

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La Cour d'arbitrage et l'article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme

Nihoul, Marc

Published in:
Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken

Publication date:
2005

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Nihoul, M 2005, 'La Cour d'arbitrage et l'article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme: note sous C.A., n° 14/2005, 19 janvier 2005', *Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken*, pp. 163-170.

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.

Note : La Cour d'arbitrage et l'article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme

Introduction

I. La Cour d'arbitrage nous avait habitués, par sa jurisprudence, à une interprétation stricte de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Un peu plus d'une dizaine d'arrêts en un peu plus de dix ans y font directement référence, comme en témoigne la table des normes de référence figurant sur le site de la Cour et complétée grâce, notamment, au moteur de recherche également présent sur celui-ci.

Pour mémoire, l'article 7.1 de la Convention proclame, sous le titre « *Pas de peine sans loi* », que « *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise* ».

Fort logiquement, la Cour d'arbitrage y a décelé deux principes : celui de la légalité des infractions et des peines de même que celui, directement lié au premier, de la non

rétroactivité d'une peine plus sévère.

Plus récemment, dans un arrêt n° 14/2005 du 19 janvier 2005¹, la Cour a cru trouver un troisième principe dans l'article 7.1 de la Convention européenne : celui de l'application rétroactive d'une peine plus légère. Qu'en est-il au juste ? Tel est le point précis abordé dans la présente note, non sans retracer l'importance croissante de la disposition internationale dans la jurisprudence de la cour constitutionnelle.

I. Le principe de non-rétroactivité

2. C'est le principe de la non-rétroactivité du droit pénal qui, le premier, a trouvé grâce aux yeux de la Cour d'arbitrage, ou plutôt à ceux de ses requérants. L'article 7 de la Convention « interdit la rétroactivité de la loi pénale », commence laconiquement la Cour dans un arrêt n° 82/93 du 1^{er} décembre 1993², sans atteindre encore le paroxysme de la sobriété comme, par exemple, dans son arrêt n° 46/96³.

Cette jurisprudence tranche étonnement avec l'arrêt commenté dans lequel, subitement, la cour constitutionnelle semble plus loquace et élargit de manière considérable la portée d'une disposition pourtant inchangée. A

¹ Les arrêts de la Cour d'arbitrage peuvent être consultés sur le site www.arbitrage.be. A propos de l'arrêt n° 14/2005, v. également la note de S. Lust publiée ci-dessus, dans le même numéro, pp. 151 à 162. Par effet de l'annulation prononcée dans cet arrêt, des questions préjudicielles ont, depuis lors, été déclarées sans objet : C.A., n° 46/2005, 1^{er} mars 2005, B. 12 et B. 13 sans aucune référence à l'article 7.1 de la Convention européenne mais sous l'angle du principe de légalité ou des articles 12 et 14 de la Constitution exclusivement.

² C.A., n° 82/93, 1^{er} décembre 1993, *Rec.*, 1993, p. 943 ; *P&B*, 1994, p. 12 ; *T.B.P.*, 1994, p. 362 (reflet), B.6.5 à propos d'une nouvelle amende civile de type procédural. Sans plus de commentaire : C.A., n° 17/2000, 17 février 2000, *Rec.*, 2000, p. 179, B. 21.1 et 2 et le principe de la non-rétroactivité suggéré par les requérants concernant une nouvelle amende.

³ C.A., 46/96, 12 juillet 1996, *Rec.*, 1996, p. 597 ; *J.L.M.B.*, 1996, p. 1272 ; *R.W.*, 1996-97, p. 955 et note ; *T.B.P.*, 1996, p. 765 (reflet) ; *Dr. Circ.*, 1996, n° 96/123, p. 295 en matière de prescription dans laquelle la Cour tire argument de l'application immédiate d'un nouveau délai de prescription plus long aux actions publiques non prescrites au moment où la loi entre en vigueur pour traduire le grief des requérants comme portant sur l'absence de régime transitoire dans la loi nouvelle, déjouant ainsi les attentes suscitées par la loi ancienne : « En ne prévoyant pas de mesure transitoire, le législateur n'a violé les articles 10 et 11 de la Constitution, ni lus isolément, ni combinés avec l'article 2 du Code pénal ou les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme » (B.7). La Cour d'arbitrage cantonne ainsi le « souci » du législateur manifesté à l'article 2 du Code pénal à l'hypothèse « à certains égards analogue » d'une nouvelle peine. Car « alors que l'insécurité juridique résultant de l'introduction de peines qui n'étaient pas prévues au moment où l'infraction a été commise n'est pas susceptible de justification, il en va autrement de l'insécurité qui tient à ce qu'une infraction, déjà punissable au moment où elle est commise, peut encore être punie des mêmes peines après l'expiration du délai escompté » (B.6). Rapp. C.A. n° 46 et 50/2005, 1^{er} mars 2005, B.3.1. et B.6 mais sans référence à l'article 7 de la Convention.

