du 16 décembre 1966. Par une telle adhésion, l'État membre reconnaît que le Comité a compétence pour recevoir et examiner des communications émanant de particuliers relevant de sa juridiction et qui prétendent être victimes d'une violation par cet État partie de l'un des droits énoncés dans le Pacte (art. 1^{er} du Protocole facultatif). Tout particulier qui prétend être victime d'une telle violation et qui a épuisé tous les recours internes disponibles peut présenter une communication écrite au Comité pour qu'il l'examine (art. 2 du Protocole facultatif). La Belgique a adhéré à ce Protocole par la Loi du 16 mars 1994 portant approbation du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (*M.B.*, 23 juin 1994). Dans le cadre des communications individuelles, le Comité peut prendre des mesures provisoires, déclarer qu'il y a violation du Pacte et même demander à l'État concerné de mettre un terme à la violation. Nous déduirons l'interprétation que le Comité donne de l'article 15 du Pacte essentiellement des constatations qu'il fait dans le cadre de telles communications individuelles;
- outre les communications individuelles, le Comité est également compétent pour examiner les rapports que les États parties s'engagent à présenter en vertu de l'article 40 du Pacte, sur les mesures qu'ils auront arrêtées et qui donnent effet aux droits reconnus dans le Pacte et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits;
- on peut encore citer les communications émanant d'États ayant reconnu la compé-

.../...



On remarquera cependant que la Cour européenne des droits de l'homme, dont les décisions ont un caractère contraignant, a un impact sans commune mesure à celui du Comité. Ceci s'explique par le fait que les États ne sont pas légalement tenus de se conformer aux vues que le Comité adopte dans le cadre de communications individuelles. Le Comité ne peut, en effet, pas contraindre un État à redresser un tort. Ses décisions et constatations constituent dès lors des avis indicatifs n'ayant qu'un poids politique et moral.

Cela justifie sans doute en partie pourquoi certains ont le réflexe de consulter la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'il s'agit d'éclairer le contenu des articles 14 et 15 du Pacte. Nous constaterons même une tendance des juridictions nationales à nier l'existence du Comité, alors que, rappelons-le, il est l'unique organe compétent pour interpréter le Pacte.

3.3. Les questions liées à l'interprétation de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte ne trouveront pas toutes une réponse satisfaisante dans les travaux préparatoires ou dans les déclarations du Comité; ce qui ne nous empêchera pas de proposer quelques pistes de réflexion principalement basées sur le texte de la disposition.

tence du Comité en vertu de l'article 41 du Pacte. Le 18 juin 1987, le Royaume de Belgique a ainsi déclaré reconnaître la compétence du Comité pour recevoir et examiner des communications présentées par un autre État partie, sous réserve que ledit État partie ait, douze mois au moins avant la présentation par lui d'une communication concernant la Belgique, fait une déclaration en vertu de l'article 41 reconnaissant la compétence du Comité pour recevoir et examiner des communications le concernant. À ce jour, aucune plainte interétatique ne permet d'éclaircir la portée de l'article 15 du Pacte;

– enfin, les observations générales du Comité revêtent sans doute le plus d'intérêt en ce qu'elles ont vocation générale, ne devant pas être lues dans un contexte ou un cas particuliers. Le Comité publie, en effet, son interprétation du contenu des dispositions du Pacte sous forme d'observations générales liées à un thème précis. Le Comité n'évoqua toutefois l'article 15 du Pacte que de manière incidente dans une observation générale concernant les états d'urgence (l'article 15 du Pacte fait partie de ces droits auxquels on ne peut déroger même lorsque l'état d'urgence est reconnu; v. l'article 4 (2) du Pacte; pour l'évolution historique et l'application de cette disposition, v. A.-L. SVENSSON-MCCARTHY, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp. 380 et s.). Le Comité y souligna que cette disposition ne concernait pas uniquement l'application rétroactive de la loi pénale mais plus généralement le principe de légalité en matière pénale, «[...] en vertu duquel la responsabilité pénale et les peines doivent être définies dans des dispositions claires et précises d'une loi qui était en vigueur et applicable au moment où l'action ou l'omission a eu lieu, sauf dans le cas où une loi ultérieure prévoit une peine moins lourde [...]» (Observation générale n° 29 du Comité concernant les états d'urgence, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 11, 31 août 2001, § 7). Rien de fondamental donc pour apprécier l'étendue de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte.

4. Nous confronterons le résultat de nos recherches à l'interprétation que la Cour de cassation et la Cour d'arbitrage donnent, le cas échéant, de l'article 15.1 du Pacte, en évitant toutefois le piège de se laisser influencer par une lecture trop nationale de la disposition. Dans un souci de délimiter le cadre de la présente étude, nous ne ferons volontairement pas de référence à la jurisprudence interne dans laquelle le Pacte n'est pas évoqué. Aussi, le lecteur ne s'étonnera pas que la jurisprudence développée en matière d'application de la loi pénale dans le temps ne soit pas davantage détaillée. L'objectif est, en effet, d'abord de le sensibiliser à la particularité et aux apports possibles du Pacte pour le droit interne.

Titre I. Champ d'application matériel

5. Après avoir tenté de définir la portée des notions de «loi» (chapitre I), d'«infraction» (chapitre II) et de «peine» (chapitre III), le terme «application» retiendra davantage notre attention car il pourrait avoir des implications importantes pour l'interprétation du principe de la rétroactivité *in mitius*, notamment en ce qui concerne les peines qui devront être comparées (chapitre IV). Il ne restera alors plus qu'à déterminer comment établir le fait qu'une peine est «plus légère» qu'une autre, sans toutefois oublier que, parfois, la peine est simplement absente (chapitre V).

Chapitre I. La loi

6. Tout d'abord, même si nous disposons de peu d'indications découlant directement du Pacte lui-même, des travaux préparatoires ou de déclarations du Comité sur ce qu'il convient d'entendre par «loi» au sens de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte, il ne faut pas céder à une lecture trop nationale de la disposition. Cela aurait pour effet de sérieusement limiter son intérêt et relèverait surtout de l'artifice.

Par exemple, un décret ne pourrait à notre estime stipuler qu'il ne régira que les situations à venir lorsqu'il prévoit l'application d'une peine plus légère au sens de l'article 15.1, troisième phrase du Pacte. La Belgique, dans son troisième rapport périodique présenté au Comité, a donc à juste titre précisé que: «[...] la loi du 16 juillet 1993 (*M.B.*, 20 juillet 1993) autorise le législateur décrétoal à ne pas appliquer le Livre I du Code pénal aux décrets plus sévères en matière pénale avec effet rétroactif, ou bien encore refuser qu'ils rétroagissent lorsqu'ils sont *in mitius* alors que ces procédés sont interdits par l'article 2, alinéas 1^{er} et 2 du Code pénal. En

réalité, il n'en est rien, car le législateur décrétoal est tenu tout comme le législateur fédéral de respecter l'article 15 du Pacte, qui interdit la rétroactivité d'une loi pénale nouvelle et l'impose lorsqu'elle est plus douce. L'article 15 a valeur supranationale qui lie tous ceux qui en Belgique ont compétence pour légiférer [...]»¹⁶.

7. Ensuite, ce que l'on pourrait qualifier de règlement, comme par exemple un arrêté d'exécution ou une circulaire ministérielle réglementaire, semble également pouvoir être considéré comme couvert par la notion de loi dans la mesure où il revêt un caractère général. Bien que la question n'ait jamais été abordée comme telle au cours des travaux préparatoires du Pacte, des références à des règlements ont parfois été faites dans le cadre de discussions portant sur d'autres points que l'interprétation de la notion de loi¹⁷.

Au cours de ces travaux préparatoires, la délégation des États-Unis a par ailleurs proposé de modifier les deux premières phrases de l'article 15.1 du Pacte en y insérant une référence explicite à la législation: «Aucun État ne promulguera une législation pénale rendant punissable un acte ou une omission qui ne constituaient pas une infraction pénale au moment où ils ont été commis, ou prescrivant pour une infraction pénale une peine plus forte que celle prévue par la loi en vigueur au moment où l'infraction a été commise»¹⁸. Cet amendement permettait selon la délégation de s'assurer que l'article interdirait la promulgation de toutes dispositions rétroactives en matière pénale mais ne s'appliquerait pas aux divergences qui pourraient survenir dans l'interprétation de la loi par les tribunaux¹⁹.

L'amendement ne fut toutefois pas accueilli avec enthousiasme²⁰, principalement parce que sa portée était trop restreinte, n'offrant de protection contre les sanctions rétroactives que sur le plan de la loi. Or, certains représentants d'États estimaient qu'il était nécessaire d'étendre cette protection aux mesures que pourraient prendre des juges ou des administrateurs²¹. Ceci explique pourquoi toute référence explicite à la législation dans les première et deuxième phrases de l'article 15.1 du Pacte fut exclue.

A contrario, l'on ne peut déduire du rejet de cet amendement que la référence explicite à la loi dans la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte

(16) Troisième rapport périodique de la Belgique, CCPR/C/94/Add. 3, 15 oct. 1997, § 182.

(17) Par ex., DOC. A/C.3/SR.1013, § 29.

(18) DOC. E/CN.4/170, p. 26.

(19) DOC. E/CN.4/SR.112, p. 4.

(20) DOC. E/CN.4/SR.112, p. 9, amendement rejeté par 9 voix contre 4, avec une abstention.

(21) DOC. E/CN.4/SR.112, p. 8.

implique une limitation du principe de la rétroactivité *in mitius* aux actes écrits émanant du pouvoir législatif, à l'exclusion, par exemple, des règlements²². Il ressort, en effet, de la formulation de l'amendement que c'étaient les mesures individualisées qui risquaient d'être de la sorte exclues du champ d'application des dispositions concernées, indépendamment du fait que ces mesures soient appliquées en vertu d'une loi au sens strict ou non. L'unique débat sur la nécessité d'une référence à la loi s'est limité à ce point précis. La question de la portée de la notion de loi ou de législation ne fut jamais à l'ordre du jour.

8. Enfin, les travaux préparatoires du Pacte et la troisième phrase de l'article 15.1 ne font aucune distinction entre les lois en fonction de leur objet ou en fonction de leur origine: n'échapperaient par exemple pas, le cas échéant, à l'obligation de rétroagir les lois réglant des matières économiques²³, ni les lois visant à transposer en droit interne des normes européennes ou internationales²⁴.

9. Pour conclure, rien ne semble pouvoir s'opposer, jusqu'à présent, à une acception large de la notion de loi. Dès lors, sous réserve d'une intervention du Comité allant dans ce sens, on ne pourrait mettre de côté le principe de la rétroactivité *in mitius* sous prétexte d'une quelconque distinction entre forme, objet ou origine de la loi²⁵. La seule exigence explicite concernant le contenu de la loi est qu'elle prévoie l'application d'une peine plus légère.

(22) On remarquera au passage qu'il s'agit là d'une différence essentielle de formulation entre la deuxième et la troisième phrases de l'article 15.1 du Pacte; ce qui explique peut-être la raison pour laquelle les deux phrases n'ont pas été fusionnées (outre la particularité de la troisième phrase en ce qui concerne la formulation de ses limites temporelles, v. Titre II). Une autre explication est cependant également vraisemblable. Il s'agirait d'un simple concours de circonstances, la deuxième phrase n'ayant connu que très peu de contestations et la troisième phrase n'y ayant été greffée que par après.

(23) À ce sujet, v. A. HUET, «La rétroactivité *in mitius* des textes réglementaires en matière économique (Dissonances sur une question simple)», *La semaine juridique*, 1989, doctrine, n° 3378; B. SPRIET, «Het strafrechtelijk retroactiviteitsbeginsel toegepast op een gunstige wijziging van de uitvoeringsreglementering», in *Om deze redenen, Liber Amicorum Armand VANDEPLAS*, Gand, Mys & Breesch, 1994, p. 377.

(24) À ce sujet, v. B. SPRIET, in *o.c.*, 1994, pp. 365 à 367; du même auteur, «De doorwerking van het Europees Gemeenschapsrecht in de strafbaarstelling van het interne Belgische Strafrecht», *R.W.*, 1995-96, p. 1163 et «Retroactiviteit in het Strafrecht», in X., *De retroactiviteit van rechtsregels*, Louvain, Jura Falconis Libri, 1997, p. 156.

(25) Dans le même sens, A. HUET, «Une méconnaissance du droit international (à propos de la rétroactivité *in mitius*)», *La semaine juridique*, 1987, doctrine, n° 3293 et, du même auteur, *o.c.*, *La semaine juridique*, 1989, doctrine, n° 3378.

Chapitre II. Une infraction

10. Au cours des travaux préparatoires du Pacte, la délégation des États-Unis avait, dans un de ses amendements à l'article 15.1 du Pacte, proposé de préciser qu'il devait concerner une «infraction pénale», car la seule mention d'une «infraction» aurait eu pour conséquence, selon cette délégation, l'application de la disposition à la violation d'obligations civiles. L'amendement ayant été rejeté pour des raisons étrangères à cette précision terminologique, l'on ne peut toutefois rien en déduire²⁶.

Il ressort néanmoins de l'article 15.1 du Pacte lui-même que la notion d'infraction doit être mise en rapport avec celle d'«acte délictueux» à laquelle se réfère la première phrase de la disposition.

Le Comité a, quant à lui, indiqué que l'article 15 ne concernait que les infractions pénales. Dans l'affaire *Jacobus Gerardus Strik c. Pays-Bas*, le Comité observa que: «[...] les dispositions du Pacte invoquées visent les infractions pénales, alors que l'auteur n'a été l'objet que de mesures disciplinaires, et note aussi que les éléments dont il est saisi ne portent pas sur une «*infraction pénale*» ou un «*acte délictueux*» au sens des articles 14 et 15 du Pacte [...]»^{27,28}. La communication fut déclarée irrecevable.

11. Ces constatations du Comité suggèrent l'admission implicite de critères pour déterminer l'existence d'une infraction pénale. À partir de l'extrait cité dans le paragraphe 10, on pourrait déduire au moins deux critères de définition.

La nature de la sanction serait un premier critère²⁹. En effet, les mesures disciplinaires ne permettent pas, dans le cas d'espèce, d'établir l'existence d'une infraction pénale. À noter qu'à cet égard, le Comité ne considère à aucun moment la gravité des sanctions disciplinaires infligées au requérant.

Le critère de la nature de la sanction ne semble cependant pas déterminant, puisque le Comité ajoute que les éléments dont il est saisi en

(26) DOC. E/CN.4/SR.112, p. 9 (v. § 7).

(27) Comité des droits de l'homme, *M. Jacobus Gerardus Strik c. Pays-Bas*, CCPR/C/76/D/1001/2001, 1^{er} nov. 2002, § 7.3.

(28) Comp. Cass., 2 nov. 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, p. 298, *Pas.*, 1990, I, p. 262, *R.W.*, 1989-90, p. 928, où la Cour de cassation estime que l'article 15.1 du Pacte ne s'applique pas aux procédures disciplinaires ne se rapportant pas au bien-fondé d'une accusation en matière pénale.

(29) Sur la notion de «peine», v. Chapitre III.

l'espèce ne portent pas sur une infraction pénale ou un acte délictueux au sens des articles 14 et 15 du Pacte. La nature de l'infraction serait donc un deuxième critère. À moins que le Comité se soit simplement inspiré de la qualification nationale de l'infraction.

Cependant, on ne peut affirmer avec certitude que le Comité a pesé le poids de ses déclarations en suggérant des critères implicites dans cette affaire *Jacobus Gerardus Strik c. Pays-Bas*, d'autant plus que la formulation que le Comité adopte est assez confuse. La décision du Comité dans l'affaire *A.J. v. G. c. Pays-Bas*, dans laquelle le requérant avait perdu la garde de ses enfants après avoir tué leur mère, témoigne plutôt d'une approche casuelle par le Comité de la notion d'«infraction pénale» au sens de l'article 15.1 du Pacte, sans qu'il ne motive sa position sur base de critères précis³⁰.

12. Par ailleurs, concernant cette notion d'«infraction pénale», le Comité met souvent l'article 15.1 en parallèle avec l'article 14.3 du Pacte. L'expression «infraction pénale» doit en effet, selon le Comité, être interprétée en conformité avec l'expression «accusation d'une infraction pénale» reprise dans l'article 14.3 du Pacte^{31,32}.

(30) Comité des droits de l'homme, *A.J. v. G. c. Pays-Bas*, CCPR/C/77/D/1142/2002, 27 mars 2003, § 5.7: «[...] le Comité relève que la disposition visée du Pacte concerne les infractions pénales, tandis que l'allégation de l'auteur porte sur l'affaire relative à la garde. Les éléments portés à la connaissance du Comité n'étaient aucun argument et aucune allégation selon lesquels les procédures portaient sur un «acte délictueux» ou une «infraction pénale» au sens de l'article 15 du Pacte. Ce grief et toute autre partie des griefs de l'auteur qui pourraient concerner l'applicabilité du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte aux procédures relatives à la garde des enfants ne relèvent pas du champ d'application des dispositions du Pacte invoquées par l'auteur et sont irrecevables, *ratione materiae*, en vertu de l'article 3 du Protocole facultatif [...]». La communication fut déclarée irrecevable.

(31) Comité des droits de l'homme, *M. Andrew Rogerson c. Australie*, CCPR/C/74/D/802/1998, 3 avr. 2002, § 9.4.

(32) Observons que P. TAVERNIER dénonce la lecture parallèle des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme que la Cour européenne des droits de l'homme a faite dans son arrêt *Welch c. Royaume-Uni* (C.E.D.H., *Welch c. Royaume-Uni*, 9 févr. 1995, § 27). L'auteur doute que ces dispositions poursuivent le même but et le même objet lorsqu'ils se réfèrent à la «peine» ou à la «matière pénale», l'article 7 figurant en outre parmi les droits indérogeables au titre de l'article 15 de la Convention (P. TAVERNIER, *in o.c.*, 1997, p. 127; v. ég. M. CROMHEECKE, F. DHONDT, «Artikel 7: Geen straf zonder wet», in J. VANDE LANOTTE et P. HAECK (éds.), *Handboek EVRM – Deel 2: artikelsgewijze commentaar*, vol. I, Anvers, Intersentia, 2004, pp. 667 et 668). La même réflexion pourrait être émise par rapport à la lecture parallèle des articles 14 et 15 du Pacte. Comme il fut souligné au cours des travaux préparatoires du Pacte, l'article 14 prévoit un jugement équitable alors que l'article 15 ne traite que de l'issue du jugement (DOC. A/C.3/SR.1013, § 18).

La tentation est ainsi grande de mettre cette notion sur le même pied que l'expression assez proche d'«accusation en matière pénale» de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. De même, la tentation de se tourner vers les interprétations déjà développées en la matière par la Cour européenne des droits de l'homme est accentuée par le fait qu'il est, à l'heure actuelle, impossible de cerner des critères, propres au Pacte, permettant de déceler la présence d'une «infraction pénale» au sens de l'article 15.1 du Pacte ou même d'une «accusation d'une infraction pénale» au sens de l'article 14.3 du Pacte. En effet, la motivation adoptée par le Comité est généralement laconique lorsqu'il déclare une communication irrecevable en raison de l'absence d'une «infraction pénale»³³ ou d'une «accusation d'une infraction pénale»³⁴.

Cela étant, il faut rappeler que seul le Comité est compétent pour définir la notion d'«accusation d'une infraction pénale» au sens de l'article 14.3 du Pacte, tout comme celle d'«infraction pénale» au sens de l'article 15.1 d'ailleurs. Le Comité a certes lui-même observé que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme a une portée et une teneur analogues à celles de l'article 14 du Pacte³⁵, mais cela n'implique pas pour autant qu'il reproduira telle quelle l'interprétation donnée par la Cour strasbourgeoise à l'article 6 de la Convention...

Chapitre III. Une peine

13. La «peine» au sens de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte est une notion autonome. En effet, bien que les conceptions nationales puissent contribuer à établir la nature de peine, elles ne sont pas détermi-

(33) V. not. Comité des droits de l'homme, *M. Jacobus Gerardus Strik c. Pays-Bas, o.c.*, § 7.3; Comité des droits de l'homme, *A.J. v. G. c. Pays-Pas, o.c.*, § 5.7.

(34) Par ex., Comité des droits de l'homme, *Leroy Morgan and Samuel Williams v. Jamaïca*, CCPR/C/64/D/720/1996, 3 nov. 1998, § 7.1; Comité des droits de l'homme, *Conroy Levy v. Jamaïca*, CCPR/C/64/D/719/1996, 3 nov. 1998, § 7.1; Comité des droits de l'homme, *Antonio Sánchez López c. Espagne*, CCPR/C/67/D/777/1997, 18 oct. 1999, § 6.4; Comité des droits de l'homme, *Ronald Everett c. Espagne*, CCPR/C/81/D/961/2000, 9 juill. 2004, § 6.4; Comité des droits de l'homme, *Craig Minogue c. Australie*, CCPR/C/82/D/954/2000, 2 nov. 2004, § 6.4. V. ég., concernant le deuxième paragraphe de l'article 14 du Pacte, Comité des droits de l'homme, *Yves Horaël c. France*, CCPR/C/36/D/207/1986, 28 juill. 1989, § 9.5. À se demander parfois si le Comité tient implicitement compte de certains critères pour savoir s'il y a accusation d'une infraction pénale ou s'il se laisse guider par la qualification nationale.

