

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La légalité pénale et la Cour d'arbitrage

Degrave, Elise

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
2006

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Degrave, E 2006, 'La légalité pénale et la Cour d'arbitrage', *Journal des Tribunaux*, numéro 6232, pp. 477-489.

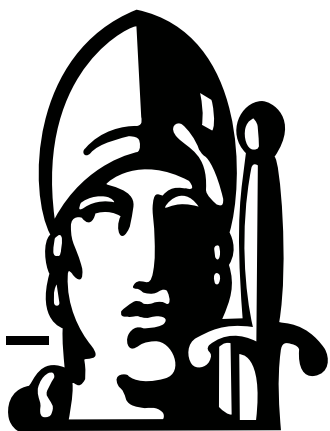
General rights

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.



LA LÉGALITÉ PÉNALE ET LA COUR D'ARBITRAGE

La Cour d'arbitrage a rendu, ces dernières années, de nombreux arrêts au sujet de la légalité pénale. Ils permettent de circonscrire plus précisément ce principe, en l'enrichissant des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois, cette jurisprudence n'est pas toujours empreinte d'homogénéité. Les critères changeants dont use la Cour pour juger du respect de la légalité formelle et substantielle semblent manifester un souci de protéger l'ordonnement juridique. Soucieux des effets de ses arrêts, le juge constitutionnel s'abstient de sanctionner certaines normes en leur donnant un éclairage particulier, comblant par là les lacunes du législateur. Il reste que l'accessibilité et l'intelligibilité des lois ne sont pas toujours effectives aux yeux des citoyens, si bien que l'on peut s'interroger sur le sens que revêt encore aujourd'hui le principe de la légalité pénale.

La légalité pénale est une garantie de sécurité juridique offerte aux citoyens. Tant la Constitution belge que la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques contribuent à définir les contours et les exigences de ce principe.

La Constitution belge consacre deux dispositions au principe de la légalité pénale. L'article 12, alinéa 2, de la Constitution vise la légalité des incriminations et de la procédure, tandis que l'article 14 vise la légalité des peines. Le constituant a voulu, par là, garantir aux citoyens que les droits et libertés fondamentaux seraient promus par une loi, fruit de la décision des représentants du peuple.

A la différence de notre Constitution, la Convention européenne des droits de l'homme ne prévoit pas explicitement le principe de la légalité pénale. Celui-ci a toutefois été induit, par la Cour européenne des droits de l'homme, de l'article 7 de la Convention qui garantit la non-rétroactivité de la loi pénale et l'application de la loi la plus douce. Dans sa jurisprudence, la Cour européenne ne se contente pas d'affirmer que seule une loi peut organiser une ingérence dans les droits et libertés des citoyens. Elle donne au terme « loi » une portée très large, considérant qu'il comprend aussi la jurisprudence. Enfin, elle exige que les normes législatives soient prévisibles, de sorte qu'elles permettent aux citoyens de connaître à l'avance les conséquences légales des actes infractionnels qu'ils poseraient. Notre Cour constitutionnelle a intégré les décisions européennes dans sa jurisprudence. Celles-ci seront abordées dans le cadre de cette étude.

Quant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il prévoit, en son article 15,

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 ».

La légalité pénale présente un caractère hybride. D'une part, elle requiert que seule la loi établisse les incriminations justifiant des poursuites pénales, la procédure à suivre pour juger le prévenu ainsi que les peines qui pourront lui être infligées. On parlera volontiers de « légalité formelle ». D'autre part, la légalité pénale exige que la loi présente une certaine qualité intrinsèque qui la rende prévisible. On parlera de « légalité substantielle ».

La présente étude ambitionne d'étudier la jurisprudence de la Cour d'arbitrage au sujet de la légalité pénale. On l'aborde au travers de la légalité formelle et de la légalité substantielle. Ensuite, on tentera de dégager les enseignements de la jurisprudence constitutionnelle pour, enfin, s'interroger sur le sens que revêt aujourd'hui le principe de la légalité pénale.

1 LA LÉGALITÉ FORMELLE : LA NÉCESSITÉ D'UNE LOI

La légalité pénale vise à garantir que seule une loi établisse les incriminations, les peines et la procédure à suivre. Cette norme est, en effet, le fruit d'une décision prise par une assemblée délibérante que les citoyens ont eux-mêmes élue, dans le respect des règles de la démocratie. Il s'agit d'une protection contre l'arbitraire du Roi et du pouvoir judiciaire qui sévissait dans l'Ancien Régime.