De même : C.A., n° 99/2003, 2 juillet 2003, *Rec.*, 2003, p. 1219 ; *D.C.J.*, 2003, n° 109, p. 261 (dispositif) en matière de responsabilité pénale des personnes morales : « L'article 5, alinéa 2, du Code pénal ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en tant qu'il ne s'applique pas aux faits commis avant son entrée en vigueur » dans l'interprétation donnée par la Cour de cassation à cette disposition (comp. C.A., n° 42/2003, 9 avril 2003, *Rec.*, 2003, p. 539 ; *J.D.S.C.*, 2003, p. 295 ; *R.W.*, 2003-04, p. 533, note ; *T. Sraff.*, 2003, p. 291, avec une solution identique dans la même matière, mais sans référence

l'estime de la Cour, en effet, « L'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme a, selon la jurisprudence, une portée identique (Cour européenne des droits de l'homme, *G. c. France*, 27 septembre 1995, *Série A*, n° 325B) » à celle de l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, lequel dispose que « si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier ». Selon la Cour, « Ces dispositions conventionnelles ont pour effet que le prévenu peut 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 »⁴.

3. On ne peut manquer de constater que cette interprétation s'écarte du texte même de l'article 7 de la Convention⁵ comme de la jurisprudence classique de la Cour d'arbitrage en matière de responsabilité pénale des personnes morales⁶ notamment. N'est-ce d'ailleurs pas au texte de l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques que la Cour d'arbitrage est obligée de recourir pour énoncer son point de vue ?

Quant à l'article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, il interdit uniquement le comportement d'infliger une peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

La Cour de cassation, de son côté, s'est d'ailleurs ralliée à cette interprétation stricte de l'article 7 de la Convention⁷ qui, si elle n'a pas été retenue par la Cour d'arbitrage, porte cependant sur la norme de référence et non sur la norme contrôlée, laissant ainsi la Cour d'arbitrage davantage libre de choisir son interprétation.

4. Il y a plus. Pour consacrer cette interprétation, la Cour d'arbitrage se réfère à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dont la lecture par la Cour appelle de

sérieuses réserves. Dans l'arrêt en question, la Cour européenne indique en effet que

« 24. D'après la jurisprudence de la Cour, l'article 7 par. 1 (art. 7-1) de la Convention consacre, de manière générale, le principe de la légalité des délits et des peines et prohibe, en particulier, l'application rétroactive de la loi pénale lorsqu'elle s'opère au détriment de l'accusé (arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, *série A* n° 260-A, p. 22, par. 52).

25. En l'occurrence, la Cour considère avec la Commission que les faits reprochés au requérant entraînent dans le champ d'application des articles 332 et 333 anciens du code pénal, lesquels satisfaisaient aux exigences de prévisibilité et d'accessibilité (voir, mutatis mutandis, les arrêts *Müller et autres c. Suisse* du 24 mai 1988, *série A* n° 133, p. 20, par. 29, et *Salabiaku c. France* du 7 octobre 1988, *série A* n° 141-A, pp. 16-17, par. 29). En effet, il existait une jurisprudence constante de la Cour de cassation, publiée donc accessible, quant aux notions de violence et d'abus d'autorité. Au sujet du concept de violence, la loi nouvelle, aux articles 332 et 333 nouveaux du code pénal, a simplement entériné la jurisprudence.

26. La Cour constate que les faits reprochés au requérant tombent aussi sous le coup de la loi nouvelle. Partant du principe de l'application de la loi plus douce tant pour l'incrimination que pour la répression, les juridictions nationales ont appliqué dans le domaine de la répression l'article 333 nouveau du code pénal, qui correctionnalise l'infraction reprochée à M. G., autrefois de nature criminelle (paragraphes 13 et 14 ci-dessus). Son application, certes rétroactive, a donc été favorable au requérant.

27. En conclusion, il n'y a pas eu violation de

l'article 7 par. 1 (art. 7-1) de la Convention ».

Certes, dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme fait référence au principe de la légalité « de manière générale », dont découle *notamment* (en particulier) l'interdiction d'une rétroactivité défavorable à l'accusé. La Cour n'écrit cependant nulle part que la rétroactivité de la loi plus favorable découlerait aussi de l'article 7. Tel est en revanche le cas des principes de prévisibilité et d'accessibilité du droit pénal qui expliquent sans doute la généralité du principe affirmée au paragraphe 24.

En outre, ce n'est pas la Cour qui, en l'espèce, part du principe de l'application de la loi plus douce tant pour l'incrimination que pour la répression, mais bien les juridictions nationales concernées.

La seule conclusion que l'on puisse tirer de cet arrêt est donc que l'article 7 de la convention n'exclut pas une application rétroactive de la loi pénale lorsque celle-ci est favorable à l'accusé ; non que l'article 7, à l'instar de l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, commanderait l'application rétroactive de la loi pénale la plus douce⁸ !