(35) Comité des droits de l'homme, *Werner Petersen c. Allemagne*, CCPR/C/80/D/1115/2002, 1^{er} avr. 2004, §§ 6.3 et 6.5; v. ég., mais uniquement concernant le premier paragraphe, Comité des droits de l'homme, *Walter Kollar c. Autriche*, CCPR/C/78/D/989/2001, 30 juill. 2003, § 8.6.

nantes. L'interprétation large ou stricte de cette notion dépendra d'autres facteurs. Il faudra tenir compte non seulement du texte de l'article 15.1 mais également de son objet et de son but³⁶.

Rien ne permet donc d'exclure que, par exemple, certaines sanctions qualifiées d'administratives ou de disciplinaires au niveau national tombent sous le couvert de la disposition³⁷.

De même, et sur un mode mineur, le Comité n'a pas exclu que les modalités d'application de la peine comme, par exemple, le sursis, soient concernées par la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte³⁸. À l'instar de

(36) Comité des droits de l'homme, *Van Duzen c. Canada*, CCPR/C/15/D/50/1979, 7 avr. 1982, § 10.2.

(37) Le Comité a, dans le cadre de l'article 14 du Pacte, déjà clairement suggéré que des mesures disciplinaires pouvaient constituer une peine. Ainsi, dans l'affaire *Perterer c. Autriche*, le Comité observe que: «[...] L'imposition de mesures disciplinaires contre un fonctionnaire ne constitue pas nécessairement en soi une décision concernant les droits et obligations de caractère civil et ne constitue pas non plus, sauf dans les cas de sanctions qui, indépendamment de leur qualification en droit interne, ont un caractère pénal, une décision sur le bien-fondé d'une accusation pénale au sens de la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte [...]» (Comité des droits de l'homme, *Perterer c. Autriche*, CCPR/C/81/D/1015/2001, 20 juill. 2004, § 9.2). A noter que dans l'extrait de la décision *Jacobus Gerardus Strik c. Pays-Bas*, cité dans le paragraphe 10, le Comité se réfère sans doute au cas concret, considérant implicitement que les mesures disciplinaires concernées n'étaient pas, en l'espèce, assimilables à une peine.

(38) Dans l'affaire *Van Duzen c. Canada*, il était question d'une sorte de sursis à l'exécution de la peine, qualifié de *parole*, dont la durée avant révocation en cas de récidive devait être imputée à la durée totale de l'emprisonnement devant être exécuté, et ce à partir de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, le *Parole Act*. Bien que l'affaire concernait les modalités d'application de la peine, le Comité n'a pas senti le besoin de s'étendre sur ce point en précisant davantage ce que l'on devait entendre par peine, le requérant n'ayant plus de raison de se plaindre suite à sa libération anticipée (Comité des droits de l'homme, *Van Duzen c. Canada, o.c.*, § 10.3). T. OPSAHL et A. DE ZAYAS estiment qu'en déclarant la requête recevable, le Comité a admis les conditions de *parole* comme peine au sens de l'article 15.1 du Pacte (T. OPSAHL et A. DE ZAYAS, «The Uncertain Scope of Article 15(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights», *Canadian Human Rights Yearbook*, 1983, p. 240).

Dans l'affaire *MacIsaac c. Canada*, le Comité fut également confronté aux modifications du *Parole Act* prévoyant, d'une part, que la révocation du temps sous *parole* n'était plus automatique en cas de récidive mais laissée à l'appréciation de l'autorité compétente et, d'autre part, que le temps passé sous *parole* après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi mais avant révocation de *parole* était imputé à la durée de la peine devant encore être exécutée. Dans le cas d'espèce, le juge pouvait prononcer jusqu'à 14 ans d'emprisonnement pour la nouvelle infraction commise pendant le délai de *parole*, mais n'avait prononcé qu'une peine de 14 mois tout en liant explicitement sa décision au fait que la révocation était automatique en cas de récidive, le jugement ayant été rendu avant la modification du *Parole Act*. Le Comité n'a pas exclu dans cette affaire que l'on tienne compte des modalités d'application de la peine dans le cadre de l'article 15.1 du Pacte. Néanmoins, le requérant n'a pas prouvé qu'en cas d'application de la nouvelle loi le juge l'aurait également condamné à 14 mois d'emprisonnement, compte tenu du fait que le

.../...

T. OPSAHL et A. DE ZAYAS et vu que rien ne s'y oppose jusqu'à présent, nous serions tentés de qualifier de telles modalités d'application de la peine comme faisant partie intégrante de celle-ci, et d'admettre qu'elles doivent, le cas échéant, rétroagir au sens de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte³⁹. Une telle assimilation à la peine des modalités d'application de celle-ci devra, bien entendu, s'analyser au cas par cas, en fonction des effets de la mesure sur la situation du délinquant⁴⁰.

14. La référence à la portée autonome de la notion de «peine» présage peut-être une évolution parallèle à l'interprétation large que la Cour européenne des droits de l'homme donne à cette même notion⁴¹. Mais, une fois de plus, la Cour ne peut supplanter le Comité dans l'interprétation du Pacte. Et nous ne disposons à ce jour que de peu d'indications découlant directement du Pacte et de ses travaux préparatoires, ces derniers n'évoquant en général que la peine d'emprisonnement et l'amende. Les décisions du Comité n'offrent pas davantage d'éléments sur ce point.

En résumé, l'approche résolument casuelle de l'article 15.1 du Pacte par le Comité ne permet pas à ce jour de définir une véritable ligne de conduite concernant l'interprétation de la notion de «peine». Tel était également le cas concernant la notion d'«infraction pénale». Il s'agit pourtant de notions capitales pour la détermination du champ d'application de la disposition.

15. Outre le constat que le Comité est un organe peu connu de nos juridictions, l'absence de critères précis concernant la définition de la notion de «peine» au sens de l'article 15.1 du Pacte explique peut-être

juge avait lié explicitement sa décision au caractère automatique de la révocation. Il n'était donc pas certain que le requérant aurait pu, sur base de la nouvelle loi, être libéré plus tôt eu égard à l'imputation du temps passé sous *parole* à la durée de l'emprisonnement devant encore être exécuté. Le Comité préféra dès lors ne pas se prononcer, ignorant de quelle manière la modification avec effet rétroactif de la loi aurait influencé le jugement pour la nouvelle infraction (Comité des droits de l'homme, *MacIsaac c. Canada*, CCPR/C/17/D/55/1979, 14 oct. 1982, §§ 12 et 13).

(39) T. OPSAHL et A. DE ZAYAS, *o.c.*, *Canadian Human Rights Yearbook*, 1983, p. 252.

(40) Dans ce sens, l'instauration par le *Parole Act*, loi déjà évoquée en note 38, d'un système de surveillance pour les personnes bénéficiant d'une libération anticipée (*mandatory supervision*) ne fut pas considérée par le Comité comme l'infliction d'une peine au sens de la deuxième phrase de l'article 15.1 du Pacte. Il s'agissait en l'occurrence plutôt d'une mesure d'assistance sociale visant à réhabiliter la personne condamnée, soit une mesure prise dans son propre intérêt (Comité des droits de l'homme, *A.R.S. c. Canada*, CCPR/C/14/D/91/1981, 28 oct. 1981, § 5.3).

(41) V. C.E.D.H., *Welch c. Royaume-Uni, o.c.*, § 28 (ordonnance de confiscation prononcée à l'encontre du requérant à la suite d'une condamnation pour infraction à la législation sur les stupéfiants); C.E.D.H., *Jamil c. France*, 8 juin 1995, §§ 30 et 31 (contrainte par corps assortissant l'amende douanière infligée au requérant pour trafic de drogue).

pourquoi la Cour de cassation évite parfois la question de l'appréciation de la peine au sens de cette disposition, ou du moins ne s'intéresse pas du tout à l'interprétation que le Comité pourrait en donner, aussi peu développée soit-elle⁴².

La Cour semble même s'être forgé sa propre opinion sur la notion de peine au sens de l'article 15.1 du Pacte, sans pour autant la motiver sous l'angle du Pacte ou de décisions du Comité⁴³. Ceci témoigne d'un certain malaise, à l'heure actuelle, dans l'interprétation autonome de cette dispo-

(42) Par exemple, dans l'arrêt du 11 mars 2002, la Cour de cassation se désintéresse totalement de la question de savoir si la sanction qui a été appliquée sur base de l'article 154 de l'arrêté royal portant réglementation du chômage, dans sa version en vigueur au moment où le directeur du bureau régional du chômage a prononcé la sanction litigieuse, constitue une sanction au sens de l'article 15.1 du Pacte et ce, au motif que l'examen de cette sanction requiert une appréciation d'éléments de fait qui excède les pouvoirs de la Cour (Cass., 11 mars 2002, www.cass.be (7 juin 2005)).

De même, dans un arrêt du 14 mars 2005, alors que la qualification de la sanction d'exclusion du bénéfice des allocations de chômage pour une durée déterminée comme sanction pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte se trouvait au cœur des débats, la Cour de cassation s'est contentée de constater que: «[...] la sanction prévue [...] n'est pas une peine au sens de l'article 2, alinéa 2 du Code pénal. Attendu que cette disposition, de même que les articles 7.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, consacrent toutefois le principe général du droit de l'application de la loi nouvelle plus douce. Que ce principe, qui déroge au principe de la non-rétroactivité de la loi, suffit à justifier légalement la décision d'appliquer l'arrêté royal du 29 juin 2000 qui abaisse à une semaine le minimum de la sanction édictée en cas de manquement à l'article 154 précité [...]» (Cass., 14 mars 2005, *o.c.*). Par un subtil recours au principe général de droit, la Cour de cassation ne s'attarde pas à se demander d'abord si le principe invoqué est applicable en l'espèce... La Cour ne se donne donc pas la peine d'analyser si la sanction considérée constitue une peine au sens de l'article 15.1 du Pacte, le principe de l'application de la loi plus douce étant, quoi qu'il en soit, respecté.

(43) Dans un arrêt du 6 décembre 1999, rendu en matière sociale, la Cour se limite, en effet, à déclarer que: «[...] il résulte tant de ces considérations que de la volonté du législateur que la somme ainsi due ne constitue ni une sanction administrative ni une sanction pénale mais une indemnité forfaitaire de réparation à laquelle ne s'appliquent pas les articles 2, alinéa 2 du Code pénal et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [...]» (Cass., 6 déc. 1999, *Arr. Cass.*, 1999, p. 661, *Pas.*, 1999, I, p. 661).

La même critique concernant l'interprétation peu autonome de la notion de «peine» par la Cour de cassation peut être formulée à l'égard de l'arrêt du 18 février 2002, dans lequel la Cour estime que: «[...] l'exclusion du travailleur qui est ou devient chômeur en raison d'un licenciement pour un motif équitable eu égard à l'attitude fautive du travailleur, comme le prévoit l'article 52, § 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, ne constitue pas une sanction mais une mesure qui est prise à l'égard d'un travailleur qui ne remplit pas les conditions d'octroi des allocations de chômage, à savoir être privé de travail et de rémunération par suite de circonstances indépendantes de sa volonté et n'avoir dès lors pas droit aux allocations; Que le principe général du droit de l'application de la peine la moins forte, consacré par l'article 2, alinéa 2, du Code pénal et par

.../...



sition conventionnelle; ce que le rapport annuel de la Cour de cassation de 2004 ne manque d'ailleurs pas de relever explicitement⁴⁴.

Plus fort encore, la Cour s'est approprié un certain nombre de critères permettant de déterminer si l'on se trouve en présence d'une peine et feignant une interprétation autonome de l'article 15.1 du Pacte. En effet, dans deux arrêts du 6 mai 2002, également cités dans le rapport annuel de la Cour de 2004⁴⁵, elle a relevé qu'une sanction administrative peut être une sanction pénale au sens de l'article 15 du Pacte et a énuméré les critères de contrôle applicables, à savoir que 1. la sanction ne concerne pas uniquement un groupe déterminé doté d'un statut particulier, 2. elle prescrit un comportement déterminé et prévoit une sanction en vue de son respect, 3. elle ne concerne pas seulement la réparation pécuniaire d'un préjudice mais tend essentiellement à sanctionner afin d'éviter la réitération d'agissements similaires, 4. elle se fonde sur une norme à caractère général dont le but est à la fois préventif et répressif, 5. elle est très sévère eu égard à son montant. Si, après l'examen de tous ces éléments, il apparaît que les aspects répressifs sont prédominants, la sanction administrative doit, selon la Cour, être considérée comme une sanction pénale au sens de l'article 15 du Pacte⁴⁶.

Observons que les mêmes critères apparaissaient déjà dans l'arrêt du 25 mai 1999, mais concernant les articles 14 du Pacte et 6 de la Convention

l'article 15.1 du Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, approuvé par la loi du 15 mai 1981, ne s'applique pas à une telle mesure [...]» (Cass., 18 févr. 2002, *www.cass.be* (7 juin 2005), *J.T.T.*, 2002, p. 445, note, *NjW*, 2002, p. 94, *Pas.*, 2002, p. 491, *R.W.*, 2002-03 (abrégé), p. 659, note, *Chron. D.S.*, 2002, p. 378).

(44) M.G. VAN HAEGENBORGH et I. BOONE, «Les sanctions administratives», in Rapport annuel de la Cour de cassation de 2004, p. 205: «[...] Il est en outre remarquable que, dans les arrêts précités, la Cour admet l'inapplicabilité des articles 6 de la C.E.D.H. et 15 du Pacte international sur la base de considérations concernant la qualification en droit interne des mesures visées à l'article 30^{ter}, § 6, sans examiner celles-ci à la lumière de l'interprétation autonome de la notion de 'peine' retenue par la Cour eur. D.H. En effet, la circonstance que les mesures litigieuses ne constituent pas des sanctions pénales selon le droit interne influe peu sur la qualification de peine au sens de la C.E.D.H. et du Pacte international [...]». Cette remarque est tout à fait pertinente; il est seulement dommage que ces auteurs soumettent l'article 15 du Pacte à l'interprétation que la Cour européenne des droits de l'homme donne à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

(45) M.G. VAN HAEGENBORGH et I. BOONE, *in o.c.*, 2004, p. 206.

(46) Cass., 6 mai 2002, *www.cass.be* (7 juin 2005), concl. T. WERQUIN, *B.I.-I.N.A.M.I.*, 2002, p. 245, concl. T. WERQUIN, *J.T.T.*, 2002, p. 458, concl. T. WERQUIN, note, *NjW*, 2002, p. 61, note, *Pas.*, 2002, p. 1090, concl. T. WERQUIN, *Chron. D.S.*, 2002, p. 380.

européenne des droits de l'homme⁴⁷. Dans le rapport annuel de la Cour de cassation de 2004, il est précisé que la jurisprudence de la Cour rejoint ainsi en grande partie la jurisprudence strasbourgeoise, sauf en ce qui concerne le cinquième critère qui requiert que l'amende soit particulièrement lourde⁴⁸. L'article 14 du Pacte serait de la sorte, comme souvent d'ailleurs, mis sur le même pied que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, au point d'être soumis à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme...

En résumé, le manque de cohérence est flagrant: soit la Cour de cassation tente d'éviter la problématique en se détournant de la question de l'appréciation de l'existence d'une peine au sens de l'article 15.1 du Pacte, soit elle constate laconiquement que la mesure considérée constitue ou non une telle peine, soit encore elle invente des critères pour lesquels elle s'inspire de ceux développés par la Cour européenne des droits de l'homme.

Ce flou artistique témoigne de ce que le Pacte reste un instrument de droit peu connu de la Cour de cassation. On ne dispose certes que de peu d'éléments concernant l'interprétation de la notion de «peine» au sens de l'article 15.1 du Pacte, mais il vaudrait mieux dans ce cas, par souci de transparence, l'avouer et développer un raisonnement sur base des quelques indications dont nous disposons à ce jour, comme l'autonomie de la notion par exemple, au lieu d'ignorer totalement les mécanismes de contrôle et d'interprétation propres au Pacte.

Chapitre IV. Implications possibles de la référence à «l'application» d'une peine

16. Le Pacte ne se contente pas de mentionner que la loi prévoit une peine plus légère. Il se réfère à «l'application» d'une peine plus légère. Les rédacteurs du Pacte n'ont pas, à notre connaissance, discuté l'opportunité d'une telle précision. Sa prise en compte peut pourtant avoir des conséquences considérables pour l'interprétation de la disposition.

Ainsi, on peut raisonnablement se demander si, par l'insertion du mot «application», les rédacteurs du Pacte entendaient seulement légitimer les

(47) Cass., 25 mai 1999, *Arr. Cass.*, 1999, p. 307, *Pas.*, 1999, I, p. 307; dans ses conclusions afférentes à l'arrêt de la Cour du 6 mai 2002, M. l'Avocat Général T. WERQUIN a d'ailleurs mis les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme en parallèle avec les articles 14 et 15 du Pacte (*o.c.*).

(48) M.G. VAN HAEGENBORGH et I. BOONE, *in o.c.*, 2004, p. 200.

dispositions de droit transitoire prévoyant la rétroactivité de peines plus légères ou consacrer le principe en tant que tel (section 1). L'expression peut par ailleurs impliquer une certaine concrétisation de la loi préalablement requise à la comparaison des peines (section 2).

Section 1. Simple légitimation ou consécration du principe de la rétroactivité in mitius?

17. Étant donné la formulation de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte, on pourrait se demander si cette disposition ne fait que légitimer les lois prévoyant une application du principe de la rétroactivité *in mitius* ou si elle consacre le principe en tant que tel. En effet, la référence à l'application d'une peine plus légère peut donner l'impression que le Pacte vise en réalité une loi prévoyant que soit appliquée la peine plus légère avec effet rétroactif.

G. KNIGGE considère également que l'une des interprétations que l'on pourrait donner à la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte est la simple légitimation des règles de droit transitoire prévoyant la rétroactivité de la peine plus légère. Bien qu'il estime que cette lecture ne soit pas dépourvue de raison, il exclut que les rédacteurs du Pacte s'en soient tenus à cela⁴⁹.

Un argument en faveur de cette lecture restrictive de la disposition pourrait cependant être puisé dans les termes de la version authentique anglaise du Pacte: «the imposition of the lighter penalty». On vise ainsi non pas l'application d'une peine plus légère, mais l'application de la peine plus légère, contrairement, par exemple, aux versions française et espagnole. Cependant, le texte anglais n'a pas toujours fait mention de l'expression «*the lighter penalty*»⁵⁰. Et cette petite divergence présumée fortuite ne peut donc suffire pour comprendre la signification exacte que les rédacteurs du Pacte entendaient donner aux termes «la loi prévoit l'application d'une peine plus légère».

Seuls les travaux préparatoires pris dans leur globalité peuvent contribuer à trouver une réponse. De ceux-ci, il ressort que les rédacteurs ne voulaient pas restreindre à ce point la portée du principe de la rétroactivité *in mitius* en le soumettant au bon vouloir du législateur. Les débats au cours des travaux préparatoires concernant la portée tant matérielle que

(49) G. KNIGGE, *Verandering van wetgeving: beschouwingen over de artt. 4 A.B. en 1 Sr.*, Arnhem, Gouda Quint, 1984, pp. 329 et 330.

(50) Not. DOC. E/CN.4/21, annexe G; dans le rapport de la dixième session de la Commission des droits de l'homme, on constate qu'il était encore fait état de l'expression «a lighter penalty», DOC. E/2573, annexe I, p. 68.

temporelle du principe, débats que nous évoquerons dans les lignes qui suivent, en attestent directement.

18. En somme, la loi visée semble bien être celle qui prévoit l'application d'une peine plus légère en tant que telle, postérieurement à l'infraction, et non, par ricochet, celle qui prévoit que cette peine plus légère devra rétroagir. On ne peut donc pas dire que le terme «application» vise à limiter le champ d'application de l'article 15.1 du Pacte à la légitimation de certaines règles de droit transitoire. On peut d'ailleurs se demander quel serait l'intérêt pratique, dans le cas contraire, d'intégrer un tel principe dans un Pacte relatif à des droits fondamentaux.

Section 2. La concrétisation préalable de la loi

19. Les lois dont on pourrait dire qu'elles ont un caractère mixte, c'est-à-dire les lois qui aggravent et adoucissent simultanément la peine, révèlent que, par la comparaison abstraite de deux lois, on peut aboutir à un dilemme dans l'application des principes énoncés à l'article 15.1 du Pacte (sous-section 1). Une solution serait de concrétiser la loi dans le cas d'espèce avant de comparer les peines si, bien sûr, cela est défendable à la lumière de l'article 15.1 du Pacte (sous-section 2). Une conséquence non négligeable d'une telle approche du principe de la rétroactivité *in mitius* serait la prise en compte possible de toute loi dont l'application pourrait avoir un effet sur la peine finalement infligée, au lieu de ne considérer que les lois prévoyant une modification de la peine comme telle (sous-section 3).

Sous-section 1. Les faiblesses de la comparaison abstraite des lois

20. L'article 2, alinéa 2 du Code pénal dispose que :
« Si la peine établie au temps du jugement diffère de celle qui était portée au temps de l'infraction, la peine la moins forte sera appliquée ».