S O M M A I R E

- La légalité pénale et la Cour d'arbitrage, par E. Degrave 477
- Assurances - R.C. automobile - Indemnisation des usagers faibles (article 29bis, loi du 21 novembre 1989) - Champ d'application - Accident impliquant un train croisant une voie publique (oui). (Cour d'arbitrage, 7 juin 2006, note) 490
- I. Office du juge - Principe dispositif - Principe du contradictoire - Relevé d'office de la défaillance d'une des conditions de la responsabilité invoquée et débattue - Non-violation des principes précités - II. Responsabilité médicale - Obligations du médecin - Recueillir le consentement de son patient - Manquement - Conditions de la responsabilité - Lien de causalité. (Cass., 1^{re} ch., 12 mai 2006, note) 491
- Appel - Décision susceptible d'appel - Recevabilité différée de l'appel formé contre une décision sur la compétence - Notion - Jugement statuant sur la recevabilité de la demande puis déclinant la compétence du juge saisi - Recevabilité de l'appel (oui). (Cass., 3^e ch., 24 juin 2005) 493
- Vente d'immeuble - Clause pénale - Article 1231, § 1^{er}, du Code civil - Réduction. (Mons, 2^e ch., 2 mai 2006) 495
- Agent immobilier - Commission - Clause sur l'exigibilité - Preuve des contacts avec l'acheteur. (Bruxelles, 16^e ch., 20 avril 2006) 495
- Chronique judiciaire : Les deuils judiciaires - Bibliographie - Thémis veut être comprise... - Dates retenues.

2006

477

Il en résulte que le pouvoir législatif mène, seul, un processus qui peut être décrit en trois étapes. Il doit, tout d'abord, ériger en incriminations des faits dont la commission doit pouvoir être poursuivie et punie. Il doit, ensuite, déterminer la nature et l'intensité des peines, et relier chaque incrimination à l'une de celles-ci (1). Il doit, enfin, établir la procédure pénale qui devra être suivie en vue de l'octroi d'une peine (2). Les pouvoirs judiciaire et exécutif sont donc mis à l'écart de ce processus, contraints de respecter l'hégémonie du pouvoir législatif en la matière (3).

Pour garantir cette séparation des pouvoirs, il s'impose au législateur d'édicter les règles pénales en usant de termes « suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique » (4). De cette manière, on évite que les pouvoirs judiciaire et exécutif aient à déterminer, eux-mêmes, les incriminations, les formes de la procédure pénale et les peines, ce qui serait le cas s'ils étaient contraints de devoir préciser une loi vague et imprécise afin de trancher un litige ou de donner application à la loi.

C'est d'ailleurs ce qu'a affirmé la section de législation du Conseil d'Etat : « Ce principe [de la légalité pénale] est écrit pour le pouvoir qui fait la loi autant que pour celui qui l'applique, car il trace les domaines respectifs d'action de l'un et l'autre (...). Le pouvoir législatif viderait de sa substance le principe constitutionnel de légalité s'il se bornait à poser des règles pénales ne donnant aux juges que de vagues directives, car il les obligerait ainsi du même coup à compléter les règles applicables pour les rendre susceptibles d'être appliquées » (5).

Toutefois, cette exigence n'est pas absolue. En effet, la légalité pénale n'impose pas que le

juge doive trouver dans la loi pénale la solution exacte au litige qui lui est soumis (6). Comme n'a pas manqué de le rappeler la Cour européenne des droits de l'homme, « le libellé de bien des lois ne présente pas une précision absolue. Beaucoup d'entre elles, en raison de la nécessité d'éviter une rigidité excessive et de s'adapter aux changements de situation, se servent par la force des choses de formules plus ou moins floues » (7). Une telle observation est également soutenue par la section de législation du Conseil d'Etat (8).

Il n'est pas aisé, en pratique, de déterminer si le pouvoir d'appréciation d'un juge ou d'un membre du pouvoir exécutif est, ou non, d'une importance telle qu'il lui confère un pouvoir d'incrimination autonome, en violation du principe de légalité pénale.

A. — Le pouvoir d'appréciation du juge

§ 1^{er}. — Le pouvoir du juge d'apprécier la « faute la plus grave »

Dans son arrêt n° 128/2002 du 10 juillet 2002 (9), la Cour d'arbitrage s'est prononcée sur l'article 5, alinéa 2, du Code pénal tel qu'il a été rétabli par la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales. Cette disposition prévoit — en substance — que lorsqu'une infraction involontaire a été commise à la fois par une personne morale et une personne physique, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Toutefois, si la personne physique a agi sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale.