Cette conclusion est d'autant plus évidente que, dans le paragraphe 22 de l'arrêt, la Cour résume clairement l'explication du Gouvernement concerné pourquoi le condamné a bénéficié des dispositions plus douces tant de la loi nouvelle que de la loi ancienne :

« les juridictions pénales saisies de l'affaire ont mis en oeuvre le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce (*in mitius*), que ne consacre pas l'article 7 (art. 7) de la Convention mais que garantit l'article 15 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, ainsi libellé : « Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier. » Dans une décision des 19 et 20 janvier 1981 (décision 80-127

DC, Rec. 15), le Conseil constitutionnel a précisé le fondement dudit principe en s'appuyant sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires » ; il a considéré que « le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires »⁹.

5. Il y a pire. Dans son arrêt n° 14/2005, la Cour d'arbitrage ne se limite pas à travestir la jurisprudence de la Cour européenne, certes en devançant probablement celle-ci dans sa conquête de nouveaux espaces favorables à l'épanouissement des droits fondamentaux de la convention ; la Cour d'arbitrage tronque également le sens de l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dont le texte ne conditionne absolument pas la portée à un changement de conception du législateur en ce qui concerne le caractère punissable du fait¹⁰. Sur ce point, il faut cependant reconnaître que la Cour d'arbitrage rejoint cette fois l'opinion de la Cour de cassation¹¹.

Pour mémoire, pourtant, l'article 15.1 dudit Pacte stipule expressément que « *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* »¹².

au droit international). Sur ces deux arrêts, v. M. NIHOUL, « Le champ d'application », in M. NIHOUL (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Actes de colloque (série Projucit), Bruges, La Chartre, 2005, pp. 67 à 68, n° 38 à 40.

⁴ C.A., n° 14/2005, 19 janvier 2005, B.14.

⁵ Sur ce point, v. M. NIHOUL *in o.c.*, 2005, p. 62, n° 33.

⁶ V. en effet C.A., n° 99/2003, 2 juillet 2003, précité (et comp. C.A., n° 42/2003, 9 avril 2003, précité, avec une solution identique mais sans référence au droit international) s'agissant d'une cause exclusive de peine, comme suggéré sans conviction dans l'arrêt commenté, « à supposer qu'il puisse être question d'une cause d'excuse absolutive » (C.A., n° 14/2005, 19 janvier 2005, B.13).

⁷ V. M. NIHOUL, *in o.c.*, 2005, p. 62, n° 33 et 34 et sp. note 101 ; Cass., 11 décembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 547 (sommaire) (absent du rapport de la Cour de cassation 2002-03). A noter que dans son arrêt du 26 février 2002, la Cour de cassation avait également fait l'amalgame entre les deux dispositions intentionnelles (Par., 2002, I, p. 543, avec concl. av. gén. DE SWAEE ; R.D.P.C., 2003, p. 1065 ; *A.J.T.*, 2001-02, p. 1005, note H. VAN BAVEL, « Nogmaals over de toepassing in de tijd van artikel 5 lid 2 van het strafwetboek » et *R.W.*, 2002-03, p. 134 avec concl. ; *www.cass.be* (rapport de la Cour de cassation 2001-02)).

⁸ Dans le même sens : M. CROMBECKE et F. DHONDT, « Artikel 7 – Geen straf zonder wet », in J. VANDE LANOTTE et Y. HAECCK (eds.), *Handboek EVRM, deel 2: artikelgewijze commentaar*, vol. I, Anvers, Intersentia, 2004, p. 659. Ecrire que la jurisprudence de la Cour européenne « accepte » également le principe de l'application immédiate de la peine plus légère paraît donc excessif. Dans ce sens pourtant : P. WAETERINCKX, « De cumulatieve van strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon met die van de natuurlijke persoon », *R.W.*, 2000-01, p. 1226, note 97.

⁹ Nous soulignons par l'usage d'italiques dans le texte.

¹⁰ V. sur ce point M. NIHOUL, *in o.c.*, 2005, n° 35, pp. 63 et 64 et note 103. A noter que l'absence d'une juridiction internationale destinée à assurer le respect du Pacte impose (pourtant) d'autant plus de circonspection dans l'interprétation de ses dispositions.

¹¹ V. en matière de responsabilité pénale des personnes morales Cass., 26 février 2002, précité ; Cass., 5 mars 2002, *Par.*, 2002, I, p. 642 et *R.W.*, 2003-04, p. 536, note P. CABOOR et P. WAETERINCKX, « De strafuitsluitende verschoningsgrond van art. 5, tweede lid Sw., ook het internationaal recht sluit de discussie » (absent du rapport 2001-02 de la Cour) ; Cass., 11 décembre 2002, précité.