L'absence de toute référence à l'«application» d'une peine peut expliquer, sans pour autant légitimer, pourquoi la pratique s'est orientée, en droit belge, vers l'invention, en jurisprudence et en doctrine, de critères abstraits s'appliquant par ordre subsidiaire et permettant d'établir quelle peine est la plus légère⁵¹. Ces critères ont le mérite de créer une systéma-

(51) Pour un aperçu de la hiérarchie prédéfinie des peines, l'on consultera, parmi d'autres, L. DUPONT, *Beginselen van Strafrecht*, Leuven, Acco, 2000-01, pp. 59 et 60; P. POPELIER, *o.c.*, *A.P.R.*, 1999, pp. 64 et 65; B. SPRIET, « Vergelijking van de zwaarte van straffen », *R.W.*, 1993-94, note sous Cass., 29 sept. 1993, pp. 1302 et 1303; F. TULKENS et M. VAN

.../...



tisation des principes d'application de lois pénales dans le temps et favorisent par conséquent une certaine sécurité juridique⁵².

21. Toutefois, les critères étant appliqués *in abstracto*, il se peut que la peine nouvelle concrétisée soit en réalité plus sévère pour le délinquant, et inversement⁵³.

Cette réalité fut récemment dénoncée dans des questions préjudicielles posées à la Cour d'arbitrage, relevant entre autres que la loi ancienne⁵⁴, en ce qu'elle prévoyait des peines d'emprisonnement que ne prévoit plus la loi nouvelle⁵⁵, pouvait être considérée comme celle portant la peine la plus forte au sens de l'article 2 du Code pénal, par application des critères abstraits généralement reconnus, mais que, dans l'esprit du justiciable, la

DE KERCHOVE, *Introduction au Droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Diegem, Story-Scientia, 2003, pp. 225 à 227; VANDEPLAS, A., «De bepaling van de zwaarste straf», *R.W.*, 1991-92, p. 404, note sous Cass., 17 avr. 1991; E. VAN MUYLEM, «Conflict van Strafwetten in de tijd», *A.J.T.*, 1998-99, pp. 528 et 529.

Dans les grandes lignes, les critères de comparaison de deux peines sont, par ordre décroissant, la nature des peines concernées (criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle), leur caractère (peine de droit commun ou de droit politique), leur objet (emprisonnement, amende, ...), leur durée (d'abord le maximum puis le minimum), leur caractère obligatoire ou facultatif, leur taux (d'abord le maximum puis le minimum), la peine principale étant toujours considérée avant la peine accessoire.

À cela s'ajoutent des questions plus pointues que posent, par exemple, l'application dans le temps de la loi du 17 avril 2002 instaurant la peine de travail comme peine autonome en matière correctionnelle et de police (sur la comparaison de peines de nature différente, v. § 44; sur l'application dans le temps de la Loi du 17 avril 2002, v. not. S. DERRE et O. MICHIELS, «Le point sur la peine de travail», in A. JACOBS (éd.), *Actualités de droit pénal et de procédure pénale (II)*, n° 69, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 165 et 166; P. HELSEN, «Hoe zwaar weegt de werkstraf? Nog (jurisprudentieel) werk aan de winkel», *NjW*, 2002, p. 125; A. JACOBS, «L'application dans le temps de la loi introduisant la peine de travail», *R.D.P.C.*, 2003, pp. 536 à 547, note sous Cass., 8 janv. 2003; M. ROZIE, «De werkstraf als nieuwe hoofdstraf», in A. DE NAUW (éd.), *Strafrecht van nu en straks*, Bruges, Die Keure, 2003, pp. 178 et 179; M. ROZIE, «De zwaarte van de werkstraf afgewogen tegen de zwaarte van de gevangenisstraf en de geldboete», *R.A.B.G.*, 2003, pp. 292 et 293, note sous Cass., 8 janv. 2003; F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 2003, pp. 224 et 225; T. VANDER BEKEN, «De werkstraf als mildere straf: Roma locuta, causa finita?», *T. Strafr.*, 2003, pp. 261 et 262), ou encore la création, par la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales en Belgique, d'une cause d'excuse absolutoire pour la personne ayant commis la faute la plus légère en matière de responsabilité pénale des personnes morales (sur ce point, v. § 60), etc.

(52) Dans ce sens, S. VANDROMME, «Arbitragehof zet regels toepassing strafwet in de tijd op hun kop», *Circulation, Responsabilité, Assurance*, 2005, p. 147.

(53) Dans ce sens, P. POPELIER, *o.c.*, *A.P.R.*, 1999, pp. 64 et 65.

(54) Il s'agissait des lois relatives à la police de la circulation routière, coordonnées par l'arrêté royal du 16 mars 1968.

(55) *Id.*, après modification par la loi du 7 février 2003 portant diverses dispositions en matière de sécurité routière (*M.B.*, 25 févr. 2003).

loi nouvelle était à tenir pour plus répressive entre autres parce que les peines d'emprisonnement prévues par la loi ancienne étaient *de facto* rarement exécutées, voire rarement prononcées. En réalité, la peine infligée en vertu de la loi en vigueur au moment de la commission des faits était donc plus légère.

On ne peut que saluer le fait que, dans cette affaire, la Cour d'arbitrage a osé se détacher des règles classiques déterminant dans l'abstrait quelle peine est plus légère, en décidant que: «[...] Connaissant la portée de l'article 2, alinéa 2, du Code pénal, rappelée en B.7, selon laquelle la loi nouvelle doit néanmoins être considérée comme plus douce, dès lors qu'elle ne prévoit plus la peine d'emprisonnement figurant dans la loi ancienne, le législateur a toutefois permis que des justiciables soient sanctionnés, après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, pour des faits commis avant cette entrée en vigueur, d'une manière que le législateur a voulue lui-même plus sévère qu'ils ne l'auraient été s'ils avaient été jugés avant cette entrée en vigueur. L'application rétroactive de la loi nouvelle aux infractions commises avant son entrée en vigueur est par conséquent discriminatoire [...]»⁵⁶.

Cet arrêt a le mérite de prendre une certaine distance par rapport à la hiérarchie traditionnelle des peines, sans toutefois la bouleverser. En effet, la Cour ne met pas de côté tous les critères abstraits développés en matière de comparaison des peines, mais y ajoute celui de la volonté du législateur d'être plus sévère, qui peut, le cas échéant, prévaloir. On comprend aisément la prudence avec laquelle la Cour d'arbitrage s'est engagée à contrecourant d'une jurisprudence semblant acquise en matière de comparaison des peines. Mais la Cour n'a, selon nous, pas pris la bonne voie en prônant la volonté du législateur, nous le constaterons dans la sous-section 2 (voyez plus particulièrement le paragraphe 27).

(56) C.A., n° 45/2005, 23 févr. 2005, B.8.4, www.arbitrage.be (14 mars 2005), *R.D.P.C.*, 2005, p. 784, note X., «Quand la Cour d'arbitrage interprète: premières suites judiciaires d'un surprenant arrêt relatif à la gravité des peines», *J.L.M.B.*, 2005, p. 510, obs. S. DERRE, «Application de la loi dans le temps en matière de roulage: Cour de cassation *versus* Cour d'arbitrage», laquelle propose à raison que soient remises en question les règles traditionnelles de résolution des conflits dans le temps en matière pénale, prônant la prise en compte de la globalité des sanctions comminées et leur portée réelle (p. 513). V. ég. S. VANDROMME, *o.c.*, *Circulation, Responsabilité, Assurance*, 2005, pp. 141 à 149. Cet auteur avait déjà pressenti la problématique de l'application dans le temps de la Loi du 7 février 2003 en matière de roulage (S. VANDROMME, «Toepassing in de tijd van de Wet van 7 februari 2003 houdende verschillende bepalingen inzake verkeersveiligheid», *Circulation, Responsabilité, Assurance*, 2004, p. 283).

22. Cela étant, l'intérêt de cette décision réside essentiellement en ce qu'elle met en lumière les faiblesses de la comparaison abstraite de peines, et plus particulièrement lorsque la nouvelle loi revêt un caractère mixte. En effet, dans ce cas, on aboutit à un dilemme si l'on compare la loi nouvelle et la loi ancienne de manière abstraite, la peine prévue par une loi à caractère mixte comportant à la fois un aspect plus léger et un aspect plus sévère par rapport à la peine prévue par l'ancienne loi. Il faudrait donc, d'une part, appliquer la peine prévue par la nouvelle loi en vertu du principe de la rétroactivité *in mitius* et, d'autre part, appliquer la peine prévue par la loi en vigueur au moment des faits, en vertu du principe de la non-rétroactivité des peines.

Difficile de sortir d'une telle impasse, à moins de recourir, comme en droit belge, à une échelle de critères s'appliquant par ordre subsidiaire au risque d'aboutir à des situations en décalage par rapport à la réalité, comme le prouvent les cas dénoncés dans la question préjudicielle précitée.

Une autre solution serait de fusionner les deux lois pour n'en garder que les aspects les plus favorables, opération que l'on qualifie de panachage. Mais cette technique a souvent été critiquée en ce qu'elle revient à se substituer au législateur en créant une nouvelle loi n'ayant jamais existé⁵⁷.

On pourrait encore tenter d'apprécier la nouvelle loi dans sa globalité, c'est-à-dire de cerner sa tendance dominante plus douce ou plus sévère⁵⁸, solution cependant peu satisfaisante car subjective.

Il reste que la problématique des lois à caractère mixte illustre parfaitement que la comparaison abstraite des lois et des peines prescrites peut parfois s'avérer insuffisante.

23. La solution selon laquelle on ne compare les peines qu'une fois concrétisées, compte tenu des circonstances propres au cas d'espèce, nous paraît plus juste que la comparaison des peines telles que prescrites dans

(57) V. not. J. CONSTANT, *Traité élémentaire de Droit pénal : principes généraux du droit pénal positif belge*, I, Liège, Impr. nationales, 1965, p. 115; R. DECLERCQ et J. RUBBRECHT, «Het niet-terugwerken van strafwetten», *Ann. dr.*, 1950, p. 133; A. DE NAUW, «De gelding in de tijd van de wet betreffende het verstrekken van sterke drank», note sous Cass., 11 févr. 1986, *R.W.*, 1986-87, p. 1089; J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, I, 3^e éd., Gand, Librairie générale Ad. Hoste, 1879, pp. 132 à 135. Il existe, en effet, un risque de trahir la volonté du législateur lors de la détermination de la peine applicable, lorsque les différents éléments de la peine sont interdépendants (comp., sur la notion d'ensemble indivisible, F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 7^e éd., Paris, Economica, 2000, pp. 285 à 293).

(58) À ce sujet, v. F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *o.c.*, 2000, p. 286.

l'abstrait⁵⁹. La problématique des lois à caractère mixte ne serait qu'un faux débat, le cas échéant, puisqu'on ne comparerait pas, par exemple, des échelles de peines comportant chacune des aspects favorables, mais deux peines concrètes, pouvant évidemment être composées de différents types de sanction, comme un emprisonnement *et* une amende⁶⁰.

Encore faut-il qu'une telle approche du principe de la rétroactivité *in mitius* soit justifiable au regard de l'article 15.1 du Pacte, au-delà du fait qu'elle semble *a priori* favorable à l'individu. Si l'on devait conclure que l'article 15.1 du Pacte ne prévoit pas une telle concrétisation préalable de la loi, rien ne s'opposerait à ce que l'on adopte néanmoins cette approche qui s'apparenterait alors à un droit que le Pacte reconnaît à un moindre degré, au sens de l'article 5.2 du Pacte.

Sous-section 2. L'article 15.1 du Pacte et la concrétisation préalable de la loi

24. Bien que la problématique des lois à caractère mixte n'ait jamais été discutée lors des travaux préparatoires liés à l'article 15.1 du Pacte, elle fut pressentie par la délégation norvégienne en ces termes: «[...] si la loi nouvelle prévoit une peine maximum plus légère, mais une peine minimum plus sévère, elle peut être considérée comme plus douce pour le récidiviste qui risque d'être condamné à une peine très proche du maximum, mais elle sera sans doute moins favorable pour le délinquant qui en est à sa première infraction. Le tribunal appliquera-t-il, dans la première hypothèse, la loi nouvelle et, dans la seconde, la loi ancienne ou déterminera-t-il dans l'abstrait laquelle des deux lois est la plus favorable? De même, si la loi nouvelle donne au tribunal la possibilité d'infliger soit une peine de prison, soit une amende, soit les deux à la fois, alors que la loi ancienne ne prévoyait que l'emprisonnement, laquelle des deux lois doit-on considérer comme étant la plus favorable? Sur ce point, la pratique varie beaucoup d'un pays à l'autre et c'est pourquoi la délégation norvégienne pense qu'il est préférable de supprimer la dernière phrase du paragraphe 1 de l'article 15 [...]»⁶¹.

La troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte n'a finalement pas été supprimée et les questions soulevées par la délégation norvégienne sont

(59) Dans un sens comparable, S. DERRE, *o.c.*, *J.L.M.B.*, 2005, p. 513. V. aussi F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC qui proposent, pour remédier à la problématique des lois dites indivisibles, que l'on se place dans la perspective concrète d'une application du texte à un individu déterminé (F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *o.c.*, 2000, pp. 287 et 288).

(60) Sur l'appréciation de la peine la plus légère dans de telles hypothèses, v. Chapitre V, section 1^{re}.

(61) DOC. A/C.3/SR.1008, § 1^{er}.

restées sans réponse. Il faut donc espérer trouver une piste de réflexion dans le texte même de la disposition et dans la lecture que le Comité en donne.

L'analyse de l'interprétation par le Comité du principe de non-rétroactivité de la peine, consacré dans la deuxième phrase de l'article 15.1 du Pacte, révélera la tendance de ce dernier à ne pas se limiter à considérer la peine comme étant celle prescrite par une loi. Le Comité considère, au contraire, la peine comme étant celle susceptible d'être appliquée compte tenu des circonstances du cas d'espèce (*a*). Dans le prolongement de ce raisonnement, la référence à l'«application» d'une peine dans la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte laissera une porte ouverte à une même approche concrète du principe de rétroactivité *in mitius* (*b*).

a. L'approche concrète du principe de non-rétroactivité de la peine par le Comité

25. L'article 15.1 du Pacte, contrairement à l'article 2, alinéa 2 du Code pénal, ne se contente pas de déclarer que la peine la moins forte sera appliquée. Il énonce en deux phrases distinctes, et de manière très différente, les principes de non-rétroactivité de la peine et de rétroactivité *in mitius*.

Il est particulièrement intéressant de se pencher sur la deuxième phrase de la disposition. Pour mémoire, il y est stipulé que:

«De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise».

Cette formulation suppose une comparaison dont les termes sont, d'une part, la peine «infligée» et, d'autre part, la peine «applicable» au moment de la commission de l'infraction.

Le premier terme indique qu'il s'agit de la peine concrètement infligée. Les rédacteurs du Pacte n'entendaient pas, rappelons-le, exclure les mesures individualisées du champ d'application des deux premières phrases de l'article 15.1 en se limitant à évoquer la loi⁶².

Le deuxième terme de la comparaison, à savoir la peine applicable au moment de la commission de l'infraction, peut quant à lui revêtir deux significations: soit il s'agit de la marge dans laquelle une peine pouvait être prononcée en vertu de la loi en vigueur au moment des faits, généralement

(62) V. § 7.

une échelle de peines, soit il s'agit de la peine concrète qui, au vu des circonstances propres au cas d'espèce, aurait été choisie dans cette marge.

Le Comité semble opter pour la seconde interprétation. Il vérifie, en effet, que la peine que l'on prononce concrètement aurait raisonnablement pu être prononcée, dans le cas d'espèce, en vertu de la loi en vigueur au moment des faits, peu importe que la peine infligée ne dépasse pas l'échelle de peines prévue par cette loi⁶³. Aussi, le Comité ne conclut pas à la violation de l'article 15.1 du seul fait que la nouvelle loi, pouvant indubitablement être considérée comme plus sévère dans l'abstrait en raison, par exemple, de l'augmentation du minimum de la peine, n'ait pas été appliquée⁶⁴.

26. Le Comité semble donc adopter une approche assez concrète du principe de non-rétroactivité. Cette démarche paraît tout à fait justifiable au regard du terme « applicable » de la deuxième phrase de l'article 15.1 du Pacte. Ce terme pourrait, en effet, indiquer qu'il ne s'agit pas de la peine prévue par la loi, par exemple l'échelle de peines, dont le seuil ne peut être dépassé, mais de la peine qui pouvait être prononcée en vertu de la loi ancienne, au vu des circonstances du cas d'espèce.

Dès lors, lorsqu'une juridiction prononce une peine, elle devrait être en mesure de justifier que la peine qui aurait raisonnablement pu être prononcée en vertu de la loi en vigueur au moment de la commission des faits, compte tenu des circonstances propres au cas d'espèce, aurait été égale ou supérieure à celle que la juridiction compte infliger sur base de la nouvelle loi.

(63) Dans l'affaire *Jan Filipovich c. Lituanie*, le minimum de la peine avait augmenté. On ne savait toutefois pas en vertu de quelle loi la peine de six ans d'emprisonnement avait été prononcée. Le Comité ne se contenta pas de constater que, de toute manière, les six ans infligés ne dépassaient pas le maximum de la peine prévue par la loi en vigueur au moment des faits. Ignorant quelle loi avait été appliquée, il observa que la peine pouvait être justifiée au regard de la loi en vigueur au moment des faits et conclut à l'absence de violation de l'article 15.1 du Pacte (Comité des droits de l'homme, *Jan Filipovich c. Lituanie*, CCPR/C/78/D/875/1999, 4 août 2002, § 7.2).

De même, dans l'affaire *Ricardo Ernesto Gómez Casafranca c. Pérou*, suite à une augmentation du minimum de la peine, le Comité ne se contenta pas de constater que la peine prononcée ne dépassait pas l'échelle de peines prévue par la loi en vigueur au moment de la commission des faits. Il observa en outre que la peine prononcée, même si elle constituait le minimum de la loi en vigueur au moment du jugement, était supérieure au double de l'ancienne peine minimum et que la juridiction nationale n'a pas expliqué quelle aurait été la peine prononcée si l'ancienne loi avait été appliquée (Comité des droits de l'homme, *Ricardo Ernesto Gómez Casafranca c. Pérou*, CCPR/C/78/D/981/2001, 22 juill. 2003, § 7.4).

(64) Comité des droits de l'homme, *Jan Filipovich c. Lituanie*, o.c., § 7.2; Comité des droits de l'homme, *Ricardo Ernesto Gómez Casafranca c. Pérou*, o.c., § 7.4.

27. Si l'on estimait que la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte implique simplement qu'une loi que l'on considère comme plus favorable dans l'abstrait doit être appliquée, on pourrait aboutir à une contradiction avec l'interprétation de la deuxième phrase donnée par le Comité.

Admettons que, par application de l'un ou l'autre critère abstrait, on en vienne à la conclusion que la nouvelle loi est plus douce, alors que la peine que l'on compte infliger est en réalité plus sévère que celle qui était applicable au moment de la commission des faits. C'est précisément la situation qui avait été dénoncée à la Cour d'arbitrage dans les questions préjudicielles citées dans le paragraphe 21. Vu la suppression de la peine d'emprisonnement, la nouvelle loi était considérée comme plus douce et était dès lors appliquée. Cependant, la peine que l'on infligeait sur base de cette nouvelle loi était en réalité plus sévère que la peine que le juge aurait probablement prononcée en vertu de la loi en vigueur au moment des faits.

L'application du principe de non-rétroactivité semble conduire à une solution plus équitable car plus proche de la réalité et conforme aux décisions du Comité qui adopte une approche assez concrète du principe de non-rétroactivité de la peine.

Dans son arrêt n° 45/2005 du 23 février 2005, la Cour d'arbitrage a de même privilégié la solution considérant la loi nouvelle comme étant en réalité plus sévère. Mais, pour motiver sa décision finale, la Cour a préféré recourir à l'argument de la volonté du législateur, celui-ci ayant voulu instaurer un régime plus strict⁶⁵. Au lieu de cela, la Cour aurait pu saisir l'échappatoire aux règles nationales de droit pénal transitoire que lui offrait la référence à l'article 15 du Pacte dans une des questions préjudicielles, en s'attachant à une appréciation *in concreto* des peines considérées. Il nous semble, en effet, que la volonté du législateur ne doit pas intervenir dans la détermination de la peine la plus légère. Cela reviendrait d'ailleurs à admettre une dérogation nationale au principe de rétroactivité *in mitius* consacré dans le Pacte sous prétexte que le législateur ait voulu établir un régime plus strict, même si celui-ci est en réalité favorable au délinquant.

b. L'approche concrète du principe de rétroactivité *in mitius*

28. On peut également être en décalage par rapport à la réalité lorsque les critères abstraits nous dictent d'appliquer la loi ancienne comme étant la plus légère, situation inverse de celle évoquée dans le paragraphe 27.

(65) C.A., n° 45/2005, *o.c.*, B.8.3 et B.8.4.

Admettons, par exemple, qu'une loi remplace une peine de huit jours à six mois d'emprisonnement et/ou une amende de 500 à 2000 euros par une peine de quinze jours à six mois d'emprisonnement et/ou une amende de 200 à 2000 euros. Par application des critères développés en droit belge, la loi ancienne sera considérée comme favorable puisque le minimum de la peine d'emprisonnement est moins élevé⁶⁶. Elle sera donc appliquée.