La Cour reconnaît que cette disposition offre au juge le pouvoir d'apprécier laquelle de ces deux personnes doit être condamnée. Toutefois, elle considère qu'un tel pouvoir d'appréciation n'est pas contraire au principe de la

légalité pénale. La Cour fonde sa décision sur des propos tenus lors des travaux préparatoires selon lesquels le juge doit « prononcer une condamnation mais doit d'abord évaluer les circonstances dans lesquelles les faits se sont produits ». « Si l'on utilisait le mot "doit" [condamner], cela signifierait que le juge n'aurait plus aucune liberté d'appréciation » (10). En interprétant discrétionnairement ces termes, le juge n'empiète pas sur les compétences du législateur.

La Cour semble cependant n'avoir tranché qu'une partie du problème qui lui était soumis. La question préjudicielle posée n'était certes pas très précise. En effet, le juge *a quo* s'interrogeait sur « les critères à utiliser pour punir ou non la personne physique ». A la lecture de la disposition incriminée, on constate que l'absence de ces critères concerne deux volets de la norme. D'une part, on peut se demander si les termes « sciemment et volontairement » ne sont pas trop imprécis (11). D'autre part, une fois qu'il est admis que l'infraction a été commise avec cette intention, comment le juge doit-il décider s'il condamne ou non l'auteur des faits? La Cour n'a répondu qu'à la deuxième question mais ne s'est pas prononcée sur l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge découlant des termes « sciemment et volontairement ».

§ 2. — Le pouvoir du juge d'apprécier l'existence d'une infraction terroriste

La loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes définit l'infraction terroriste comme étant un fait qui « de par sa nature ou son contexte, peut porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale » et « qui est commise intentionnellement dans le but d'intimider gravement une population ou de contraindre indûment les pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte, ou de gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale » (12).

La question a été posée à la Cour de savoir si cette définition ne serait pas à ce point imprécise qu'elle offrirait au juge un pouvoir d'incrimination autonome.

La Cour y répond dans son arrêt n° 125/2005 du 13 juillet 2005. Selon elle, les termes « contexte » et « nature » ne posent pas problème puisque le terme « contexte » est défini dans la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme. Cette décision-cadre est à l'origine de la loi en cause et doit permettre au juge de prendre en compte, au cas par cas, « la nature de l'infraction, mais aussi ses conséquences sur l'organisation et la gestion d'un pays » (13). La Cour reste, par contre, silencieuse quant à la définition du terme « nature ».

(10) B.5.3.

(11) Dans le même sens, F. Roggen, *op. cit.*, p. 25; A. Misonne, « Concours de responsabilités », in *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, dir. M. Nihoul, *op. cit.*, pp. 125-131.

(12) Article 3.

(13) B.7.2.

(1) M. Verdussen, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 71; F. Tulkens et M. van de Kerchove, *Introduction au droit pénal - Aspects juridiques et criminologiques*, Diegem, Kluwer, 2003, p. 133.

(2) M. Verdussen, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, *op. cit.*, p. 71; F. Tulkens et M. van de Kerchove, *op. cit.*, p. 133.

(3) Il revient au juge d'appliquer les incriminations telles qu'elles ont été établies par le pouvoir législatif. Il s'ensuit, notamment, qu'un fait n'est punissable qu'à la condition que le pouvoir législatif l'ait commis en infraction pénale. En outre, le juge ne peut restreindre ou étendre l'application de la loi pénale. Celle-ci doit être appliquée à tous les cas qui rentrent dans ses termes, mais à ces cas seuls. Pour de plus amples développements, voy. C. Hennau et J. Verhaegen, *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 98 à 107; M. Verdussen, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, *op. cit.*, pp. 71-73. Quant au Roi et aux autres membres du pouvoir exécutif, ils doivent se contenter de donner exécution aux lois pénales, sur la base de l'« habilitation générale à exécuter les lois » qu'ils tirent de l'article 108 de la Constitution (P. Nihoul, « Article 108 », in *La Constitution belge - Lignes et entrelignes*, dir. M. Verdussen, *op. cit.*, p. 257).

(4) D'après les termes de la Cour d'arbitrage dans sa jurisprudence constante.

(5) Avis du Conseil d'Etat relatif au projet de loi du 12 mars 1997 relatif aux organisations criminelles, *Doc. parl.*, Ch., 1996-1997, n° 954/1, p. 13. Voy. aussi avis L. 31.441/AV-AG et L. 31.442/AV-AG du 20 juin 2001 sur 1°) une proposition de loi relative à l'euthanasie (31.441/AV-AG) et 2°) une proposition de loi relative aux soins palliatifs (31.442/AV-AG), Sénat, sess. 2000-2001, n° 2-244/21, pp. 12-13.

(6) C. Hennau et J. Verhaegen, *op. cit.*, pp. 100 et 101; F. Ost et M. van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit - Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 160-161; B. Mathieu, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, p. 69.