En présence d'un texte aussi clair, conditionner la portée rétroactive d'une peine plus légère à un changement de conception du législateur en ce qui concerne le caractère punissable du fait revient à ajouter au texte et donc à s'approprier une norme du droit international en l'assimilant, en réalité, à l'interprétation d'une disposition de droit interne (l'article 2, alinéa 2 du Code pénal, en l'occurrence, auquel une loi peut déroger¹³), sans tenir compte de sa position supérieure dans la hiérarchie des normes et de l'impossibilité pour le législateur, dès lors, d'y déroger¹⁴.

La lecture des considérants B.13 et B.14 de l'arrêt commenté sont particulièrement limpides sur ce point. La Cour part du texte de l'article 2, alinéa 2 du Code pénal en exposant, conformément à la jurisprudence classique de la Cour de cassation belge dans la matière, que la règle de l'application de la peine la moins forte au temps du jugement est également applicable lorsqu'une nouvelle loi ne réprime plus l'infraction commise pour autant que cette loi n'ait pas incontestablement prévu la non-application de la « cause d'excuse absolutoire »¹⁵ aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne (B.13). Après avoir énoncé l'article 15.1 du Pacte inter-

national et soutenu, comme on l'a vu, une portée identique s'agissant de l'article 7 de la Convention européenne, la Cour d'arbitrage transpose alors purement et simplement la conception belge du principe de légalité aux deux dispositions conventionnelles internationales qui auraient ainsi pour effet, selon elle, « que le prévenu peut 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 » (B.14).

6. A noter, certes, qu'une discussion est née sur la portée de l'article 15.1 du Pacte international, au regard des travaux préparatoires du Pacte et d'amendements qui n'auraient pas été adoptés à l'époque. Selon l'avocat général DE SWAEF - sur ce point quasi seul contre tous les auteurs -, cette portée serait limitée, en ce qui concerne l'effet rétroactif de la loi pénale la plus douce, aux modifications de la mesure de la peine, à l'exclusion du caractère punissable d'une infraction, auquel cas un changement de conception du législateur serait requis¹⁶.

Une telle interprétation ne s'inscrit toutefois pas du

tout dans l'air du temps. On se référera à cet égard à un article récent de D. ROETS qui conclut, certes à partir de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, qu'il « ne fait aucun doute (...) que, d'une manière générale, la Convention européenne bouscule notre conception traditionnelle des règles relatives à l'application de la « loi pénale » dans le temps »¹⁷. Est précisément visée, en l'occurrence, l'interprétation extensive du mot peine contenu dans l'article 7 de la convention ... uniquement sur base du texte de la convention ... A l'instar des notions de « droits et obligations de caractère civil » et d' « accusation en matière pénale », en effet, la notion de « peine » possède une « portée autonome », selon la Cour européenne, et « pour rendre efficace la protection offerte par cette disposition, (celle-ci) doit demeurer libre d'aller au-delà des apparences et apprécier (...) si une mesure particulière s'analyse au fond comme une « peine » au sens de cette clause. Le libellé de l'article 7 par. 1 (art. 7-1), seconde phrase, indique que la base de toute appréciation de l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une « infraction ». D'autres éléments peuvent être estimés pertinents à cet égard : la qualification de la mesure en droit interne, sa nature et son but, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité »¹⁸.

En outre, et s'agissant bien du Pacte international relatif aux droits civils et politiques cette fois, le Comité des droits de l'homme a d'ores et déjà annoncé une

couleur se déclinant sur les mêmes tons que ceux choisis par la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier dans une communication déjà ancienne, du 7 avril 1982, à propos de l'application de la règle de la rétroactivité de la peine plus légère dans le cadre de l'exécution d'une peine au Canada¹⁹. Selon le Comité, l'interprétation et l'application du Pacte doivent être fondées sur le principe que les termes du Pacte sont indépendants des ordres juridiques nationaux et des dictionnaires. Bien qu'ils dérivent de longues traditions issues de nombreuses nations, le comité doit aujourd'hui les aborder comme ayant une signification autonome. Tel est le cas, en particulier, du mot peine dont la signification en droit canadien n'est pas décisive. « Whether the word « penalty » in article 15 (1) should be interpreted narrowly or widely, and whether it applies to different kinds of penalties, « criminal » and « administrative », under the Covenant, must depend on other factors. Apart from the text of article 15 (1), regard must be had, inter alia, to its object and purpose »²⁰ (10.2).