Mais peut-être sera-t-elle appliquée au détriment du délinquant... En effet, il se peut que le juge estime qu'au vu des circonstances concrètes du cas d'espèce, il ne doit prononcer qu'une peine minimale. En appliquant la loi ancienne sur base des critères abstraits développés en droit pénal transitoire belge, il ne peut cependant prononcer une peine inférieure à 500 euros d'amende, bien que la nouvelle loi le permette. Le juge est de la sorte privé de la possibilité de prononcer une peine plus légère que lui offre la nouvelle loi⁶⁷.

29. Est-ce contraire au principe de la rétroactivité *in mitius* exprimé dans le Pacte? Ce point n'a été abordé ni au cours des travaux préparatoires ni par le Comité. Néanmoins, par analogie avec le terme «applicable» de la deuxième phrase de l'article 15.1 du Pacte et dans le prolongement de l'approche concrète de la disposition par le Comité, le mot «application» de la troisième phrase pourrait légitimer que l'on ne s'en tienne pas à constater que, dans l'abstrait, la loi nouvelle prévoit une peine plus légère. Le terme «imposition» repris dans la version authentique anglaise de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte corrobore d'ailleurs l'idée d'une certaine concrétisation préalable de la loi, en se référant directement à l'infliction d'une peine.

Dans ce sens, le juge conserverait sa marge d'appréciation mais, par l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, se verrait reconnaître la possibilité d'infliger une peine plus douce, sur base de la même motivation. Si cette possibilité existait, le délinquant devrait en bénéficier. On viserait donc la peine concrète que le juge pourrait infliger en vertu de la nouvelle loi, au vu des circonstances du cas d'espèce.

(66) V. note 51.

(67) Pour l'analyse d'un exemple comparable, v. B. SPRIET, *o.c.*, *R.W.*, 1993-94, pp. 1302 et 1303, note dans laquelle l'auteur analyse les critères applicables pour la comparaison de la sévérité des peines, développés notamment pour la mise en œuvre du principe de rétroactivité *in mitius* au sens des articles 2, alinéa 2 du Code pénal et 15.1 du Pacte. L'auteur explique de la sorte pourquoi la Cour de cassation aboutit à la conclusion que le juge qui a prononcé l'amende de 200 francs a violé l'article 2 du Code pénal (l'arrêt commenté de la Cour de cassation ne se réfère pas à l'article 15.1 du Pacte).

30. Bien entendu, le contrôle du respect du principe de la rétroactivité *in mitius* ne serait que marginal. En effet, on ne peut se substituer à un juge dans l'exercice de sa marge d'appréciation. Il faudra donc établir que le juge a manifestement infligé une peine supérieure à celle qu'il aurait prononcée en vertu de la nouvelle loi, au vu des circonstances du cas d'espèce, la motivation de la peine restant identique.

L'affaire *MacIsaac c. Canada* indique, selon nous, que le Comité semble prendre en compte le résultat concret de l'application de la loi par le juge tout en respectant sa marge d'appréciation; ce que le Comité résume dans l'extrait suivant: «[...] The new law does not necessarily result automatically, for those to whom it is applied, in a lighter penalty compared to that under the earlier legislation. The judge entrusted with sentencing the recidivist – now as before – is bound to take into account the facts of every case, including, of course, the revocation or forfeiture of parole, and exercise his discretion in sentencing within the prescribed scale of statutory minimum and maximum penalties [...]»^{68,69}.

31. Pour conclure, on ne peut déduire une violation de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte du seul fait que la nouvelle loi n'ait pas été appliquée, même si dans l'absolu elle est perçue comme favorable. Il faut encore pouvoir démontrer qu'au vu des circonstances du cas d'espèce et compte tenu de la marge d'appréciation du juge, la peine concrètement imposée aurait été plus douce si la nouvelle loi avait été appliquée. Il en résulte que la violation du principe de rétroactivité *in mitius* au sens de l'article 15.1 du Pacte est plus difficile à établir. Mais, d'un autre côté, ce raisonnement permet au délinquant d'exiger le bénéfice de ce qui est pour lui réellement une peine plus légère.

Certes, comme nous l'écrivions plus haut, la classification abstraite de la sévérité des peines développée en droit belge a le mérite de favoriser une certaine sécurité juridique. À la réflexion, cependant, la sécurité juridique facilite surtout la démarche du praticien du droit, mais elle ne sert pas l'intérêt du citoyen qui, au nom d'une prétendue sécurité, risque en pratique de se voir appliquer une peine plus lourde, non une peine plus légère,

(68) Comité des droits de l'homme, *MacIsaac c. Canada, o.c.*, § 12, traduction libre: «[...] La nouvelle loi ne résulte pas nécessairement et automatiquement, pour ceux à qui elle est appliquée, en une peine plus légère que celle prévue sous l'ancienne loi. Le juge appelé à condamner le récidiviste – maintenant comme dans le passé – doit tenir compte des circonstances propres à chaque cas d'espèce, y compris, bien entendu, la révocation de parole, et doit exercer son pouvoir d'appréciation dans les limites légales des échelles de peine [...]».

(69) Pour la description des faits de l'affaire, v. note 38.

dans la réalité de sa situation, comme le prescrit pourtant le droit international. Or, la sécurité juridique ne constitue pas, à notre estime, un motif suffisant pour s'appropriier un droit dont le citoyen est titulaire. En effet, la sécurité juridique est un principe qui n'est pas reconnu comme tel par des conventions internationales, mais dont dérivent les principes de légalité et de non-rétroactivité consacrés dans les deux premières phrases de l'article 15.1 du Pacte. Ce n'est donc que dans la mesure où elle s'exprime par ces principes de légalité et de non-rétroactivité que la sécurité juridique pourrait rivaliser avec la garantie de la peine plus légère, en ce que ces principes sont également consacrés par une convention internationale. Ils couvrent toutefois des situations différentes, ne pouvant dès lors entrer en conflit avec le principe de la rétroactivité *in mitius*.

Par conséquent, du point de vue du citoyen, la sécurité juridique doit, selon nous, céder le pas devant la reconnaissance de la garantie effective de l'application de la peine plus légère, sous réserve, bien entendu, d'éventuelles décisions ultérieures du Comité allant dans le sens contraire.

Sous-section 3. Les lois dont la concrétisation se traduit en l'application d'une peine plus légère

32. On peut déduire une conséquence non négligeable de la concrétisation préalable de la loi. Cette conséquence est la prise en compte possible d'un large éventail d'éléments pouvant influencer la peine finale, au lieu de se limiter à considérer les lois modifiant directement la mesure ou la nature de la peine; ce qu'aurait pu impliquer une simple référence à la loi prévoyant une peine plus légère (*a*). Il faut toutefois émettre une réserve concernant les lois régissant la procédure (*b*).

a. Les lois dont la concrétisation peut influencer la peine finalement appliquée

33. La diminution expresse de la mesure de la peine est sans aucun doute concernée par le principe de la rétroactivité *in mitius* consacré par le Pacte. Cela va sans dire pour une réduction du maximum de la peine. En témoignent les débats suscités à l'occasion d'un amendement proposé par la délégation du Royaume-Uni au cours des travaux préparatoires du Pacte. Cette délégation avait proposé que l'article 15.1 du Pacte se rapporte à une réduction de la peine maximum prévue par la loi⁷⁰. Il ressort des discussions concernant cet amendement que les réductions du maximum d'une peine étaient de toute manière visées, et que cette situation

(70) DOC. A/C.3/L.793.

était régie par les mots «peine plus légère»⁷¹. La formulation finale assez large de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte suggère que soient également visées les réductions du minimum de la peine et les modifications de la nature de la peine.

34. Si le Pacte avait énoncé que le délinquant doit bénéficier de la loi qui prévoit une peine plus légère, il aurait éventuellement fallu procéder à une interprétation extensive de la disposition analysée pour y inclure les modifications indirectes de la peine. On aurait, en effet, pu penser que le Pacte ne se réfère de la sorte qu'aux lois prévoyant une peine, souvent une échelle de peines, pour une infraction donnée.

La formulation de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte n'exclut, au contraire, pas du tout que soient pris en compte divers facteurs dont l'altération a un impact direct sur la sévérité de la peine finalement applicable. Toute loi, quelle qu'en soit la nature⁷², dont la concrétisation se traduirait en une peine plus légère pour le délinquant, pourrait être prise en compte⁷³.

Avant de décider qu'une loi est plus favorable qu'une autre, il faut l'appliquer dans un cas d'espèce pour évaluer les conséquences précises qu'elle entraîne pour la sévérité de la peine. Par exemple, si les faits ne constituent plus concrètement une circonstance aggravante parce qu'elle a été supprimée ou que sa description a été modifiée, le délinquant ne se verra, en principe, pas infliger d'augmentation légale de sa peine. Il se peut toutefois que, parallèlement à la suppression ou à l'inapplicabilité de la circonstance aggravante, la peine applicable à l'infraction de base, dénuée de toute circonstance aggravante, augmente, allant parfois jusqu'à annihiler l'effet de l'absence de circonstance aggravante⁷⁴. Ce n'est donc pas

(71) DOC. A/C.3/SR.1007 (§§ 17, 18 et 21), 1008 (§§ 1, 6, 12, 17, 20 et 23) et 1009 (§ 11).

(72) V. § 8.

(73) Concernant l'introduction de l'euro et les décimes additionnels, comp. Cass., 16 oct. 2002, *R.W.*, 2004-05, p. 943, note P. ARNOU, «De invoering van de euro en de niet-retroactiviteit van de strengere strafwet»; Cass., 6 avr. 2005, www.cass.be/ <<http://www.cass.be/>> (19 août 2005).

(74) Comp., concernant le principe de non-rétroactivité, Comité des droits de l'homme, *Paul Westerman c. Pays-Bas*, CCPR/C/67/D/682/1996, 3 nov. 1999 et Comité des droits de l'homme, *Philippe Gombert c. France*, CCPR/C/77/D/987/2001, 18 mars 2003. Ces affaires illustrent la distinction fondamentale entre élément constitutif de l'infraction et circonstance aggravante. La qualification en tant que telle, en ce compris l'admission de circonstances aggravantes, aura pour seule conséquence une éventuelle augmentation ou diminution de la peine. Mais l'infraction existe indépendamment de l'admission de circonstances aggravantes. La première phrase de l'article 15.1 du Pacte exige seulement que l'on puisse prévoir que tel ou tel comportement constitue une infraction pénale, quelle qu'en soit la qualification précise.

.../...



tant la suppression ou l'inapplicabilité de la circonstance aggravante en tant que telle que l'on doit constater mais l'éventuel allègement final de peine.

b. Le cas particulier des lois régissant la procédure

35. La concrétisation des lois régissant la procédure peut, dans certains cas, se traduire en une peine plus légère pour le délinquant⁷⁵ ou même en l'absence de condamnation⁷⁶, situation incontestablement favorable pour le délinquant.

Toutefois, le Comité part du principe de l'application immédiate des règles procédurales, celles-ci ne déterminant donc en rien l'applicabilité de l'article 15.1 du Pacte, même si la modification semble avoir un effet positif ou négatif sur la situation du délinquant (1). Une nuance doit être apportée concernant les règles régissant la preuve, en ce qu'elles contribuent à établir l'existence d'une infraction et touchent donc de près au principe *nullum crimen sine lege* et à celui de la rétroactivité *in mitius* (2). Le Comité a, par ailleurs, laissé entrevoir qu'il admettrait une exception au principe de l'application immédiate des règles procédurales lorsque celles-ci affectent directement l'infraction (3).

1. Le principe de l'application immédiate des règles procédurales

36. Le Comité ne semble tenir compte que des règles procédurales en vigueur au moment de la condamnation, sans avoir égard à leur modification postérieure à la commission des faits, même si cette modification a un effet défavorable pour le délinquant.

Observons toutefois que le projet d'article concernant la non-rétroactivité de la loi pénale prévoyait au départ, dans sa version anglaise, que les faits ne devaient pas constituer «an offence» (un acte délictueux) au moment de leur commission mais «such an offence» (une telle infraction), termes qui auraient pu laisser croire qu'une certaine continuité dans la qualification était exigée (v. not. DOC. E/CN.4/SR.37, E/CN.4/77, annexe B et E/600, 17 déc. 1947, annexe B, article 14). De même, dans un commentaire sur les projets d'articles préparé par le Secrétaire général, il est précisé que le principe de la non-rétroactivité des lois pénales s'applique tant à la définition de l'infraction qu'à la gravité des peines (DOC. A/2929, § 93).

Cependant, les décisions précitées du Comité suggèrent que c'est bien la non-rétroactivité de l'incrimination, quelle qu'en soit la qualification, qui est visée. La question des circonstances aggravantes n'intervient qu'au niveau de la peine applicable et donc au niveau de la deuxième phrase de l'article 15.1 du Pacte.

(75) On pense, par exemple, à l'article 21^{ter} du Titre préliminaire au Code de procédure pénale prévoyant que si la durée des poursuites pénales dépasse le délai raisonnable, le juge peut notamment prononcer une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi.

(76) Par exemple, en cas de prescription de l'action publique.

Ainsi, dans l'affaire *David Michael Nicholas c. Australie*, une preuve considérée comme irrecevable au moment de la commission des faits était devenue recevable au moment de la condamnation. L'effet de la recevabilité des preuves était défavorable pour le délinquant puisqu'elle avait mis fin à la suspension des poursuites à son encontre. Le Comité n'en a toutefois pas tenu compte pour l'applicabilité du principe de non-rétroactivité consacré dans l'article 15.1 du Pacte invoqué par le délinquant. Il n'y avait, selon le Comité, pas de criminalisation rétroactive en l'espèce, l'infraction pour laquelle le plaignant était condamné n'ayant subi aucune modification⁷⁷.

Il ressort clairement de cette affaire que le Comité considère que les règles procédurales sont d'application immédiate, et que les éventuelles modifications postérieures à la commission des faits ne doivent, en principe, pas être analysées sous l'angle des principes de non-rétroactivité et de rétroactivité *in mitius*.

37. En droit belge, le principe est également l'application immédiate des règles régissant la procédure, solution consacrée par l'article 3 du Code judiciaire.

La Cour de cassation a pourtant été amenée à analyser la problématique de l'individualisation des questions posées au jury d'assises et relatives aux circonstances aggravantes objectives sous l'angle des principes de non-rétroactivité et de rétroactivité *in mitius* exprimés à l'article 15.1 du Pacte.

Dans les cas présentés à la Cour, la circonstance aggravante objective, normalement soumise à la théorie de l'emprunt de criminalité, était devenue une infraction distincte en vertu de la nouvelle loi, faisant par conséquent d'office l'objet de questions individualisées⁷⁸. Il n'était donc pas

(77) Comité des droits de l'homme, *David Michael Nicholas c. Australie*, CCPR/C/80/D/1080/2002, 19 mars 2004, § 7.4.

(78) Il s'agissait en l'occurrence de faits d'arrestation ou de détention arbitraire, avec, comme circonstances aggravantes objectives, le fait que la personne arrêtée ou détenue arbitrairement a été soumise à des tortures corporelles, tortures qui auraient ensuite causé la mort. La peine prévue par l'ancien article 438 du Code pénal était la réclusion de vingt à trente ans. L'article 438 du Code pénal a été abrogé par l'article 7 de la loi du 14 juin 2002 de mise en conformité du droit belge avec la Convention contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, entrée en vigueur le 24 août 2002. L'arrêt attaqué avait été prononcé le 22 juin 2004, donc bien après cette abrogation. La même loi du 14 juin 2002 a inséré dans le Code pénal un article 417ter, qui érige en infraction autonome le fait de soumettre une personne à la torture et en circonstance aggravante le fait que ladite infraction a causé la mort. La peine prévue par cette disposition est la réclusion de vingt à trente ans.

question en l'espèce de la modification d'une règle de nature procédurale, qui aurait en principe été d'application immédiate. L'alternative n'était que le résultat d'une modification de la qualification de l'infraction à laquelle se greffait une règle de nature procédurale différente, à savoir l'individualisation automatique des questions posées au jury. En résumé, la question de l'application des principes de non-rétroactivité et de rétroactivité *in mitius* ne se posait pas concernant ces règles procédurales puisqu'elles n'avaient en soi subi aucune modification.

Cependant, les griefs étant invoqués sous l'angle de l'article 15.1 du Pacte, la Cour de cassation fut amenée à approuver l'individualisation des questions posées au jury en ce qui concerne la circonstance aggravante objective prévue par la loi en vigueur au moment des faits au motif qu'il s'agissait de l'application d'une procédure plus douce que celle résultant de la théorie de l'emprunt de criminalité⁷⁹. L'arrêt semble de la sorte avaliser une sorte de panachage entre une règle de fond et une règle de procédure, pourtant étroitement liées en l'espèce...

Le plus intéressant est de constater que la Cour de cassation n'exclut pas que des règles de nature procédurale soient soumises aux principes liés à l'application de la loi dans le temps, du moins lorsque le respect du droit à un procès équitable est en jeu⁸⁰. Ce qui est, somme toute, assez curieux car, selon nous, le respect d'un tel droit vaut de manière intemporelle et ne peut être réduit à une question d'application dans le temps. À notre estime, seul le droit à un jugement équitable aurait éventuellement pu être remis en cause, et ce si les questions relatives à la circonstance aggravante objective liée aux faits de tortures corporelles n'avaient pas été individualisées⁸¹.

2. Une implication du principe : la preuve actuelle et concrète de l'existence d'une infraction au sens de la première phrase de l'article 15.1 du Pacte

38. Dans l'affaire *David Michael Nicholas c. Australie*, le Comité semble consacrer l'application immédiate des lois régissant la procédure. Ceci n'exclut toutefois pas que certaines règles procédurales, en particulier celles régissant la preuve, soient prises en compte pour établir concrètement l'existence de l'infraction, comme l'exige la première phrase de l'article 15.1 du Pacte :

(79) Cass., 15 déc. 2004, www.cass.be <<http://www.cass.be/>> (7 juin 2005).

(80) Pour l'analyse d'autres exemples, où il était réellement question d'une modification de la loi régissant la procédure, v. A. MISONNE, *Témoins anonymes, Présentation et analyse de la loi du 8 avril 2002*, Bruxelles, La Chartre (Collection PROJUCIT), 2004, pp. 72 et 73.

(81) Comp. C.E.D.H., *Goktepe c. Belgique*, 2 juin 2005.

« *Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le Droit national ou international au moment où elles ont été commises* ».

Le Comité a, en effet, analysé la recevabilité des preuves sous l'angle du principe *nullum crimen sine lege* consacré dans cette disposition, pour conclure que: «[...] tous les éléments de l'infraction pénale en question existaient bien au moment où l'acte a été commis et chacun des éléments a été prouvé par des pièces considérées comme recevables conformément aux règles de preuve applicables au moment de la condamnation de l'auteur. Il en résulte que l'auteur a été condamné en vertu des dispositions qui étaient incontestablement applicables, et donc il n'y a pas violation du principe *nullum crimen sine lege* protégé par le paragraphe 1^{er} de l'article 15 du Pacte [...]»⁸².

Le Comité accorde de la sorte une dimension bien précise au principe *nullum crimen sine lege*. Conformément à ce principe, on doit, sur base de preuves recevables au moment de la condamnation, pouvoir prouver l'existence des éléments constitutifs de l'infraction telle que définie par la loi applicable au moment des faits. Dans un même ordre d'idées, il faut, bien entendu, que les preuves recevables au moment de la condamnation permettent également d'établir l'existence d'une infraction au sens de la loi en vigueur au moment du jugement, dans la mesure où l'on admet que le principe de rétroactivité *in mitius* s'applique à la suppression d'infraction⁸³.

39. Ceci ne semble poser aucun problème en droit belge puisque, en principe, les règles procédurales sont d'application immédiate.

Pourtant, il est parfois admis, au nom de l'application immédiate des règles procédurales, que les modalités de constatation d'infractions soient régies par la législation en vigueur au moment de la constatation de l'infraction, et non de la condamnation. Dans le prolongement des observations du Comité dans l'affaire *David Michael Nicholas*, on peut légitimement se demander si l'établissement de l'infraction sur base de preuves recevables au moment de la constatation de cette infraction, alors que ces preuves ne sont plus recevables au moment de la condamnation, constitue une violation de l'article 15.1 du Pacte. Ou est-ce reconnaître à cette disposition une portée trop large, la recevabilité d'une preuve pouvant

(82) Comité des droits de l'homme, *David Michael Nicholas c. Australie, o.c.*, § 7.7.

(83) V., sur ce point, le chapitre V, section 2, sous-section 1^{re}.

être considérée comme acquise par les autorités au moment de la constatation?⁸⁴...

3. Une exception au principe: les règles procédurales affectant directement l'infraction

40. Les constatations du Comité suggèrent que les modifications de règles procédurales sont en soi étrangères aux principes de non-rétroactivité et de rétroactivité *in mitius*.

Cette conclusion doit cependant être nuancée à la lumière d'une observation que le Comité a émise toujours à l'occasion de l'affaire *David Michael Nicholas c. Australie*: «[...] tout changement apporté aux règles de procédure et de preuve après la date à laquelle un acte délictueux a été commis peut, dans certaines circonstances, être pris en compte pour déterminer l'applicabilité de l'article 15, en particulier lorsque les changements ont trait à la nature même d'une infraction [...]»⁸⁵.

Cette déclaration s'explique sans doute par le fait que, dans le cas d'espèce, l'un des éléments constitutifs de l'infraction pour laquelle le plaignant avait été condamné était le caractère illégal de l'importation des stupéfiants, en l'occurrence l'action illégale d'importation par la police, qui était également à l'origine du vice de preuve. Le Comité suggère donc que si l'action de police ne devait plus être considérée comme illégale en vertu des nouvelles règles procédurales et que, par conséquent, un des éléments constitutifs de l'infraction n'était plus établi, l'article 15.1 du Pacte aurait pu être applicable, s'agissant précisément, dans un tel cas, du principe de rétroactivité *in mitius*⁸⁶. Il est évident, dans ce cas, que le changement aurait eu trait à la nature même de l'infraction.

Le cas était cependant tout à fait particulier vu le caractère hybride de la règle concernée. Il n'est pas évident de cerner, sur base de la déclaration du Comité, quels autres changements apportés aux règles de procédure pourraient être pris en compte pour déterminer l'applicabilité de l'article 15.1 du Pacte. Le Comité n'a, en effet, fait allusion qu'à «certaines circonstances», et en particulier à des «changements ayant trait à la nature même de l'infraction».

(84) Encore faut-il établir une distinction entre les modalités de constatation d'une infraction (la légalité des preuves) et la recevabilité des preuves ainsi recueillies. À ce sujet, cons. P. ARNOU, «De werking in de tijd van nieuwe wettelijke bewijsregels in strafzaken: een nieuw geluid?», note sous Cass., 19 oct. 1999, *R. Cass.*, 2000, p. 340.

(85) *Id.*, § 7.7.

(86) Sur la rétroactivité des suppressions d'infraction, v. Chapitre V, section 2, sous-section 1^{re}, sp. § 56.2.

41. Le principe de non-rétroactivité prévu par la première phrase de l'article 15.1 du Pacte ne fait pas l'objet de notre analyse, mais on peut, au passage, se demander si les modifications de règles procédurales affectant radicalement les possibilités d'établir ou de poursuivre l'infraction sont assimilables aux «circonstances» dont le Comité fait état dans l'extrait susmentionné. On pense notamment aux règles élargissant la compétence extraterritoriale⁸⁷ ou encore à la modification de celles applicables en matière de provocation policière, dont la sanction n'est en principe pas l'irrecevabilité de la preuve mais, plus radicalement, l'irrecevabilité de l'action publique^{88,89}.

42. Quoi qu'il en soit, il faudra attendre plus de précisions de la part du Comité sur les circonstances auxquelles il fait allusion dans l'extrait susmentionné et qui permettraient de prendre en compte des modifications procédurales pour l'applicabilité des principes de non-rétroactivité et de rétroactivité *in mitius* consacrés dans l'article 15.1 du Pacte.

(87) Comp. C.A., n° 73/2005, 20 avr. 2005, B.7, www.arbitrage.be < <http://www.arbitrage.be/> > (7 juin 2005), *J.T.*, 2005, p. 337, note; *T. Strafr.*, 2005, p. 342, note C. RYNGAERT, «Het arrest *Erdal* van het Arbitragehof: eindelijk duidelijkheid over de onrechtmatigheid van de retroactieve toepassing van extraterritoriale rechtsmachtuitbreidingen». Dans l'arrêt, la Cour d'arbitrage apparente même la règle de compétence extraterritoriale à une règle de droit pénal matériel.

(88) L'hypothèse de l'irrecevabilité de l'action publique n'est pas à exclure du seul fait que, dans l'affaire *David Michael Nicholas c. Australie*, il était question d'une suspension définitive des poursuites, sanction similaire à l'irrecevabilité de l'action publique, même si le Comité n'a pas conclu à la violation de l'article 15.1 du Pacte sur base de la révocation de cette suspension des poursuites.

En effet, le Comité a sans doute tenu compte de ce qu'une décision individuelle était à l'origine de la suspension des poursuites, qui n'était en soi pas prévue par la loi (Comité des droits de l'homme, *David Michael Nicholas c. Australie, o.c.*, § 7.3). L'irrecevabilité de la preuve était, par contre, prévue par la loi, mais cette mesure n'affectait pas de manière radicale toute possibilité de poursuivre l'infraction. La révocation de la suspension des poursuites n'annihilait donc que les conséquences d'une mesure individualisée dont le plaignant avait obtenu le bénéfice, et non pas celles du droit applicable au moment de la commission des faits, au sens de la première phrase de l'article 15.1 du Pacte.

La décision empêchait par ailleurs de poursuivre le plaignant «selon la loi applicable à l'époque». Le plaignant était, en quelque sorte, prévenu qu'en cas de modification de la loi régissant la recevabilité des preuves litigieuses, il pouvait être mis fin à la suspension des poursuites.

(89) Les lois régissant la prescription de l'action publique sont un cas tout à fait particulier, en ce que la déchéance de l'action publique n'intervient qu'à un stade postérieur à la commission des faits.

Chapitre V. Une peine plus légère

43. Dans le chapitre précédent, nous avons préconisé la concrétisation préalable de la loi dans son ensemble, toute modification de la loi pouvant intervenir pour déterminer l'applicabilité du principe de rétroactivité *in mitius*, sous réserve de ce qui a été brièvement développé en matière procédurale. Ce n'est qu'à ce moment-là que les peines peuvent être comparées utilement (section 1). Néanmoins, il se peut qu'après la concrétisation de la loi, l'on aboutisse au constat que la peine est inexistante (section 2).

Section 1. La détermination de la peine plus légère du point de vue de l'individu

44. Lorsque la seule différence entre les deux peines est une variation de leur taux, la détermination de la peine plus légère sera aisée. La comparaison entre des peines de nature différente ou composées de plusieurs sanctions, comme par exemple un emprisonnement *et* une amende, est moins évidente. On ne peut, à notre sens, déterminer quelle peine est plus légère sans avoir égard à la situation personnelle de chaque délinquant. Une courte peine d'emprisonnement est parfois préférable, selon le cas, à une lourde amende pouvant entraîner la ruine d'une personne⁹⁰.

Dans ces conditions, il paraît impossible de déterminer dans l'absolu et *a priori* le caractère plus léger ou plus sévère de peines de nature différente, car cela peut dépendre de leur caractère plus ou moins lourd, par exemple selon leur durée ou leur montant concrètement prononcés, voire même de la personne à qui la peine est infligée. La situation personnelle du délinquant devrait être prise en compte et la peine plus légère s'apprécier au cas par cas⁹¹.

Procéder autrement serait d'ailleurs oublier que l'article 15.1 du Pacte ne se limite pas à stipuler que la loi permettant d'infliger une peine plus légère doit être appliquée, mais énonce que le délinquant doit en bénéficier. Le Pacte se positionne ainsi du point de vue du droit de l'individu, et non

(90) Dans ce sens, T. OPSAHL et A. DE ZAYAS, *o.c.*, *Canadian Human Rights Yearbook*, 1983, p. 252.

(91) Dans ce sens, M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl, N.P. Engel, 1993, p. 278. A. JACOBS, dans une analyse de l'application dans le temps de la Loi du 17 avril 2002 instaurant la peine de travail comme peine autonome en matière correctionnelle et de police, se pose également la question de savoir s'il ne faudra pas un jour en arriver à prendre en considération l'impact concret de la peine sur la situation du condamné (A. JACOBS, «L'application dans le temps de la loi introduisant la peine de travail», *R.D.P.C.*, 2003, note sous Cass., 8 janvier 2003, p. 547).



pas de celui du devoir de l'État⁹². Un minimum serait donc d'entendre les observations du délinquant sur les peines envisageables et sur leurs conséquences concrètes sur sa situation personnelle.

Rien, dans les travaux préparatoires du Pacte, ne semble confirmer une telle position, mais rien ne semble l'exclure non plus. Seule la difficulté pouvant surgir lors de la comparaison de deux peines de nature différente y a été mise en exergue⁹³.

Section 2. A fortiori, l'absence totale de peine ?

45. Jusqu'à présent, nous n'avons pas pris en compte l'hypothèse de l'inexistence d'une peine et de son assimilation éventuelle à l'adoucissement d'une peine. La logique nous dicte qu'*a fortiori* une disparition de peine, sous quelque forme que ce soit, constitue un adoucissement de la peine.

Cette conclusion serait toutefois hâtive. Une distinction s'impose. L'inexistence de peine peut être la conséquence de l'absence d'infraction, hypothèse délicate car elle s'éloigne des termes précis utilisés dans la troisième phrase, qui évoque, concernant l'application temporelle du principe de la rétroactivité *in mitius*, l'existence d'une «infraction»... (sous-section 1). Mais elle peut également être due à l'absence de peine en tant que telle, alors même qu'il y a infraction, cas dans lequel on ne considère que la peine, à savoir la composante dont le Pacte prévoit explicitement que l'adoucissement doit rétroagir (sous-section 2).

Observons que les mêmes questions surgiront inévitablement concernant la portée de l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui n'évoque, à l'instar de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte et de l'article 2, alinéa 2 du Code pénal, que la peine plus légère, sans aucune référence à l'inexistence de peine⁹⁴.

(92) De même, la délégation du Guatemala avait souligné, lors des travaux préparatoires, qu'il était souhaitable que l'on se place du point de vue du droit de l'individu et non du devoir de l'État pour la formulation du Pacte. Elle fit cette observation concernant l'amendement proposé par la délégation des États-Unis visant à empêcher les États de promulguer des lois rétroactives (v. § 7) (DOC. E/CN.4/SR.112, p. 5).

(93) DOC. E/CN.4/SR.112, corr. 2 du 21 juin 1949 (observation de la représentante du Royaume-Uni); DOC. A/C.3/SR.1008, § 1 (observation du représentant de Norvège).

(94) Pour mémoire, il y est stipulé que «*si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit une peine plus légère, celle-ci doit être appliquée*». A. ESER, dans un commentaire sur l'article 49 de la Charte, estime déjà que cette disposition devra être interprétée de

.../...



Sous-section 1^{re}. L'absence de peine résultant de l'absence d'infraction

46. Bien que la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte ne consacre explicitement le principe de la rétroactivité *in mitius* qu'en ce qui concerne la peine plus légère, sa portée pourrait être étendue à l'absence totale de peine lorsque les faits ne sont plus délictueux en raison, par exemple, de l'ajout d'un nouvel élément constitutif à l'infraction, auquel il n'est pas satisfait dans le cas d'espèce. Si les faits ne sont plus incriminés, la peine est, en effet, inexistante et, par conséquent, «plus légère»⁹⁵.

Après avoir précisé l'hypothèse d'une «suppression d'infraction» (a), nous constaterons que le texte même de l'article 15.1 du Pacte ne nous

manière plus large que ce que les termes ne laissent paraître (A. ESER, «Kapitel VI, Justizielle Rechte: Artikel 47bis 50», in J. MEYER (éd.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, pp. 545 et 546).

- (95) La doctrine attribue souvent une portée large à la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte: not. F. DERUYCK et B. SPRIET, «De (niet-) retroactiviteit van de decumulbepaling van artikel 5, lid 2, van het strafwetboek: een gesloten discussie?», *T. Strafr.*, 2000, pp. 268 et 269; L. FESTAETS, «De retroactieve toepassing van art. 5, tweede lid, Sw.», *R.W.*, 2001-02, p. 1619, note sous Anvers, 13 sept. 2001; P. POPELIER, *o.c.*, *A.P.R.*, 1999, p. 128; B. SPRIET, *in o.c.*, 1994, pp. 374 et 375; B. SPRIET, *in o.c.*, 1997, p. 159; H. VAN BAVEL, «Over de toepassing in de tijd van artikel 5 lid 2 van het strafwetboek», *A.J.T.*, 2000-01, p. 496; O. VANDEMEULEBROEKE, «Propos sur la rétroactivité des incriminations pénales (art. 2 du Code pénal)», in *Liber Amicorum José VANDERVEEREN*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 157 et 158; E. VAN MUYLEM, «Gunstige wijziging van het verkeersreglement – Toepassing van het retroactiviteitsbeginsel», note sous Cass., 21 févr. 1995, *A.J.T.*, 1995-96, p. 142; E. VAN MUYLEM, *o.c.*, *A.J.T.*, 1998-99, p. 527; v. ég. H. VAN BAVEL, «Nogmaals over de toepassing in de tijd van artikel 5, lid 2 van het strafwetboek», *A.J.T.*, 2001-02, note sous Cass., 26 févr. 2002, p. 1007.

En doctrine française, v. A. HUET, *o.c.*, *La semaine juridique*, 1987, n° 3293 et *o.c.*, *La semaine juridique*, 1989, n° 3378, où l'auteur tire un argument *a contrario* de l'article 15.2 du Pacte. Il nous est toutefois difficile de comprendre en quoi ce deuxième paragraphe – ayant été inséré principalement pour nuancer la première phrase du premier paragraphe afin que les procès d'après-guerre de Tokyo et de Nuremberg ne soient pas remis en cause – pourrait éclairer la portée de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte. Les termes de la disposition sont clairs: on vise bien les principes reconnus au moment où les actes ou omissions ont été commis, le but n'étant pas de déroger au principe exprimé dans la première phrase de l'article 15.1, mais simplement de le nuancer (v. not. E/CN.4/SR.159, §§ 49, 50, 60, 68, 76, 80 et 85; E/CN.4/SR.199, § 155; E/CN.4/SR.324, p. 10 et pp. 13 à 15; v. ég. Comité des droits de l'homme, *Klaus Dieter Baumgarten c. Allemagne*, CCPR/C/78/D/960/2000, 31 juill. 2003, § 9.4).

Certains auteurs estiment, par contre, que le principe de la rétroactivité *in mitius* se limite aux adoucissements de la peine en tant que telle: not. C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Anvers, Maklu, 2003, p. 111.

Pour une position se voulant davantage conciliante et nuancée, v. P. CABOOR et P. WAETERINCKX, «De strafuitsluitende verschoningsgrond van art. 5, tweede lid Sw., ook het internationaal recht sluit de discussie», *R.W.*, 2003-04, pp. 537 à 539, note sous Cass., 5 mars 2002.



offre aucune indication sur la question de la rétroactivité le cas échéant (*b*). L'issue des votes au cours des travaux préparatoires du Pacte sur ce point ne paraît pas déterminante à première vue. Cependant, une analyse des arguments des opposants à la rétroactivité des suppressions d'infraction révèle que le seul inconvénient réel qu'ils y voyaient était, de manière générale, l'application de ce principe en dépit de la volonté préexistante du législateur. Ils ne semblaient donc pas radicalement opposés à la rétroactivité des suppressions d'infraction (*c*). Certaines observations du Comité suggèrent également l'assimilation de la suppression d'infraction à une peine plus légère (*d*).

a. Précision terminologique: l'hypothèse de la «suppression d'infraction»

47. Il est préférable de ne pas parler d'adoucissement de l'incrimination, vu l'impossibilité de déterminer dans l'abstrait si une incrimination est réellement plus douce ou moins douce qu'une autre. À moins, bien entendu, qu'il ne soit manifeste que le champ d'application d'une infraction est plus restreint, cas dans lequel on ne risque rien en appliquant cette qualification⁹⁶.

Admettons qu'une nouvelle loi exige comme élément moral le dol spécial au lieu du dol général, mais supprime un autre élément constitutif de l'infraction, comme par exemple l'avertissement préalable de l'autorité compétente. Seule la concrétisation préalable de la loi, que nous avons préconisée plus haut, permettra de conclure que les faits sont ou non incriminés⁹⁷.

(96) V., par ex., Cass., 15 décembre 2004, *o.c.*: il était évident, dans cette affaire, que l'incrimination prévue par l'ancienne loi était plus favorable. La Cour de cassation observa, en effet, que «[...]l'incrimination nouvelle est moins favorable pour la personne poursuivie en ce sens que les actes de torture peuvent avoir été perpétrés en toutes circonstances, et non seulement dans le cas où il est établi que cette personne est coupable d'avoir commis une autre infraction déterminée par le législateur, comme, en l'espèce, une séquestration arbitraire. Qu'elle est d'autant moins favorable que la notion de torture définie par l'article 417*bis* est plus large que celle de tortures corporelles qui était visée à l'ancien article 438 dudit code, tout en englobant cette dernière; qu'elle concerne, en effet, tout traitement inhumain délibéré qui provoque une douleur aiguë ou de très graves et cruelles souffrances, physiques ou mentales [...]». Cette nouvelle incrimination était certes défavorable dans l'abstrait, mais au final la personne concernée fut quand même reconnue coupable de l'infraction par le jury. En réalité, l'application de la loi ancienne n'a eu aucun effet pour cette personne, les peines étant identiques.

(97) Dans le même sens, F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *o.c.*, 2000, p. 279. A. ESER suggère également, en ce qui concerne l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, que l'on applique le régime légal pertinent au cas concret pour en tirer la conclusion qu'il est ou non plus favorable que l'ancien (A. ESER, *in o.c.*, 2003, p. 546).

Comme l'a souligné le Comité dans l'affaire *David Michael Nicholas c. Australie*: «[...] on ne peut pas déterminer dans l'abstrait si une action ou une omission spécifique donne lieu à une condamnation pour une infraction pénale; cette question ne peut être tranchée qu'à l'issue d'un procès au cours duquel des preuves tendant à démontrer l'existence des éléments constitutifs de l'infraction sont apportées d'une façon suffisamment convaincante [...]»^{98,99}.

Néanmoins, dans l'affaire *Valentin Ostroukhov c. Fédération de Russie*, alors que la question de la suppression d'infraction était en jeu, le Comité ne se permit pas de vérifier si les faits étaient encore concrètement incriminés. En effet, le Comité déclara la communication irrecevable parce que la plainte avait trait, de par sa nature, à l'appréciation des faits et des éléments de preuve et à l'interprétation du droit interne, en particulier de la notion de «petite quantité», ce dont le Comité ne veut, en principe, pas se mêler¹⁰⁰.

48. Pour conclure, les faits sont ou ne sont pas érigés en infraction par la loi et la douceur d'une incrimination n'est que le résultat de la peine applicable une fois l'infraction concrètement établie. Ainsi, l'abrogation d'une incrimination particulière ne constitue pas un obstacle à la répression lorsque les faits restent punissables sous une autre qualification tout comme la restriction du champ d'application d'une incrimination n'implique pas nécessairement que les faits ne sont plus punissables. Si les faits restent délictueux, quelle que soit leur qualification, alors seulement il faut comparer les peines applicables pour déterminer laquelle est la plus douce.

Dans les lignes qui suivent, nous viserons donc, par l'expression «suppression d'infraction», l'hypothèse où les faits ne constituent plus aucune infraction, sous quelque qualification que ce soit.

(98) Comité des droits de l'homme, *David Michael Nicholas c. Australie*, o.c., § 7.5.

(99) Devant la Cour d'assises, cela impliquerait notamment que les questions posées au jury portent sur les éléments constitutifs de chacune des incriminations, l'ancienne et la nouvelle. Si l'une des réponses s'avérait négative, que ce soit pour l'ancienne ou la nouvelle incrimination, la personne ne pourrait être condamnée, soit en vertu du principe exprimé dans la première phrase de l'article 15.1 du Pacte, soit en vertu de celui consacré par la troisième phrase, dans la mesure où l'on admet son application aux suppressions d'infraction.

(100) Comité des droits de l'homme, *Valentin Ostroukhov c. Fédération de Russie*, CCPR/C/83/D/967/2001, 31 mars 2005, §§ 6.3 et 6.4. Le requérant avait été accusé en 1996 de possession d'une «petite quantité» de marijuana, puis reconnu coupable et condamné à une peine d'emprisonnement en novembre 1997. Le requérant affirmait que sa condamnation était illégale du fait que, le premier janvier 1997, un nouveau Code pénal était entré en vigueur qui dépénalisait la possession de petites quantités de marijuana.

- b. La formulation de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte n'exclut ni suggère la rétroactivité de la suppression d'infraction

49. Logiquement, on ne pourrait admettre l'hypothèse de la suppression d'infraction comme étant couverte par le principe de rétroactivité *in mitius* si on lisait en parallèle les termes «cette infraction» et «peine» de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte. Cela reviendrait, en effet, à dire que cette disposition présuppose l'existence d'une incrimination concrète actuelle, et même, dans la mesure où l'on entend par infraction une incrimination déterminée, c'est-à-dire une qualification, à limiter la rétroactivité *in mitius* à l'adoucissement de la peine prévue pour cette incrimination précise.

Par contre, le constat que les deux premières phrases de l'article 15.1 du Pacte traitent séparément les questions de l'incrimination et de la peine ne constituerait pas un argument suffisant pour l'interprétation restrictive de la troisième phrase de la disposition, qui ne se réfère explicitement qu'à la peine¹⁰¹. En effet, il est logique que les deux principes liés à la non-rétroactivité de la loi pénale aient été exprimés en deux phrases distinctes, toute infraction établie ne supposant pas une peine¹⁰². À l'inverse, toute peine supposant une infraction et, par conséquent, l'absence d'infraction impliquant inévitablement l'absence de peine, il n'était pas nécessaire d'exprimer la contre-mesure des deux premiers principes formulés dans l'article 15.1 en deux phrases distinctes.