7. En somme, et contrairement aux apparences, la Cour d'arbitrage n'a pas augmenté la protection du droit pénal favorable par son arrêt n° 14/2005 dans lequel la Cour semble pourtant prôner une interprétation large de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais en se fondant à tort sur l'arrêt *G. c. France* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme. A l'inverse, la cour constitutionnelle a pris le risque de

note sous Cass., 30 avril 2002, *R.W.*, 2002-03, pp. 748 et 749 ; L. FESTAETS, « De retroactieve toepassing van art. 5, tweede lid, Sw. », note sous Anvers, 13 septembre 2001, *R.W.*, 2001-02, p. 1620, n° 8, critiquant sur ce point l'arrêt commenté ; Anvers, 22 juin 2000, *A.J.T.*, 2000-01, p. 328 ; F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 6^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 227 et note 466.

Pro : M. DE SWAEF, concl. conf. préc. Cass., 26 février 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 543 et *R.W.*, 2002-03, p. 135 ; P. WAETERINCKX, « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon, een kritische analyse van enkele *capita selecta* uit de eerste rechtspraak », in *Strafrecht van nu en straks*, Brugge, die keure, 2003, pp. 233 à 235 (v. pourtant *o.c.*, *R.W.*, 2000-01, pp. 1228 et 1229) ; P. CABOOR et P. WAETERINCKX, « De strafuitsluitende verschoningsgrond van art. 5, tweede lid Sw., ook het internationaal recht sluit de discussie », note sous Cass., 5 mars 2002, *R.W.*, 2003-04, pp. 537 à 539 ; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocecht & internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, pp. 101 et 133 et sp. p. 111.

¹⁷ D. ROETS, « L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 2004, pp. 199 à 1994, ici p. 1994.

¹⁸ C.E.D.H., arrêt *Jamil c. France*, 8 juin 1995, req. 15917/89, §§ 30 et 31, en l'occurrence concernant la contrainte par corps assimilée à une peine - à caractère punitif - contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation française ; dans le même sens C.E.D.H., arrêt *Welch c. Royaume-Uni*, 9 février 1995, req. 17440/90, §§ 27 et 28, s'agissant d'une ordonnance de confiscation et compte tenu de la combinaison d'éléments répressifs analysés, emportant un préjudice plus grand.

¹⁹ Une sorte de suris. Malheureusement pour la science du droit, le comité a estimé que pour des raisons liées aux faits de l'espèce, l'intéressé ayant obtenu gain de cause, « it is not necessary for the purposes of the present case to go further into the very complex issues raised concerning the interpretation and application of article 15 (1) » (Comité des droits de l'homme, *Van Duzen c. Canada*, communication n° 50/1979, 7 avril 1982, www.unhcr.ch (31 janvier 2005), CCPR/C/15/D/50/1979, § 10.3).

²⁰ *Ibid.*, point 10.2.

¹² Nous soulignons dans le texte. A noter que dans certains codes et ouvrages, la deuxième phrase est purement et simplement omise du texte de la disposition.

¹³ A condition encore de justifier un tel écart par rapport au droit pénal général considéré comme le « droit commun » en la matière, et ce au regard des principes d'égalité et de non-discrimination et des articles 12 et 14, alinéa 2 de la Constitution.

¹⁴ Dans le même sens, à propos de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité pénale des personnes morales, v. F. DERUYCK et B. SPRIET, « De (niet-)retroactiviteit van de decumulbepaling van artikel 5, lid. 2, van het strafwetboek : een gesloten discussie ? », note sous Cass., 3 octobre 2000, *T. Straffr.*, 2000, pp. 268 et 269 ; H. VAN BAVEL, « Over de toepassing in de tijd van artikel 5 lid 2 van het strafwetboek », note sous Cass., 3 octobre 2000, *A.J.T.*, 2000-01, pp. 495 à 497 et *o.c.*, *A.J.T.*, 2001-02, pp. 1006 et 1007 ; P. WAETERINCKX, *o.c.*, *R.W.*, 2000-01, pp. 1228 et 1229 ; L. MONSIEZ, « De cumulatie van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen met die van natuurlijke personen : het hof van cassatie lijkt een strikte interpretatie voor te staan », note sous Cass., 3 octobre 2000, *D.A.O.R.*, 2001, p. 262 ; 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 ; M. NIHOUL, *in o.c.*, 2005, n° 35, pp. 63 et 64.

¹⁵ A supposer qu'il puisse être question d'une cause d'excuse absolutoire, précise la Cour.