Le même argument a d'ailleurs été utilisé pour justifier l'idée contraire. Outre certaines références dans les travaux préparatoires du Pacte à la rétroactivité de la «loi pénale» plus douce¹⁰³, le fait que ces travaux ont fait état, à un moment donné, de ce que l'article 15.1 du Pacte, qui pose le principe de la non-rétroactivité des lois pénales, s'applique tant à la définition des infractions qu'à la gravité des peines¹⁰⁴ serait, en effet, un indice, selon certains auteurs, de l'admission par les rédacteurs du Pacte de la rétroactivité des suppressions d'infraction¹⁰⁵. Cependant, ces déclarations faites au cours des travaux préparatoires ne faisaient que reprendre ce qui ressort directement des deux premières phrases de l'article 15.1 du Pacte. Il s'agissait d'un simple constat. Ce serait donc extrapoler la portée de ces

(101) *Contra*: G. KNIGGE, *o.c.*, 1984, p. 330.

(102) V. § 58.

(103) Cette expression est plus large que la rétroactivité de la «peine» plus légère.

(104) DOC. A/2929, § 93 (déjà cité en note 74).

(105) V. not. F. DERUYCK et B. SPRIET, *o.c.*, *T. Strafr.*, 2000, p. 268; B. SPRIET, *in o.c.*, 1994, p. 374.

déclarations que d'en déduire par analogie l'applicabilité du principe de la rétroactivité *in mitius* aux suppressions d'infraction¹⁰⁶.

c. La rétroactivité de la suppression d'infraction dans les travaux préparatoires du Pacte

50. Il n'empêche que les rédacteurs du Pacte étaient conscients de ce que la rétroactivité de la loi prévoyant l'application d'une peine plus légère pouvait *a fortiori* impliquer la rétroactivité de la suppression d'infraction¹⁰⁷. La loi qui cesse de considérer un acte comme punissable correspond, en effet, à l'adoucissement le plus extrême de la peine¹⁰⁸.

Les rédacteurs ne sont toutefois pas parvenus à se mettre d'accord sur une formulation plus précise de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte, que ce soit pour y inclure ou pour en exclure la suppression d'infraction (1). Bien que l'on ne puisse rien déduire de l'issue de ces votes, les arguments des opposants à la suppression d'infraction semblent révélateurs, le seul réel objet de la controverse étant la prise en compte de la volonté préexistante du législateur (2).

1. L'issue non déterminante des votes relatifs à la rétroactivité de la suppression d'infraction

51. Il ressort de divers amendements proposés au cours des travaux préparatoires du Pacte que certains voulaient préciser explicitement que la suppression d'infraction doit rétroagir, et ce dans l'optique d'élargir réellement le champ d'application du principe de la rétroactivité *in mitius*¹⁰⁹. D'autres estimaient, par contre, que la disposition couvrait, en tout état de cause, la suppression d'infraction et que, par conséquent, il n'était pas nécessaire de le préciser, sauf dans un souci de clarté¹¹⁰. Enfin, d'autres excluaient les suppressions d'infraction de la portée de la troisième phrase.

(106) Dans le même sens, M. DE SWAEF, concl. sous Cass., 26 févr. 2002, *R.W.*, 2002-03, p. 136.

(107) DOC. E/CN.4/SR.324, p. 6 (observation du Président de l'assemblée).

(108) DOC. A/C.3/SR.1010, § 15 (observation de la délégation irakienne).

(109) V., par ex., DOC. E/CN.4/SR.324, pp. 6 et 7 (amendement proposé par le représentant de Belgique; la délégation belge avait d'ailleurs proposé un amendement qui avait l'originalité d'inclure le principe de la rétroactivité de la suppression d'infraction dans la première phrase de l'article 15.1 du Pacte – il s'agissait alors de l'article 11 – l'amendement visant à ajouter à la fin de cette phrase les mots suivants: «ou qui n'en constituent plus au moment où le jugement pénal est rendu», DOC. E/CN.4/L.196), DOC. A/C.3/SR.1008, § 22 (observation du représentant de l'Union des Républiques socialistes soviétiques) et DOC. A/C.3/L.868 et A/C.3/L.869 (amendements proposés par les délégations de la République socialiste soviétique d'Ukraine et du Japon).

(110) V. not. l'observation de la délégation du Ghana, DOC. A/C.3/SR.1010, § 18.

Suite à ces avis contradictoires, cette disposition ne fut tout simplement pas modifiée, sans que l'on sache finalement si l'on était d'accord ou pas que le principe de la rétroactivité *in mitius* s'applique aux suppressions d'infraction. Il résulte, en effet, de ce qui précède qu'il n'est pas permis de déduire une volonté négative des votes émis contre les amendements visant à élargir explicitement la portée de la troisième phrase car, même si certains ont voté «contre» parce qu'ils s'opposaient à cet élargissement, d'autres l'auront probablement fait parce que cela ne leur semblait pas nécessaire, la formulation actuelle de la troisième phrase pouvant couvrir les suppressions d'infraction.

52. Observons toutefois que le représentant de la République Socialiste Soviétique d'Ukraine a pu déclarer au cours des travaux préparatoires, sans être contredit, que: «[...] Les débats qui ont eu lieu à la Commission ont été extrêmement utiles puisqu'ils ont permis de déterminer le sens et la portée de l'article 15. Il est clair désormais, pour l'ensemble des délégations, que l'intention de la proposition ukrainienne [d'élargir le principe de la rétroactivité *in mitius* aux suppressions d'infraction] est implicite dans le texte élaboré par la Commission des droits de l'homme [...]»¹¹¹.

Il convient cependant de rester prudent par rapport à une telle déclaration du représentant de la République Socialiste Soviétique d'Ukraine, au demeurant favorable à la rétroactivité de la suppression d'infraction. Il n'est, en effet, pas acquis, au contraire, que l'adage «qui ne dit mot consent» s'applique au Droit international conventionnel...

2. La volonté préexistante du législateur comme exception tolérable à la rétroactivité de la suppression d'infraction

53. Malgré l'issue non déterminante des votes liés à la rétroactivité de la suppression d'infraction, il est intéressant de s'attarder aux arguments présentés par les opposants à une telle extension du principe de rétroactivité *in mitius*. En effet, le réel point de controverse ne semblait pas être l'extension du principe de la rétroactivité *in mitius* aux suppressions d'infraction en tant que telle, mais plutôt son application dans un cas précis.

La première objection motivée que connut la proposition présentée par la délégation d'Égypte d'inscrire dans le Pacte le principe de la rétroactivité *in mitius* fut soulevée par la délégation des États-Unis qui, bien que se

(111) A/C.3/SR.1012, § 25, conjointement à la proposition d'amendement reprise dans le document A/C.3/L.868, dont la délégation de la République Socialiste Soviétique d'Ukraine estime qu'elle ne visait qu'à préciser le sens de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte.

ralliant au principe, craignait que la rédaction proposée ne dépasse le but visé par la disposition. La délégation des États-Unis se référa à la législation en vigueur sur les loyers. Elle estima que l'individu ayant enfreint ces règles ne doit pas échapper au châtement sous prétexte que, dans l'intervalle, cette législation a été modifiée dans un sens qui lui est favorable, dans la mesure où cette modification n'a eu lieu qu'en raison de l'amélioration des conditions du logement. Une telle modification ne peut, selon la délégation, être invoquée pour disculper une personne qui a commis l'infraction au moment où il y avait pénurie de logement¹¹².

Par la suite, la majorité des remarques faites lors de la discussion de la formulation de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte tournèrent autour de la même problématique, à savoir les lois à caractère temporaire ou occasionnel¹¹³. Il s'agit de lois créant une incrimination que le législateur a, dès le départ, voulu lier à des circonstances particulières ou à une période déterminée.

Dans ces cas, l'abrogation de la loi ancienne ne correspondrait pas à une évolution des idées mais au redressement d'une situation particulière, par exemple une situation de crise économique. Il s'agit d'un changement de circonstances auxquelles le législateur avait la volonté de lier les infractions créées¹¹⁴.

Pour certains, il ne fallait pas étendre le principe de la rétroactivité *in mitius* aux suppressions d'infraction pour ne pas trahir cette volonté préexistante du législateur. Pour d'autres, ce n'était pas un motif suffisant pour ne pas reconnaître ou restreindre le principe de la rétroactivité *in mitius*¹¹⁵.

Mais pourquoi alors ne pas avoir exprimé dans le Pacte la distinction entre la suppression d'infraction résultant d'un simple changement de circonstances et celle due à un changement de l'opinion publique? La réflexion d'un représentant du Royaume-Uni au cours des travaux préparatoires offre peut-être une esquisse de réponse, qu'on la juge motivée ou non : «[...] il est impossible de rédiger le texte de l'article 15 de manière à

(112) DOC. E/CN.4/SR.159, § 61.

(113) V. not. DOC. E/CN.4/SR.159, § 86; DOC. E/CN.4/SR.324 (pp. 6, 7, 10 et 11); DOC. A/C.3/SR.1013, § 29.

(114) V. l'observation du représentant du Pakistan, DOC. A/C.3/SR.1011, § 8; v. ég. DOC. E/CN.4/694/Add.7, p. 2 et A/C.3/SR.571, § 39.

(115) DOC. E/CN.4/SR.324, p. 8 (observation du représentant du Chili); DOC. A/C.3/SR.1011 (observation du représentant du Pakistan).

exclure les cas de ce genre et à tenir compte des cas où la modification est due à un changement de l'opinion publique [...]»¹¹⁶...

54. Quoi qu'il en soit, la volonté préexistante du législateur constituait vraisemblablement la seule réelle barrière pour certains rédacteurs du Pacte de considérer que le principe de la rétroactivité *in mitius* incluait les suppressions d'infraction. On pourrait en déduire, à la lumière de ce qui a été dit dans le point précédent, que les rédacteurs du Pacte étaient en général prêts à accepter le principe de la rétroactivité des suppressions d'infraction, sous réserve, pour certains, des abrogations dues à un simple changement de circonstances ou à l'écoulement d'une période auxquelles l'incrimination était préalablement liée par le législateur¹¹⁷.

Une dérogation à l'application du principe de rétroactivité des suppressions d'infraction semble dès lors tolérable à deux conditions.

Premièrement, la suppression de l'infraction ne peut être que le résultat d'un changement de circonstances ou de l'écoulement d'une période, et non pas d'un changement de conception du législateur quant à la punissabilité des faits concernés.

Deuxièmement, ces circonstances ou cette période doivent avoir été prises en considération par le législateur lors de la création de l'incrimination. Seule la volonté préexistante du législateur de lier l'infraction à des circonstances particulières, ou encore à une période déterminée, serait ainsi prise en compte.

(116) DOC. A/C.3/SR.1013, § 10.

(117) Seule l'Allemagne semble avoir, après ratification du Pacte, émis une réserve pouvant éventuellement couvrir ces cas, précisant que: «Le paragraphe premier de l'article 15 du Pacte sera appliqué comme suit: dans le cas d'un adoucissement des dispositions pénales en vigueur, dans certains cas exceptionnels précis, le droit en vigueur antérieurement reste applicable à des actes commis avant la modification de la loi». Cette réserve étant toutefois formulée de manière très large, sa portée n'est pas claire. L'année dernière, le Comité a exprimé son inquiétude quant au fait que l'Allemagne maintienne cette réserve et a invité l'État à envisager le retrait de celle-ci (observations finales, CCPR/CO/80/DEU, 4 mai 2004, § 10, auxquelles l'Allemagne répondit qu'il est probable que cette réserve sera retirée, sans toutefois pouvoir en fixer la date). Si cette réserve visait exclusivement les lois dites de circonstances, elle serait conforme à la volonté de certains rédacteurs du Pacte. Par ailleurs, la réserve radicale formulée après ratification par les États-Unis et portant sur l'entière phrase de l'article 15.1 du Pacte couvre, quant à elle, sans aucun doute les situations évoquées, sans toutefois s'y limiter: «Dans la mesure où aux États-Unis la loi applique généralement à l'auteur d'une infraction la peine en vigueur au moment où l'infraction a été commise, les États-Unis n'adhèrent pas à la troisième clause du paragraphe premier de l'article 15» (la Suède a, dans une objection du 18 juin 1993, contesté cette réserve des États-Unis). Sur l'admission des réserves sous l'article 15.1 du Pacte, v. § 69.

Au vu de ce qui précède, les principales exceptions reconnues en droit belge au principe de la rétroactivité *in mitius*, lorsqu'elles concernent des suppressions d'infraction, ne semblent *a priori* pas contraires à l'article 15.1 du Pacte puisqu'elles répondent en principe aux deux conditions énoncées. Ces exceptions visent les lois occasionnelles ou de circonstances, les lois périodiques et les règlements d'exécution d'une loi restée inchangée¹¹⁸. La philosophie sous-jacente commune à ces exceptions est que les suppressions d'infraction ne doivent, en principe, rétroagir qu'à la condition que l'intention non douteuse du pouvoir législatif ait été de renoncer à toute répression pour le passé comme pour l'avenir. L'on vise de la sorte clairement le changement de conception du législateur concernant le caractère punissable des faits.

Toutefois, si ces exceptions sont détournées de leur fondement, elles ne sont, à notre sens, plus justifiables au regard de l'article 15.1 du Pacte. On ne peut, par exemple, s'en tenir à considérer un règlement d'exécution d'une loi restée inchangée comme exception au principe de rétroactivité *in mitius*, sans avoir établi la volonté du législateur de n'accorder qu'un caractère périodique ou occasionnel à ce règlement. Dans le cas contraire, il n'existe plus de raison valable de déroger au principe de rétroactivité de la suppression d'infraction¹¹⁹.

55. Une telle conception du principe de la rétroactivité des suppressions d'infraction implique une responsabilisation du législateur désireux de réprimer des faits commis dans certaines circonstances ou dans une période déterminée, faits dont il veut qu'ils restent punissables même si, par après, la loi est abrogée en raison de la disparition de ces circonstances ou de son caractère périodique. Il devra ressortir clairement des travaux parlementaires de la loi ou du texte même que c'est bien en raison de ces circonstances particulières que l'infraction a été créée, ou le législateur devra avoir fixé le caractère périodique de l'infraction.

(118) Pour un aperçu de ces exceptions, v. not. L. DUPONT, *o.c.*, 2000-01, pp. 57 à 59; P. POPELIER, *o.c.*, *A.P.R.*, 1999, pp. 69 à 72; O. VANDEMEULEBROEKE, *in o.c.*, 1997, pp. 179 à 185; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 2003, pp. 115 et 116; E. VAN MUYLEM, *o.c.*, *A.J.T.*, 1998-99, pp. 525 à 528.

(119) L'exception, au principe de rétroactivité *in mitius*, des règlements d'exécution d'une loi restée inchangée est par ailleurs vivement critiquée en doctrine: not. A. DE NAUW, *o.c.*, *R.W.*, 1986-87, p. 1087; A. DE NAUW, «De rijke verscheidenheid van tijdschriftartikelen en noten», *T.D.R.*, 1992, II, p. 1182; F. DERUYCK et B. SPRIET, *o.c.*, *T. Strafr.*, 2000, pp. 268 et 269; L. DUPONT, *o.c.*, 2000-01, pp. 58 et 59; P. POPELIER, *o.c.*, *A.P.R.*, 1999, pp. 71 et 72; B. SPRIET, *in o.c.*, 1994, pp. 349 à 378; B. SPRIET, *in o.c.*, 1997, pp. 158 à 160; E. VAN MUYLEM, *o.c.*, *A.J.T.*, 1995-96, p. 142; E. VAN MUYLEM, *o.c.*, *A.J.T.*, 1998-99, pp. 527 et 528; F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 2003, p. 227.

En revanche, si la suppression d'infraction paraît être la conséquence d'un changement de l'opinion publique concernant le caractère répréhensible des faits, le délinquant semble devoir en bénéficier¹²⁰. Il en résulte que la volonté du législateur ne peut pas déroger *a posteriori* au principe de la rétroactivité de la suppression d'infraction. Ce serait d'ailleurs vider le principe de toute substance puisqu'une telle position reviendrait à permettre au législateur d'y déroger quand bon lui semble.

d. Le point de vue implicite mais favorable du Comité

56. Le Comité n'a jamais précisé explicitement s'il fallait apparenter les suppressions d'infraction à «une peine plus légère» au sens de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte. On peut toutefois pressentir qu'il n'y voit pas d'obstacle, comme en témoignent les trois exemples qui suivent.

56.1. Premièrement, dans l'examen d'un rapport présenté par la Fédération de Russie, le Comité a observé, sans nuance, que le contenu de l'article 15 du Pacte était exprimé dans l'article 54 de la Constitution, lequel mentionnait clairement que la suppression d'une infraction devait rétroagir¹²¹. C'est peut-être un indice, aussi futile qu'il soit, de l'acceptation large des termes «peine plus légère» par le Comité.

56.2. Deuxièmement, l'affaire *David Michael Nicholas c. Australie* concernait certes le principe exprimé à la première phrase de l'article 15.1 du Pacte, mais le raisonnement suivi par le Comité indique qu'il apparenterait la suppression d'infraction à «une peine plus légère».

Pour rappel, le Comité a estimé que: «[...] tout changement apporté aux règles de procédure et de preuve après la date à laquelle un acte délictueux a été commis peut, dans certaines circonstances, être pris en compte pour déterminer l'applicabilité de l'article 15, en particulier lorsque les changements ont trait à la nature même d'une infraction, mais note que cela n'est pas le cas dans l'affaire dont il est saisi. En l'espèce, le Comité relève que la nouvelle loi n'a pas supprimé le caractère illégal que l'action de police avait auparavant quand de la drogue était importée [...]»¹²².

(120) G. KNIGGE développe un point de vue semblable après avoir envisagé les différentes significations que peut sous-entendre l'expression «if provision is made by law» de la version anglaise de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte (G. KNIGGE, *o.c.*, 1984, pp. 329 et 330).

(121) Comité des droits de l'homme, *Examen du rapport de la Fédération de Russie*, CCPR/C/84/Add. 2, 22 févr. 1995, § 200.

(122) Comité des droits de l'homme, *David Michael Nicholas c. Australie*, *o.c.*, § 7.7.

Or, l'un des éléments constitutifs de l'infraction pour laquelle le plaignant avait été condamné était le caractère illégal de l'importation des stupéfiants, en l'occurrence l'action illégale d'importation par la police.

Dès lors, le Comité suggère que si le caractère illégal de l'action de la police avait été supprimé et que, par conséquent, un des éléments constitutifs de l'infraction n'était plus établi, l'article 15.1 du Pacte aurait pu être applicable, s'agissant précisément, dans un tel cas, d'une suppression d'infraction...

56.3. Troisièmement, l'affaire *Valentin Ostroukhov c. Fédération de Russie* est la seule où la rétroactivité de la suppression d'infraction était explicitement invoquée par l'auteur de la communication¹²³. Le Comité n'a, à aucun moment, remis en cause la recevabilité *ratione materiae* de la communication sur base de l'article 15.1 du Pacte. Il déclara la communication irrecevable au seul motif que la plainte n'était pas suffisamment étayée.

57. Au demeurant, il sera intéressant de voir si et comment le Comité réagira à la partie du dernier rapport périodique émanant du gouvernement norvégien consacrée à l'article 15 du Pacte. Il y est, en effet, précisé que: « [...] L'imposition de peines plus légères ou l'abolition de dispositions pénales en raison d'un changement de circonstances auxquelles elles se rapportent ne devraient pas nécessairement être suivies d'effet s'agissant d'infractions commises avant ce changement [...]»¹²⁴.

Cette déclaration n'est pas sans rappeler le cas particulier des lois temporaires ou de circonstances évoqué plus haut. Le Comité pourrait saisir l'occasion pour préciser davantage l'étendue de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte.

Sous-section 2. L'absence de peine pour une infraction établie

58. Dans certaines hypothèses, bien qu'une infraction puisse être établie puisque les faits sont concrètement incriminés, on ne prononcera pas la peine prévue pour cette infraction. Ceci s'explique dans les cas où le délinquant peut faire valoir, par exemple, une cause de justification¹²⁵, une cause de non-imputabilité ou encore une cause d'excuse absolutoire.

(123) Comité des droits de l'homme, *Valentin Ostroukhov c. Fédération de Russie, o.c.*

(124) Cinquième rapport périodique de la Norvège, CCPR/C/NOR/2004/5, 11 avr. 2005, § 163.

(125) En théorie, les causes de justification ont pour conséquence la neutralisation de l'élé-

.../...

Les rédacteurs du Pacte n'ont pas, semble-t-il, entendu exclure ces cas de la portée de la troisième phrase de l'article 15.1, ceux-ci constituant l'adoucissement le plus extrême de la peine. Là où l'on pouvait, dans une certaine mesure, hésiter concernant les suppressions d'infraction, on peut difficilement douter que l'absence de peine pour des faits infractionnels tombe sous le principe de la rétroactivité *in mitius*. Le raisonnement selon lequel l'absence de peine constitue *a fortiori* une peine plus légère pourrait, en effet, être complété par l'idée que, si les suppressions d'infraction sont également visées par la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte, comme il a semblé ressortir des travaux préparatoires, cela vaut *a fortiori* pour les absences de peine pour des infractions existantes.