¹⁶ *Contra*, outre les auteurs déjà cités : C.J. VANHOUDT et W. CALEWAERT, *Belgisch Strafrecht*, Gand, E. Story-Scientia, 1976, n° 150 et 151 ; A. DE NAUW, « De gelding in de tijd van de wet betreffende het verstrekken van sterke drank », note sous Cass., 11 février 1986, *R.W.*, 1986-87, col. 1086 à 1090 ; L. DUPONT et R. VERTSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Louvain, Acco, 1989-90, p. 132 ; B. SPRIET, « Het strafrechtelijk retroactiviteitsbeginsel toegepast op een gunstige wijziging van de uitvoeringsreglementering », in *Om deze redenen. Liber amicorum Armand Vandeplass*, Gand, Mys & Breesch, 1994, pp. 372 à 377, p. n° 29 et 31 et « Retroactiviteit van het strafrecht », in *Retrospectieve van rechtsregels*, Jura Falconis libri (red.), 1998, pp. 158 à 160 et « (De) cummul van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersoon en natuurlijke persoon - Retroactiviteit van de decumulbepaling voor de natuurlijke persoon », note sous Gand, 14 janvier 2000, *T. Straffr.*, 2000, n° 4, p. 225 ; E. VAN MUYLEM, « Gunstige wijziging van het verkeersreglement - Toepassing van het retroactiviteitsbeginsel », note sous Cass., 21 février 1995, *A.J.T.*, 1995-96, p. 142, n° 6 et note 16 ainsi que « Conflict van strafwetten in de tijd », *A.J.T.*, 1998-99, pp. 527 et 528 et note 107 ; O. VANDEMEULEBROEKE, « Propos sur la rétroactivité des incriminations pénales (art. 2, al. 2 du Code pénal) », in *Liber amicorum José Vanderveeren*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 157 et 158, n° 46 ; P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd. Vaststelling en beoordeling van temporele functies*, A.P.R., Anvers, E. Story-Scientia, 1999, n° 203, pp. 128 et 129 et

diminuer considérablement cette protection en prônant une interprétation restrictive de l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. On retiendra surtout qu'à l'heure actuelle, les deux dispositions internationales ont chacune une portée très différente qu'il ne saurait s'agir, pour une juridiction nationale, ni d'augmenter ni de réduire ... ni d'assimiler.

II. Le principe de légalité au sens strict

8. Concernant le principe de légalité au sens strict, la Cour d'arbitrage a commencé par indiquer, dans un arrêt n° 128/2002 rendu le 10 juillet 2002 en matière de responsabilité pénale des personnes morales, que « Le principe de légalité en matière pénale est garanti par les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution, ainsi que par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme »²¹. Plus explicite dans un arrêt n° 69/2003 du 14 mai 2003, la Cour utilise une formule qui, comme souvent, reviendra de manière récurrente dans sa jurisprudence : « Le principe de légalité en matière pénale, garanti par les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution ainsi que par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, procède notamment de l'idée que

la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable »²².

Dans un arrêt n° 9/2004 du 21 janvier 2004, la Cour revient à une formule plus vague selon laquelle l'article 7 de la Convention européenne « consacre le principe selon lequel nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui ne constitue pas une infraction (...) »²³, probablement parce qu'elle n'apercevait pas comment une éventuelle violation de la disposition pourrait être alléguée en l'espèce.

Dans ses arrêts ultérieurs, la Cour revient en effet à sa formule choc : « Les articles 12 et 14 de la Constitution, l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques garantissent le droit au respect du principe de légalité en matière répressive »²⁴. Et surtout, comme dans l'arrêt commenté, « Il découle des articles 12 et 14 de la Constitution, ainsi que de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, que la loi pénale peut certes présenter une certaine souplesse afin de tenir compte de l'évolution des circonstances, mais qu'elle doit néanmoins être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable »²⁵. Il s'agit

des « exigences particulières de précision, de clarté et de prévisibilité »²⁶ des lois en matière pénale, également tirées des dispositions constitutionnelles elles-mêmes, sans que l'on puisse oublier celle de l'accessibilité²⁷.

Il faut rappeler, à cet égard, que les articles 12, alinéa 2 et 14 de la Constitution devraient conduire la Cour d'arbitrage à plus d'exigence en droit belge que ce que prescrit l'article 7 de la Convention concernant la séparation des pouvoirs ou les délégations de pouvoirs, c'est-à-dire la marge d'appréciation laissée au juge dans sa fonction de juger et la marge de manœuvre laissée au pouvoir exécutif dans sa fonction d'exécuter²⁸. Ces dispositions garantissent en effet à tout citoyen « qu'aucun comportement ne sera punissable et qu'aucune peine ne sera infligée qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue »²⁹.

Conclusion

9. La Cour d'arbitrage donne parfois l'impression d'être trop fidèle à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans son interprétation des dispositions constitutionnelles. Le principe de légalité en ma-

tière pénale lui donne l'occasion d'être, avec raison, plus exigeante à l'égard du législateur. Et point n'est besoin d'exagérer la portée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour ce faire. L'arrêt n° 14/2005 du 19 janvier 2005 est, à cet égard, tout à fait surprenant. Car le texte de l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques suffisait à la Cour pour arriver au même résultat. A condition, bien entendu, de ne pas limiter indûment la portée du principe que cette disposition internationale consacre - celui de l'effet rétroactif de la loi pénale la plus douce - aux modifications de la mesure de la peine et de requérir un changement de conception du législateur lorsque le caractère punissable d'une infraction est en jeu.

Pour mémoire, la partie requérante reprochait à la législation flamande qu'un comportement punissable au moment où un ordre de cessation a été prononcé et au moment où une personne lésée s'est constituée partie civile - à savoir la persistance d'infractions urbanistiques - ne soit plus jugé punissable au cours de l'action publique et qu'en conséquence, le juge pénal ne soit plus compétent pour se prononcer sur la réparation du dommage causé par l'infraction.

De la réponse de la Cour d'arbitrage, on peut comprendre, implicitement, que le changement de concep-

personnes morales : « ... et, le cas échéant, de connaître la peine encourue » ; C.A., n° 157/2004, 6 octobre 2004, *Journ. proc.*, 2004, n° 489, p. 21, B.33 concernant la loi tendant à lutter contre la discrimination et avec, en plus de la formule courte : « Il exige que le législateur indique, en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, quels faits sont sanctionnés, afin, d'une part, que celui qui commet les faits puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence pénale de ses actes et afin, d'autre part, que ne soit au juge un trop grand pouvoir d'appréciation ».

Sur l'arrêt n° 157/2004, v. P. JOSSART, « La loi anti-discrimination et l'arrêt de la Cour d'arbitrage. Une victoire pour le Vlaams Blok ? », *Journ. proc.*, 2004, n° 493, pp. 8 à 11 ; F. ANG, « De (on)veringbaarheid van de anti-discriminatiewet met de Grondwet », *TvMR*, 2004, n° 4, pp. 14 à 16. Sur l'arrêt n° 158/2004, v. C. GUILLAN, « La loi sur les stupéfiants à l'aune du principe de légalité des incriminations et des peines », *J.T.*, 2005, pp. 63 à 65, sp. n° 4.

²⁶ Tous précités : C.A., n° 128/2003, 10 juillet 2002, B.6.2 ; C.A., n° 157/2004, 6 octobre 2004, B.33 ; C.A., n° 158/2004, 20 octobre 2004, B.5.3 ; C.A., n° 136/2004, 22 juillet 2004, B.6.2 ; C.A., n° 14/2005, 19 janvier 2005, B.38. Rem. C.A., n° 24/2005, 26 janvier 2005, B.6 : la Cour ne vise pas le respect de l'exigence d'accessibilité, comme annoncé dans la présentation de la première question préjudicielle, alors que l'affaire concerne précisément l'hypothèse de l'abrogation implicite d'un mécanisme d'imputation légale !

²⁷ Comp. le commentaire général n° 29 du 31 août 2001 émanant du Comité des droits de l'homme et résumant de la sorte le principe de légalité consacré à l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « the principle of legality in the field of criminal law, i.e. the requirement of both criminal liability and punishment being limited to clear and precise provisions in the law that was in place and applicable at the time the act or omission took place, except in cases where a later law imposes a lighter penalty » (www.unhcr.ch (31 janvier 2005), CCP/CR/21/Rev.1/Add.11, § 7).

²⁸ V. sur ce point M. NIHOUL, *o.c.*, *J.T.*, 2004, p. 6, n° 9 ; « Contre l'abrogation implicite en matière de responsabilité pénale des personnes morales au nom de la sécurité juridique » *C.D.P.K.*, 2004, p. 59 et note 27 ; *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2004, p. 380, n° 2 et p. 383, n° 8.

²⁹ Tous précités : C.A., n° 128/2003, 10 juillet 2002, B.6.2 ; C.A., n° 136/2004, 22 juillet 2004, B.6.2 ; C.A., n° 157/2004, 6 octobre 2004, B.33 ; C.A., n° 158/2004, 20 octobre 2004, B.5.3 ; C.A., n° 14/2005, 19 janvier 2005, B.38. Rapp. C.A., n° 202/2004, 21 décembre 2004, B.4.2 et B.6.2 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête. *Addé* C.A., n° 27/2005, 2 février 2005, B.3.

²¹ C.A., n° 128/2002, 10 juillet 2002, *Rec.*, 2002, p. 1561 ; *A.P.M.*, 2002 (abr.), p. 151 ; *R.W.*, 2002-03, p. 857 ; *R.D.P.C.*, 2003, p. 887 (extrait) ; *J.L.M.B.*, 2003, p. 54 ; *R.D.P.C.*, 2003, p. 887 (extrait), B.3.2. A la différence des droits de la défense consacrés à l'article 6 de la même Convention, il semble que le principe de légalité de l'article 7 ne soit pas garanti par un principe général de droit. Sur cet arrêt, v. M.-A. DELVAUX, « L'éventuelle inconstitutionnalité de la loi du 4 mai 1999 » (obs.), *J.D.S.C.*, 2003, p. 267 ; M. NIHOUL, « L'immunité pénale des collectivités publiques est-elle constitutionnellement correcte ? », *R.D.P.C.*, 2003, pp. 799 à 839 et du même auteur *in o.c.*, 2005, n° 7 à 10, pp. 26 à 31 ainsi que, pour faire court, les références citées notes 15 et 17.