59. La distinction entre la suppression d'infraction liée à un changement de l'opinion publique sur le caractère répréhensible des faits et celle résultant de la disparition des circonstances ou de l'écoulement de la période auxquelles l'infraction était liée ne pouvait évidemment pas être reprise concernant l'absence de peine pour une infraction établie. La dispense de peine n'affecte, dans ce cas, pas le caractère normalement répréhensible des faits. Et on peut difficilement imaginer que le législateur crée une infraction en raison de circonstances particulières ou pour une période déterminée auxquelles il ne lie que la peine prévue pour l'infraction. La création d'une infraction pénale n'a de sens que si elle a pour premier objectif l'application d'une peine.

Rien ne s'oppose donc *a priori* à ce qu'une loi permettant de ne plus appliquer de peine pour une infraction établie rétroagisse conformément à l'article 15.1 du Pacte.

60. Dans les lignes qui suivent, nous focaliserons toute notre attention sur la justification que donne la Cour de cassation à la non-rétroactivité de la cause d'excuse absolutoire créée par l'article 5, alinéa 2 du Code pénal, inséré par la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales en Belgique, et ce au regard de ce qui vient d'être développé. La place que nous réservons à cette problématique se justifie par le regain d'intérêt qu'elle a suscité, tant en doctrine qu'en jurisprudence, pour la question des conflits de lois pénales dans le temps.

ment légal de l'infraction et donc l'affectation de son existence. Mais les rédacteurs du Pacte, en évoquant les suppressions d'infraction, ne pensaient pas à l'hypothèse où des faits normalement répréhensibles sont, en raison de circonstances particulières, considérés comme justifiés. La distinction entre la modification de la loi résultant d'un changement de conception concernant le caractère délictueux des faits et celle liée au caractère occasionnel ou temporaire de la loi ne peut d'ailleurs pas valoir à l'égard des causes de justification (v., sur ce point, § 59).

La Cour de cassation s'est laissée séduire par la solution prônant la prise en compte de la volonté du législateur, qui lie selon elle incontestablement la cause d'excuse absolutoire à la responsabilité pénale des personnes morales, le législateur ayant l'intention d'exclure l'application de la cause d'excuse absolutoire aux infractions commises sous l'empire de l'ancienne loi¹²⁶. Cette position est, au regard de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte, critiquable pour les raisons qui suivent, parmi lesquelles figure la circonstance «aggravante», en l'occurrence, que la Cour de cassation se soit prononcée sous le couvert notamment d'une interprétation erronée de cette disposition.

60.1. Avant tout, il convient de rappeler que l'on doit distinguer l'infraction et la peine applicable. L'hypothèse de l'absence de peine pour une infraction établie semble couverte par les termes de l'article 15.1, troisième phrase du Pacte et les rédacteurs du Pacte n'ont jamais parlé, à ce sujet, d'une quelconque condition ayant trait à la volonté du législateur.

Or, la cause d'excuse absolutoire prévue à l'article 5, alinéa 2 du Code pénal ne supprime en aucun cas le caractère délictueux des faits; elle n'a d'effet que sur la conséquence de l'incrimination, à savoir la peine applicable. Le débat semble donc faussé lorsque l'on parle de punissabilité des faits soumise à la volonté du législateur¹²⁷.

60.2. D'aucuns rétorqueront qu'il faut assimiler l'insertion d'une cause d'excuse absolutoire à l'absence d'infraction dès lors que les faits ne sont plus punissables. Indépendamment de la première remarque, le raisonnement suivi par la Cour de cassation reste, dans ce cas, critiquable parce que la Cour invoque à tort l'intention du législateur de ne pas renoncer à toute répression pour le passé comme pour l'avenir.

(126) Cass., 26 févr. 2002, *R.W.*, 2002-03, p. 138; *A.J.T.*, 2001-02, p. 1005; v. ég. Cass., 5 mars 2002, *R.W.*, 2003-04, p. 536, note P. CABOOR et P. WAETERINCKX, *o.c.*; Cass., 11 déc. 2002, www.cass.be (14 févr. 2005). La Cour d'arbitrage n'a pas hésité à se référer à l'arrêt de la Cour de cassation du 26 février 2002, estimant que c'est uniquement en considération de la dualité d'auteurs d'une même infraction que le législateur a écarté le cumul des responsabilités pénales – nous préférons parler du cumul des condamnations – lorsque l'infraction n'a pas été commise sciemment et volontairement (C.A., n° 99/2003, 2 juillet 2003, B.4 à B.5.2, www.arbitrage.be <<http://www.arbitrage.be/>> (7 juin 2005), *Arr. C.A.*, 2003, p. 1219, *M.B.*, 17 novembre 2003 (extrait), *Dr. Circ.*, 2003, p. 261 – remarquez la confusion entre les articles 14 et 15 du Pacte).

(127) Dans le même sens, M. NIHOUL, «Le champ d'application», in M. NIHOUL (éd.), *La responsabilité pénale des personnes morales*, Bruxelles, La Chartre (collection Projucit), 2005, pp. 71 et 72.

Pour mémoire, il est ressorti des travaux préparatoires du Pacte et des décisions du Comité que les suppressions d'infraction semblent devoir rétroagir. Une exception paraissait tolérable: la volonté préexistante du législateur de lier l'infraction à une période ou à des circonstances déterminées. Si la suppression d'infraction est le résultat de l'écoulement de la période déterminée ou de la disparition des circonstances concernées, l'absence de rétroactivité est justifiable. Si, par contre, la suppression d'infraction est le résultat d'un changement de conception du législateur quant au caractère répréhensible des faits, le délinquant doit en bénéficier.

Or, selon la Cour de cassation, le législateur n'a pas changé de conception concernant le caractère répréhensible des faits commis par les personnes physiques avant l'entrée en vigueur de la loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales. Ne retombe-t-on donc pas inévitablement dans la catégorie des changements liés au caractère occasionnel ou périodique de la loi? Probablement, dans le cas d'une suppression d'infraction, encore que la volonté antérieure du législateur doive être établie au besoin (voyez, sur ce point, le paragraphe 54). Toutefois, dans le cas présenté à la Cour de cassation, ne s'agissant pas d'une suppression d'infraction, cette logique ne peut valoir, comme nous l'avons souligné dans le paragraphe 59. La tentative de s'en référer à l'absence de changement de conception du législateur était peut-être bonne, mais le contexte ne s'y prêtait pas.

Le danger d'un tel ajustement du fondement des exceptions au principe de rétroactivité *in mitius*, à savoir que le législateur ne renonce pas à la répression des faits commis dans la période prédéfinie ou dans les circonstances prédéterminées, est d'accorder trop de poids à la volonté du législateur au moment de la suppression de punissabilité, ou du moins d'en faire une exception autonome au principe de rétroactivité *in mitius*. En effet, cette volonté se trouve à l'antipode de la volonté préexistante du législateur, laquelle peut justifier dans une certaine mesure les exceptions au principe de rétroactivité *in mitius*, nous l'avons vu. Dans ce sens, la formulation adoptée par la Cour de cassation risque de prêter à confusion: «[...] il ressort de la circonstance que la loi associe la cause exclusive de peine au caractère punissable de la personne morale que la nouvelle disposition légale n'avait pas pour objectif incontestable que cette cause exclusive de peine soit applicable aux infractions commises sous l'empire de l'ancienne loi, mais uniquement à celles qui auraient été commises postérieurement à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi [...]»¹²⁸. Il n'est donc pas étonnant que la Cour ait été sujette à critique pour s'être prévalu

(128) Cass., 26 février 2002, *o.c.*

de la volonté du législateur en méconnaissance de l'article 15.1 du Pacte, norme hiérarchiquement supérieure à laquelle le législateur ne peut déroger¹²⁹.

60.3. En réalité, le problème de la rétroactivité de la cause d'excuse absolutoire prévue par l'article 5 du Code pénal est, selon nous, mal posé, surtout si l'on se réfère à ce qui a été dit plus haut concernant la concrétisation préalable de la loi¹³⁰. La question est d'abord de savoir quelle peine la loi permet au juge d'appliquer dans un cas d'espèce. L'expression «la loi prévoit» est claire: il n'est pas question de créer un nouveau régime que le législateur n'a pas lui-même envisagé, raison pour laquelle le panache nous paraît d'ailleurs exclu. Il faut s'en tenir à ce que la loi rend possible.

La volonté du législateur au moment de l'instauration de nouvelles règles n'est donc pas totalement dépourvue d'intérêt. Elle peut contribuer à déterminer ce que «la loi prévoit» précisément.

Dans le cadre de la responsabilité pénale des personnes morales, le régime que le législateur a prévu lorsque l'infraction n'a pas été commise sciemment et volontairement est l'évitement du cumul de peines en cas de dualité de responsabilités pénales. La volonté du législateur est de soumettre l'évitement de la peine à la condition préalable que la responsabilité pénale de la personne morale soit engagée. Elle lie, en d'autres termes, la cause d'excuse absolutoire à la responsabilité pénale de la personne morale (comme la Cour de cassation le souligne d'ailleurs dans sa jurisprudence). Pour que, concrètement, une personne physique puisse bénéficier de la cause d'excuse absolutoire, il faut non seulement que la personne morale ait commis la faute la plus grave mais, avant cela, il faut aussi que la responsabilité pénale de celle-ci soit engagée, et ce exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée.

(129) V. not. F. DERUYCK et B. SPRIET, *o.c.*, *T. Strafr.*, 2000, p. 269; L. FESTAETS, *o.c.*, *R.W.*, 2001-02, p. 1620; L. MONSEREZ, «De cumulatie van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen met die van natuurlijke personen: het Hof van Cassatie lijkt een strikte interpretatie voor te staan», *D.A.O.R.*, 2001, p. 59; M. NIHOUL, *in o.c.*, 2005, p. 63; H. VAN BAVEL, *o.c.*, *A.J.T.*, 2000-01, p. 497; H. VAN BAVEL, *o.c.*, *A.J.T.*, 2001-02, p. 1007; L. VANWALLE, «De implicaties van de wet op de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon op de vervolging van milieudelicten», *T.M.R.*, 2001, p. 142; P. WAETERINCKX, «De cumulatie van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon met die van de natuurlijke persoon – Artikel 5, tweede lid Sw., een staaltje van onbehoorlijke regelgeving», *R.W.*, 2000-01, p. 1228.

(130) V. Chapitre IV, section 2.

Or, auparavant, la responsabilité pénale de la personne morale n'était pas prévue par la loi. On ne peut donc concrètement engager la responsabilité pénale d'une personne morale pour des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 sans violer le principe de légalité en matière pénale¹³¹.

Par conséquent, si la responsabilité pénale de la personne morale n'est pas concrètement engagée, la cause d'excuse absolutoire de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal ne pourra pas être invoquée par la personne physique, la loi n'ayant tout simplement pas prévu que cette cause absolutoire puisse être appliquée dans le cas où seule la responsabilité pénale de la personne physique est engagée¹³².

La loi ne prévoit donc pas l'application d'une peine plus légère ; c'est du moins ce qui résulte de la concrétisation préalable de la loi...

En résumé, la Cour de cassation n'a pas tort, à notre avis, d'invoquer la volonté du législateur de lier la cause d'excuse absolutoire de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal à la responsabilité pénale de la personne morale. Là où la Cour commet une erreur, c'est en déduisant de ce constat l'intention du législateur de ne pas renoncer à la répression des faits commis sous l'ancienne loi. La Cour confond ainsi la condition d'ouverture du principe de la rétroactivité *in mitius*, c'est-à-dire «si la loi prévoit l'application d'une peine plus légère», et l'obligation inconditionnelle incombant aux autorités de respecter ce principe, c'est-à-dire que «le délinquant doit en bénéficier». Lorsque la condition d'ouverture n'est pas remplie, il est inutile de vouloir à tout prix échapper à l'obligation, qui n'est tout simplement pas applicable.

Titre II. Le champ d'application temporel

61. Un extrait de la troisième phrase de l'article 15.1 est jusqu'ici passé sous silence : «postérieurement à cette infraction». Ces termes couvrent

(131) Comme l'a précisé le Comité dans son observation générale relative aux états d'urgence, l'article 15 du Pacte ancre le principe de légalité en matière pénale, «[...] en vertu duquel la responsabilité pénale et les peines doivent être définies dans des dispositions claires et précises d'une loi qui était en vigueur et applicable au moment où l'action ou l'omission a eu lieu [...]» (Observation générale n° 29 du Comité concernant les états d'urgence, *o.c.*, § 7).

(132) V., sur la notion d'«indivisibilité de la portée dans le temps d'un mécanisme juridique homogène», M. NIHOUL, *in o.c.*, 2005, pp. 65 et 66.

toute loi postérieure à la commission des faits¹³³, contrairement à l'article 2, alinéa 2 du Code pénal qui ne se réfère qu'à la peine établie au temps du jugement. Les lois entrant en vigueur postérieurement à la condamnation du délinquant ressortiraient-elles du champ d'application de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte?

Le débat se situe entre la condamnation et la fin de l'exécution de la peine (chapitre I). Les travaux préparatoires (chapitre II), de même que le Comité (chapitre III), n'offrent aucune réponse définitive à la question. Mais l'extension du principe de rétroactivité *in mitius* à la phase postérieure à la condamnation aurait des conséquences non négligeables pour les États ayant adhéré au Pacte. Seuls ceux ayant émis une réserve ou une déclaration interprétative concernant les limites temporelles de la disposition connaissent sans doute l'ampleur des obligations en découlant. Quant aux autres États membres, ils ne sont pas forcément à l'abri d'une éventuelle déclaration de violation de l'article 15.1 du Pacte par le Comité (chapitre IV).

Chapitre I. La limite de la controverse: l'exécution de la peine

62. La seule indication temporelle explicite que nous donne le Pacte est cette période postérieure à l'infraction¹³⁴. En soi, le texte ne comporte donc aucune limite. Si l'on s'en tient au texte, les conséquences en seraient lourdes, toutes les peines pouvant être remises en question, même les peines déjà exécutées; ce qui constituerait une entrave à l'adoption de réformes. Ceci n'était sans doute pas le but de la disposition¹³⁵.

(133) On ne peut, dès lors, exclure qu'entre la loi en vigueur au moment des faits et celle en vigueur au moment où le jugement est rendu, il ait existé une loi prévoyant l'application d'une peine plus douce. Bien que la doctrine se soit souvent intéressée à cette question (pas spécifiquement dans le cadre de l'article 15.1 du Pacte), celle-ci ne semble pas avoir attiré l'attention des représentants d'États lors des travaux préparatoires du Pacte (seul le représentant de Roumanie y a fait brièvement allusion: «[...] le prévenu doit bénéficier de la loi qui lui est plus favorable lorsqu'il y a plusieurs lois successives qui se rapportent aux mêmes faits [...]» (DOC. A/C.3/SR.1010, § 30)). Parmi divers fondements donnés au principe de la rétroactivité de la loi prévoyant l'application d'une peine plus douce, on compte celui que, du point de vue social, la loi nouvelle est nécessairement meilleure que l'ancienne (not. DOC. E/CN.4/SR.324, p. 8, A/C.3/SR.1008, § 15 et A/C.3/SR.1012, § 19). Comment justifier alors que le délinquant bénéficie de la loi intermédiaire plus douce?...

(134) Notons, à cet égard, que les rédacteurs ont utilisé le terme «délinquant» et, en anglais, «offender», et non les termes «accusé», «prévenu», «inculpé» ou encore «condamné», qui auraient pu préciser la portée de la disposition.

(135) T. OPSAHL et A. DE ZAYAS, *o.c.*, *Canadian Human Rights Yearbook*, 1983, p. 245.

Il ressort d'ailleurs des travaux préparatoires du Pacte que la limite temporelle ultime et certaine à la rétroactivité est la fin de l'exécution de la peine. Un représentant du Royaume-Uni avait, en effet, demandé si, par exemple, une amende devait être remboursée, ou encore comment réagir lorsque le délinquant avait déjà terminé d'exécuter sa peine d'emprisonnement¹³⁶. Cette hypothèse fut immédiatement réfutée: «[...] cet article est destiné à favoriser les délinquants en cours de peine. S'il n'en était pas ainsi, il n'y aurait pas de limite à la période pendant laquelle le dédommagement pourrait être exigé [...]»¹³⁷.

Cette position ne fut, à notre connaissance, plus contestée. Le débat semblait donc clos, le bénéfice de la rétroactivité *in mitius* ne pouvant s'étendre au-delà de la limite ultime qu'est l'exécution de la peine.

Même le Comité ne semble pas prendre en compte la période postérieure à l'exécution de la peine¹³⁸. Les mots «application d'une peine» s'opposent d'ailleurs à ce que le bénéfice de la loi plus favorable s'étende à cette période, la peine n'étant dans ce cas plus appliquée¹³⁹.

La zone d'ombre se situe, dès lors, dans la période entre la condamnation et la fin de l'exécution de la peine.

Chapitre II. L'absence de prise de position dans les travaux préparatoires

63. La question de l'application du principe de la rétroactivité *in mitius* durant cette période a fait l'objet de sérieux débats lors des travaux préparatoires du Pacte. Il fut d'abord demandé au représentant d'Égypte, dont la proposition d'amendement est à l'origine de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte¹⁴⁰, si cet amendement devait être interprété comme donnant à tout condamné purgeant une peine de prison le droit de faire commuer cette peine si, au bout de quelques années, la loi relative au crime

(136) DOC. A/C.3/SR.1013, § 9.

(137) DOC. A/C.3/SR.1013, § 41 (réponse du représentant du Libéria); v. ég. l'observation de la délégation du Pérou, DOC. A/C.3/SR.1010, § 19.

(138) Comité des droits de l'homme, *MacIsaac c. Canada, o.c.*, § 9.3.

(139) T. OPSAHL et A. DE ZAYAS estiment même que les termes «application d'une peine» («imposition of a [...] penalty») s'interprètent dans le sens où l'on prononce une peine et ne désignent pas le fait que l'on fasse exécuter la peine prononcée (*o.c.*, *Canadian Human Rights Yearbook*, 1983, p. 250).

(140) DOC. E/CN.4/425.

qu'il a commis était adoucie¹⁴¹. Ce à quoi l'auteur de l'amendement répondit par la négative¹⁴².

Malgré cette précision, certains insistèrent pour que l'on n'étende pas la portée de la troisième phrase à cette hypothèse ou proposèrent même de limiter explicitement son champ d'application¹⁴³, estimant donc que la rédaction actuelle de la phrase pouvait sous-entendre une extension du principe à la phase postérieure à la condamnation. Leurs arguments principaux étaient que, d'une part, il fallait en la matière laisser une marge d'appréciation à l'État, l'allègement de la peine après la condamnation ne devant pas être automatique¹⁴⁴, et que, d'autre part, le principe de l'autorité de la chose jugée ne pouvait être remis en question, sous prétexte qu'il devait céder devant celui de la rétroactivité *in mitius*¹⁴⁵. D'autres s'évertuèrent, au contraire, à faire accepter cette hypothèse comme étant incluse dans la troisième phrase ou s'opposèrent aux amendements restreignant la portée de celle-ci¹⁴⁶.

64. En fin de compte, le texte présenté par la Commission des droits de l'homme fut adopté comme tel, toutes les propositions d'amendement ayant pour but de préciser le champ d'application temporel de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte ayant été rejetés, et en particulier la proposition d'amendement visant à insérer les mots «et avant le prononcé

(141) DOC. E/CN.4/SR.159, § 62.

(142) DOC. E/CN.4/SR.159, § 83.

(143) V. not. les observations des représentants de la France (DOC. E/CN.4/SR.159, § 88 et E/CN.4/SR.199, § 153), du Liban (DOC. E/CN.4/SR.199, § 152), des Philippines (DOC. E/CN.4/SR.199, § 154; v. pourtant DOC. A/C.3/SR.1008, § 20), du Danemark (DOC. A/C.3/SR.1013, § 28) et l'amendement proposé par le Royaume-Uni (DOC. A/C.3/L.793 et A/C.3/L.870, oralement modifié lors de la 1013^e séance).

(144) V. not. le point de vue du représentant du Royaume-Uni: DOC. A/2929, § 95, E/CN.4/SR.324, p. 15, A/C.3/SR.1007, § 11, A/C.3/SR.1009, § 11 – dans lequel le représentant concerné compte quelque peu sur le fait que l'administration judiciaire soit consciencieuse... –, A/C.3/SR.1013, §§ 8 et 9, A/4625, § 17.

(145) V. not. les observations des représentants d'Italie (DOC. A/C.3/SR.1008, § 12; A/C.3/SR.1013, § 37), de France (DOC. A/C.3/SR.1008, § 17), d'Haïti (DOC. A/C.3/SR.1011, § 4).

Contra: le représentant d'Irak estime qu'il s'agit d'une exception très justifiable au principe de l'autorité de la chose jugée (DOC. A/C.3/SR.1010, § 15).