²² C.A., n° 69/2003, 14 mai 2003, *Rec.*, 2003, p. 873 ; *J.L.M.B.*, 2003, p. 1076 ; *Journ. proc.*, 2003, n° 461, pp. 26 et s. sous le titre « De l'égalité à la légalité » ; *J.T.*, 2004, p. 15 ; *T.B.P.*, 2004, p. 371, B.9.3. Sur cet arrêt, v. M. NIHOUL, « A propos de la précision requise pour définir une infraction en vertu du principe de légalité ou de prévisibilité du droit pénal », *J.T.*, 2004, pp. 2 à 6 ; P. TOUSSAINT, « La Cour d'arbitrage et les écoutes téléphoniques », *Journ. proc.*, 2003, n° 461, p. 31 ; P. VANDEN HEEDÉ, note, *R.W.*, 2003-04, p. 1098.

²³ C.A., n° 9/2004, 21 janvier 2004, *Rec.*, 2004, p. 169, B.12.

²⁴ C.A., n° 136/2004, 22 juillet 2004, *Rec.*, 2004, p. 1513 ; *T.M.R.*, 2004, p. 545 ; *NjW*, 2004, p. 1274 et note S.L., B.5.5 en matière d'urbanisme. Sur cet arrêt, v. D. VAN HEUVEN et J. BELEVEN, « Verjaring van de stedenbouwmisdrijven. Problemen na het arrest nr. 2004/136 van 22 juli 2004 van het Arbitragehof », *NjW*, 2004, pp. 1271 à 1273 ; J. GHYSSELS, « Verjaren stedenbouwmisdrijven nog nà het arrest nr. 136/2004 van het arbitragehof ? », *C.D.P.K.*, 2004, pp. 384 à 391 ; S. LUST, « Het handhavingsdecreet terug naar af », *T.R.O.S.*, à paraître ; M. NIHOUL, « L'irrésistible ascension du principe de légalité ou de prévisibilité du droit pénal. Acte II en matière administrative », *C.D.P.K.*, 2004, pp. 378 à 383 ; I. VAN GIEL, « Eerste arrest van het Arbitragehof over de ongrondwettigheden in het verjaringsdecreet ruimtelijke ordening » *R.W.*, 2004-05, pp. 583 à 588.

²⁵ C.A., n° 136/2004, 22 juillet 2004, précité, B.6.3 ; C.A., n° 14/2005, 19 janvier 2005, B.39 en matière de réparation administrative. V. aussi C.A., n° 158/2004, 20 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1773 ; *Journ. proc.*, 2004, n° 490, p. 26 ; *R.W.*, 2004-05, p. 699 et note ; *NjW*, 2004, p. 1314, note J.D., B.5.4 en matière d'incrimination relative au cannabis et avec cette formule courte : « que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est punissable ou non » ; C.A., n° 24/2005, 26 janvier 2005, B.5 en matière de responsabilité pénale des

tion du législateur qui, en l'espèce, autoriserait l'application rétroactive du régime plus favorable consiste dans la suppression du caractère punissable de la persistance d'une infraction urbanistique. La portée rétroactive du régime plus favorable viserait, quant à elle, l'application de cette dépenalisation même à l'égard de faits qui ont déjà fait l'objet d'une plainte avec constitution de partie civile. Une telle portée ne serait pas injustifiée, selon la Cour, d'autant qu'une même mesure de réparation peut être demandée dans le cadre du renvoi de l'infraction urbanistique originare par la juridiction d'instruction devant la juridiction de jugement (B.15) et que le préjudicié n'est pas privé de son droit à une indemnisation fondé sur le droit commun (B.17).

Il ressort ainsi clairement de la motivation de la Cour que le même résultat pouvait être atteint sans ajouter la condition d'un changement de conception du législateur concernant le caractère punissable d'une infraction. Le même résultat *devrait* en réalité être atteint sans ajouter

cette condition dès lors que l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques l'impose avec toute la primauté reconnue au droit international conventionnel. Le vice de raisonnement signalé dans la présente note ne changera donc rien à la question de droit résolue par l'arrêt n° 14/2005 du 19 janvier 2005. Mais il pourrait être décisif à l'égard d'autres questions plus importantes à découvrir dans l'avenir, que ce soit par la cour constitutionnelle ou par le citoyen, auquel s'adresse en définitive les arrêts prononcés par celle-ci en matière de légalité des incriminations et des peines.

Marc NIHOUL

Chargé de cours (F.U.N.D.P. de Namur, Académie universitaire « Louvain »)

Directeur du centre projet*

Avocat au barreau de Bruxelles

*protection juridique du citoyen, centre de recherche fondamentale : www.projucit.be