(146) V. not. les observations des représentants d'Irak (DOC. A/C.3/SR.1007, § 23 et A/C.3/SR.1010, § 15), d'Inde (DOC. A/C.3/SR.1008, § 6, A/C.3/SR.1011, § 12 et A/C.3/SR.1013, § 12), des Philippines (DOC. A/C.3/SR.1008, § 20 et A/C.3/SR.1012, § 23), de Roumanie (DOC. A/C.3/SR.1010, § 38), de Yougoslavie (DOC. A/C.3/SR.1013, § 13). A noter encore que le représentant du Pérou voulait, quant à lui, résumer la troisième phrase en un seul paragraphe stipulant «[...] que tous les amendements éventuellement apportés à la loi pénale après le prononcé du jugement et avant l'expiration de la peine auraient pour résultat de limiter la peine à celle que prévoit la disposition la plus favorable [...]» (DOC. A/C.3/SR.1010, § 19).

du jugement» après les mots «cette infraction», qui fut rejetée par 34 voix contre 28, avec 18 abstentions¹⁴⁷.

Néanmoins, force est de constater que l'applicabilité de la disposition à la phase succédant à la condamnation ne faisait pas l'unanimité. En témoigne encore la remarque faite, après les votes, par la délégation suédoise: «[...] Bien que l'amendement du Royaume-Uni ait été rejeté, la délégation suédoise persiste à penser que la troisième phrase de l'article 15.1 ne vise que la période antérieure au jugement [...]»¹⁴⁸...

On ne peut, par ailleurs, tirer trop de conclusions du vote contre la proposition d'amendement, les membres de l'assemblée n'ayant probablement pas tous pesé les conséquences de leur vote ou ayant estimé qu'il n'était pas nécessaire d'être davantage précis ni de régler les questions d'interprétation à ce stade¹⁴⁹.

Chapitre III. La position incertaine du Comité

65. Quant au Comité, il a déjà suggéré de manière tout à fait incidente que le principe de la rétroactivité *in mitius* se limitait au stade de la condamnation.

Ainsi, dans l'affaire *Orlando Fals Borda et autres c. Colombie*, le Comité a déclaré irrecevable la communication fondée sur la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte parce qu'il n'était pas prouvé que les faits tombaient sous le champ d'application du nouvel article 125 du Code pénal colombien. À cela, le Comité a ajouté de manière incidente que la nouvelle loi était entrée en vigueur après que les auteurs concernés aient été condamnés et que leur appel ait été rejeté¹⁵⁰.

Le premier argument était suffisant et le Comité aurait pu en rester là. Le Comité a-t-il, dès lors, profité de l'occasion pour faire le point sur la question de l'application temporelle du principe de la rétroactivité *in mitius*? L'enjeu étant de taille, on aurait pu espérer de plus amples développements sur la question... À défaut, on ne peut accorder un poids

(147) DOC. A/C.3/SR.1013, § 45. Parmi les États qui ont voté pour l'amendement, on compte la Belgique.

(148) DOC. A/C.3/SR.1014, § 10.

(149) Dans ce sens, T. OPSAHL et A. DE ZAYAS, *o.c.*, *Canadian Human Rights Yearbook*, 1983, pp. 246 et 247.

(150) Comité des droits de l'homme, *Orlando Fals Borda et autres c. Colombie*, CCPR/C/16/D/46/1979, 27 juill. 1982, § 13.5.



décisif à cette phrase au demeurant incidente et superflue pour le raisonnement du Comité.

Le Comité s'est d'ailleurs déjà prononcé dans le sens contraire. Dans ses recommandations à la République de Trinité-et-Tobago, malgré la déclaration interprétative de l'État membre¹⁵¹, le Comité a souligné que: «[...] In the event of a reclassification of murder being brought into effect for persons tried and convicted thereafter, those already convicted of murder should be entitled to similar reclassification, in accordance with article 15.1 [...]»¹⁵². Pas d'ambiguïté ici, les personnes condamnées dont la peine n'est pas encore exécutée devraient bénéficier du principe de la rétroactivité *in mitius*¹⁵³.

66. Pour conclure, on ne peut pas affirmer que le Comité ait définitivement tranché la question des limites temporelles de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte. Il a, par contre, clairement laissé entrevoir son malaise face à cette problématique, évitant de se prononcer lorsqu'il en avait la possibilité: «[...] if the provision applies only at the time when the offender is sentenced by the court, then it would not be applicable to the present case. [...] If, on the other hand, the provision applies as long as the sentence is not fully served, the situation would be different. When declaring this case [...] admissible, the Committee left this point of interpretation open, because it had to consider the effect of the Act of 1977 on the position of Mr. Isaac [...]»¹⁵⁴.

(151) V. § 69.

(152) Comité des droits de l'homme, observations finales concernant la Trinité-et-Tobago, CCPR/CO/70/TTO, 3 nov. 2000, § 7 (b). Traduction libre: «[...] Dans le cas où une requalification du meurtre entre en vigueur pour les personnes jugées et condamnées par après, les personnes ayant déjà été condamnées pour meurtre devraient se voir appliquer la même requalification, en conformité avec l'article 15.1 [...]».

(153) Toutefois, la prudence est de mise: la recommandation du Comité concerne la possible suppression de la peine de mort en cas de meurtre. S'agissant d'une peine irréversible, incontestablement la plus extrême, on ne peut extrapoler cette déclaration aux peines réversibles comme l'amende, par exemple, bien que la distinction entre peines irréversibles et peines réversibles n'ait jamais été faite par le Comité. Sur cette distinction, v. T. OPSAHL et A. DE ZAYAS, *o.c.*, *Canadian Human Rights Yearbook*, 1983, p. 250, ainsi que M. NOWAK, *o.c.*, 1993, p. 279.

(154) Comité des droits de l'homme, *MacIsaac c. Canada, o.c.*, § 9.3 (traduction libre: «[...] Si la disposition ne s'appliquait qu'au moment où le délinquant est jugé, alors elle ne serait pas applicable au cas d'espèce [...]. Si, par contre, la disposition s'appliquait tant que la condamnation n'est pas entièrement exécutée, la situation serait différente. En déclarant cette affaire [...] recevable, le Comité a laissé cette question d'interprétation sans réponse parce qu'il devait analyser l'effet de l'Act de 1977 sur la position de Mr Isaac [...]»). V. ég. Comité des droits de l'homme, *Van Duzen c. Canada, o.c.*, § 10.

Chapitre IV. Une situation inconfortable pour les États liés par le Pacte

67. Les États disposent certes de toute latitude pour la mise en œuvre du principe de la rétroactivité *in mitius*, l'article 15 ne précisant pas si, le cas échéant, il appartient au pouvoir exécutif, législatif ou encore judiciaire de revoir la peine¹⁵⁵. Mais cette mise en œuvre risque précisément d'être problématique dans la mesure où l'on admet l'application du principe de rétroactivité *in mitius* à la phase d'exécution de la peine.

En effet, on ne peut nier les difficultés d'application du principe de la rétroactivité *in mitius* à cette phase¹⁵⁶. Comment assurer, par exemple, au stade de l'exécution de la peine, le respect de la marge d'appréciation que le législateur octroie au juge, et faudrait-il dès lors procéder à un deuxième jugement¹⁵⁷? D'autres questions se poseraient inévitablement. Les personnes exécutant directement leur peine ne seraient-elles pas lésées par rapport à d'autres s'y refusant en reportant, par exemple, le paiement d'une amende et pouvant, par chance, bénéficier d'une modification législative favorable parce que la peine est encore en cours d'exécution¹⁵⁸? Toutes les peines doivent-elles subir le même sort ou faut-il limiter le principe aux peines dont l'exécution s'étend dans le temps, à l'exclusion, par exemple, des amendes, qui constituent des peines dont l'exécution est, en principe, instantanée¹⁵⁹? Faudrait-il prévoir un dédommagement pour la partie de la peine qui ne devait pas être exécutée?

(155) Comme l'a souligné le représentant des Philippines lors des travaux préparatoires, «[...] même si le texte proposé par la Commission impose que le délinquant bénéficie de la loi plus douce alors même qu'il purge sa peine, il a l'avantage de laisser aux États toute latitude pour appliquer cette obligation [...]» (DOC. A/C.3/SR. 1012, § 23). V. ég. DOC. A/C.3/SR.1008, § 20 et la remarque de la délégation irakienne, DOC. A/C.3/SR.1010, § 15.

(156) Ce que ne manqua pas de relever une représentante du Danemark lors des travaux préparatoires (DOC. A/C.3/SR.1013, § 28).

(157) Comp. la procédure de rétractation prévue par la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, qui permet de considérer des condamnations comme non avenues, alors même qu'elles sont passées en force de chose jugée, dans la mesure où elles sont fondées sur la disposition annulée par la Cour d'arbitrage.

Par ailleurs, l'on pourrait prendre en compte les modifications des lois pénales au stade des mécanismes d'exécution des peines, notamment dans le cadre de la libération conditionnelle, en confiant par exemple cette compétence aux tribunaux d'application des peines – dont la création est rendue possible par l'article 157 de la Constitution –, en prenant toutefois le risque de la sorte dès leur établissement.

(158) T. OPSAHL et A. DE ZAYAS, *o.c.*, *Canadian Human Rights Yearbook*, 1983, p. 250.

(159) Les travaux préparatoires ne donnent aucune indication sur ce point. On ne peut que constater que les rédacteurs avaient généralement la peine d'emprisonnement en tête lors des discussions concernant les limites temporelles du principe de la rétroactivité *in mitius*. On ne peut donc déduire ni exclusion, sur base des débats préparatoires, une quelconque distinction entre les peines dont l'exécution s'étend dans le temps et celles dont l'exécution est en principe instantanée.

Bref, on imagine aisément l'entrave à l'adoption de réformes que constituerait l'extension temporelle du principe de rétroactivité *in mitius*... L'option la plus simple serait sans doute de laisser les États membres entièrement libres de faire rétroagir des dispositions en faveur de personnes en cours d'exécution de leur peine¹⁶⁰.

68. Cependant, ce qui est sûr, c'est qu'en l'état actuel du texte, semblant clair de par la généralité de ses termes¹⁶¹, et après analyse des travaux préparatoires et des déclarations du Comité, on ne peut que spéculer sur les limites temporelles du principe de la rétroactivité *in mitius* exprimé dans la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte¹⁶².

69. En attendant une intervention du Comité, seuls les États ayant émis une réserve ou une déclaration interprétative sous l'article 15.1 du Pacte concernant sa portée temporelle semblent fixés sur les limites de leurs obligations en découlant.

Le Pacte en tant que tel ne prévoit aucune disposition concernant la possibilité d'émettre des réserves. Ceci ne signifie toutefois pas que toute réserve doit être admise. La Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités dispose, en effet, dans son article 19, c) que les réserves, lorsqu'elles ne sont pas limitées explicitement par un traité, ne peuvent être admises que dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec l'objet et le but du traité. Or, dans son observation générale concernant notamment les réserves émises lors de la ratification du ou l'accession au Pacte, le Comité a souligné qu'il n'y avait pas de corrélation automatique entre les réserves aux dispositions indérogeables, dont l'article 15 du Pacte fait partie¹⁶³, et les réserves incompatibles avec l'objet et le but du Pacte, les

(160) Dans le même sens, T. OPSAHL et A. DE ZAYAS, *o.c.*, *Canadian Human Rights Yearbook*, 1983, p. 250.

(161) Dans ce sens, A. HUET, *o.c.*, *La semaine juridique*, 1987, n° 3293.

(162) T. OPSAHL et A. DE ZAYAS proposent de limiter la portée de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte : cette disposition doit, selon eux, couvrir au minimum les affaires en cours, avant que le jugement ne soit prononcé en première instance. En ce qui concerne la période postérieure à ce jugement mais précédant le jugement final après qu'appel ait été interjeté, le débat reste, selon eux, ouvert. Enfin, ils relèvent que les difficultés d'application de la disposition après que le jugement ait été coulé en force de chose jugée seraient considérables, particulièrement lorsque les peines ont déjà été exécutées ou servies, et constitueraient une entrave pour l'adoption de réformes (T. OPSAHL et A. DE ZAYAS, *o.c.*, *Canadian Human Rights Yearbook*, 1983, p. 248). V. aussi, sur les limites possibles du champ d'application temporel du principe de la rétroactivité *in mitius*, M. NOWAK, *o.c.*, 1993, p. 279; S. JOSEPH, J. SCHULTZ et M. CASTAN, *The international Covenant on Civil and Political Rights. Cases, materials and commentary*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 468 et M. CROMHEECKE et F. DHONDT, *in o.c.*, 2004, p. 660.

(163) Art. 4, § 2 du Pacte.

États devant, bien entendu, être en mesure de justifier une réserve à un droit indérogeable; ce qui n'est pas tâche facile¹⁶⁴. Rien n'exclut donc, par principe, la possibilité d'émettre une réserve ou une déclaration interprétative sous l'article 15.1 du Pacte.

L'Italie, qui avait au cours des travaux préparatoires voté pour l'amendement proposé visant à restreindre explicitement la portée de l'article 15.1, troisième phrase du Pacte, a formulé une déclaration interprétative sous celui-ci, position partagée par la République de Trinité-et-Tobago: «Se référant à la dernière phrase du paragraphe premier de l'article 15, 'si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier', la République italienne déclare interpréter cette disposition comme s'appliquant exclusivement aux procédures en cours. De ce fait, une personne qui a été déjà condamnée par une décision définitive ne pourra bénéficier d'une loi, postérieure à cette décision, qui prévoit l'application d'une peine plus légère»¹⁶⁵.

Aucun État n'a émis d'objection par rapport à cette déclaration. Une telle déclaration est-elle conforme aux buts et objets du Pacte? Les travaux préparatoires ont démontré que l'extension de la rétroactivité *in mitius* à la phase postérieure à la condamnation était loin de faire l'unanimité. L'Italie et la République de Trinité-et-Tobago seraient, dès lors, les seuls États signataires du Pacte pour lesquels la portée temporelle de la troisième phrase de l'article 15.1 se limite avec certitude au stade de la condamna-

(164) Observation générale n° 24, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 6, 4 nov. 1994, § 10. V., pour une analyse détaillée de cette observation générale, P.R. GANDHI, *The Human Rights Committee and the Rights of Individual Communication – Law and Practice*, Dartmouth, Ashgate Publishing Ltd, 1998, pp. 357 et s., sp. p. 360. Le Comité a pourtant insisté sur le caractère indérogeable de l'article 15.1 du Pacte lorsqu'il a reproché à l'Allemagne de maintenir sa réserve sous cette disposition (observations finales, CCPR/CO/80/DEU, 4 mai 2004, § 10).

(165) Déclaration émise après la ratification du Pacte par l'Italie (v., à ce sujet, L. LIJNZAAD, *Reservations to UN-Human Rights Treaties, Ratify and Ruin?*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, pp. 213 et 214). La Trinité-et-Tobago partage la position de l'Italie, qu'elle a également exprimée dans une déclaration interprétative après son accession au Pacte. T. OPSAHL et A. DE ZAYAS estiment, pour leur part, que la réserve de l'Allemagne à l'article 15.1, faite après la ratification du Pacte le 17 décembre 1973, vise également la limitation temporelle de la troisième phrase (T. OPSAHL et A. DE ZAYAS, *o.c.*, *Canadian Human Rights Yearbook*, 1983, p. 247). Cette réserve est toutefois formulée de manière vague, stipulant que certaines catégories exceptionnelles d'affaires peuvent rester soumises à l'ancienne loi, et peut vouloir concerner d'autres aspects que l'extension du principe à la phase postérieure à la condamnation (v. note 117). N. BOUZIRI ne semble pas non plus lire dans cette réserve une limitation aux procédures en cours (N. BOUZIRI, *La protection des droits civils et politiques par l'O.N.U. – L'œuvre du Comité des droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 381).

tion. À noter toutefois que, le 28 octobre 2005, le Comité a, dans ses observations finales sur le cinquième rapport de l'Italie, regretté que cet État n'ait pas encore envisagé le retrait de la déclaration interprétative susmentionnée, que le Comité a même qualifiée de réserve¹⁶⁶...

70. Cela étant, rien n'empêche non plus à l'avenir les États membres du Pacte de prendre leurs responsabilités, s'ils désirent effectivement soustraire la phase postérieure à la condamnation de la portée du principe de la rétroactivité *in mitius*, en limitant explicitement le champ d'application temporel de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte, comme cela avait été proposé lors des travaux préparatoires¹⁶⁷.

Conclusions

71. De l'analyse de la troisième phrase de l'article 15.1 du Pacte, il ressort que l'étendue du principe de la rétroactivité *in mitius* est tout sauf certaine, de nombreuses questions n'ayant jamais été abordées au cours des travaux préparatoires.

71.1. Les notions de «loi», d'«infraction» et de «peine» n'ont jamais vraiment fait l'objet de discussions au cours des travaux préparatoires. Et ce n'est pas sur base des quelques décisions du Comité, assez sommaires sur ces points d'interprétation, que l'on pourrait à ce jour cerner des critères précis permettant de déterminer la portée exacte de ces notions. Ce constat ne justifie toutefois pas qu'on les prive de toute portée autonome.

71.2. De même, les rédacteurs du Pacte n'ont pas, à notre connaissance, mesuré les conséquences de l'insertion du mot «application» dans la troisième phrase de l'article 15.1. Cette mention semble n'être que le fruit du hasard. Elle permet cependant de revoir les critères abstraits de comparaison des peines semblant acquis en droit belge. La référence à l'application d'une peine suggérerait, en effet, que les lois et peines concernées ne peuvent être comparées qu'une fois concrétisées. Non seulement cette solution paraît s'aligner sur la lecture de l'article 15.1 du Pacte par le Comité, mais elle nous paraît aussi la plus juste.

Il ne faut d'ailleurs jamais perdre de vue la finalité d'une norme, surtout s'il s'agit d'un principe fondamental de droit. Les rédacteurs du

(166) Observations finales, CCPR/C/ITA/CO/5, 28 oct. 2005, § 6.

(167) La possibilité de porter amendement à une disposition du Pacte est prévue par l'article 51 de ce dernier.

Pacte ont consacré le principe de la rétroactivité *in mitius* pour des raisons d'équité. On s'aveugle pourtant sur des critères théoriques développés pour systématiser l'application de ce principe. Et on finit même par se persuader que ces critères font partie intégrante du principe, au point de les appliquer lorsqu'ils entraînent en réalité une situation moins équitable du point de vue de l'individu concerné, alors qu'il est le sujet principal d'un tel droit fondamental...

72. Mais il y a pire. Il existe, en effet, de véritables zones d'ombre, tant sur le plan matériel qu'au niveau des limites temporelles de la disposition. Elles sont souvent le résultat du rejet, lors de la rédaction du Pacte, d'amendements qui auraient permis de préciser l'étendue de la disposition analysée. Le plus étonnant est de constater que l'on était conscient, semble-t-il, des problématiques en jeu, mais que l'inertie des débats n'a pas pu permettre aux rédacteurs de tomber d'accord sur une formule plus précise.

72.1. Ainsi, la question de la suppression d'infraction a été longuement discutée au cours des travaux préparatoires. Pourtant, il ne fut finalement pas précisé si oui ou non ce cas était couvert par le principe de rétroactivité *in mitius*. L'analyse des arguments des opposants a toutefois révélé que les rédacteurs du Pacte semblaient généralement prêts à accepter le principe de rétroactivité dans la mesure où la suppression d'infraction n'est pas le résultat d'un changement de circonstances ou de l'écoulement d'une période auxquels le législateur a eu la volonté de lier la création de l'incrimination. Cette exception tolérable et même logique à la rétroactivité des suppressions d'infraction ne ressort pourtant pas du texte de l'article 15.1 du Pacte. Il faut donc déplorer l'absence de balise textuelle claire et précise notamment sur ce point. De son côté, le Comité semble inclure la suppression d'infraction dans le champ d'application du principe de rétroactivité *in mitius*.

72.2. En ce qui concerne les limites temporelles du principe, rien ne permet d'affirmer qu'il ne s'applique qu'à la loi en vigueur au moment du jugement, à l'exclusion d'une loi entrant en vigueur par la suite. L'unique limite temporelle certaine semble être, par conséquent, la fin de l'exécution de la peine. En théorie, on ne peut exclure que le principe de la rétroactivité *in mitius* concerne également la phase postérieure à la condamnation, bien que la mise en œuvre d'une telle extension est tout sauf évidente.

73. Les juristes belges, de tradition romano-germanique, restent encore perturbés par de larges énoncés autorisant les juges à participer à l'œuvre législative en adaptant les limites des principes aux cas de figure rencontrés. Il existe un grand risque sur ce point compte tenu de l'absence d'une

véritable juridiction pour le Pacte et de ce que, appliqué directement par les juridictions nationales, le principe théoriquement uniforme dans un traité acquiert des contours à géométrie variable.

A priori, pourtant, la formulation générale d'un principe – en l'occurrence, celui de la rétroactivité *in mitius* – dans un traité international confère à ce principe une primauté importante et de large application dont les États ne peuvent plus disposer ensuite en l'absence d'indication dans ce sens. Une invitation aux États à redoubler de prudence au moment de signer des engagements internationaux qui peuvent parfois s'apparenter, mais seulement après coup, à de véritables révolutions juridiques...

Sarah COISNE,
Assistante (F.U.N.D.P. de Namur,
Académie universitaire «Louvain»),
Membre du Centre Projucit¹⁶⁸

(168) Protection juridique du citoyen, centre de recherche fondamentale : www.projucit.be.