(7) Voy. notamment C.E.D.H., arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, <http://www.echr.coe.int>.

(8) Selon elle, « l'application de la loi pénale comporte immanquablement un élément d'interprétation judiciaire ». Il revient au juge de « préciser en fait la qualification juridique » (avis L. 31.441/AV-AG et L. 31.442/AV-AG du 20 juin 2001 sur 1°) une proposition de loi relative à l'euthanasie (31.441/AV-AG) et 2°) une proposition de loi relative aux soins palliatifs (31.442/AV-AG), Sénat, sess. 2000-2001, n° 2-244/21, p. 13).

(9) Sur cet arrêt, voy. M.-A. Delvaux, « L'éventuelle inconstitutionnalité de la loi du 4 mai 1999 », *J.D.S.C.*, 2003, pp. 272-276; M. Nihoul, « Le champ d'application », in *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, dir. M. Nihoul, Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 41-45; F. Roggen, « La responsabilité pénale des personnes morales », in *Actualités du droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 21-26; A. Jacobs, « Le principe de légalité en matière pénale au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », in *Liber amicorum Lieven Dupont*, Universitaire Pers Leuven, 2005, pp. 831-834.

Quant à l'élément intentionnel de l'infraction, la Cour reconnaît que, tel que défini par la loi, il peut donner lieu à des difficultés d'interprétation. Toutefois, elle juge que les éléments constitutifs de l'infraction sont circonscrits de manière suffisante car « les termes "gravement" utilisés à deux reprises, "indûment" ou "détruire" et l'obligation d'interpréter strictement les textes pénaux » imposent au juge d'apprécier cette intention en fonction des « éléments objectifs constitutifs de chaque infraction » et le contraignent à ne sanctionner que les faits manifestant « une intention de porter substantiellement atteinte aux éléments visés » (14).

§ 3. — Le pouvoir du juge d'apprécier l'existence d'infractions justifiant l'exécution d'un mandat d'arrêt européen

La loi du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen transpose en droit belge la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres. Celle-ci a fait l'objet d'un recours en annulation, toujours pendant devant la Cour (15).

Les requérants reprochent, notamment, à cette loi de soustraire la poursuite de certaines infractions à la règle de la double incrimination (16). Ainsi, un mandat d'arrêt européen, délivré à l'encontre de l'auteur desdites infractions, peut être exécuté en Belgique, malgré que ces faits ne constituent pas une infraction au regard du droit belge. Il faut seulement que ces agissements soient punis, dans l'Etat d'émission du mandat d'arrêt, d'une peine d'un maximum d'au moins trois ans d'emprisonnement (17). Pourtant, la loi ne définit pas précisément les infractions soumises à ce régime dérogatoire. Il revient donc à l'autorité judiciaire chargée d'exécuter le mandat d'arrêt de circonscrire le contenu normatif de ces catégories vagues d'infractions.

La Cour d'arbitrage rappelle que l'article 6 du Traité de l'Union européenne énonce — en substance — que les droits fondamentaux qui résultent notamment de la Convention européenne des droits de l'homme, constituent des principes généraux du droit communautaire. Parmi ces principes figure celui de la légalité pénale. Etant donné que « les griefs formulés par la partie requérante à l'égard de la loi entreprennent valent dans la même mesure pour la décision-cadre », la Cour a posé à la Cour de justice des Communautés européennes la question préjudicielle suivante : « L'article 2, § 2, de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne 2002/584/JAI du 13 juin 2002 (...) en tant qu'il supprime le contrôle de l'exigence de la double incrimination pour les infractions qui y sont mentionnées, est-il compatible avec l'article 6, § 2, du Traité de l'Union européenne, et plus spécifiquement avec le principe de légalité en matière pénale et avec le principe d'égalité et de non-discrimi-

mination garantis par cette disposition? ». La Cour de justice n'y a pas encore répondu.

§ 4. — Le pouvoir du juge d'apprécier l'existence d'un harcèlement

Récemment, dans son arrêt n° 71/2006 du 10 mai 2006, la Cour d'arbitrage a répondu négativement à plusieurs questions préjudicielles en considérant que l'article 442bis du Code pénal respecte le principe de la légalité en matière pénale.

Cette disposition punit « quiconque aura harcelé une personne alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il affecterait gravement par ce comportement la tranquillité de la personne visée ». Argumentant rigoureusement sa position, la Cour se réfère de manière détaillée aux travaux préparatoires et soutient, sans ombres, que le comportement incriminé est formulé de manière suffisamment précise pour ne pas confier au juge un pouvoir d'appréciation trop large.

Doivent être considérés comme constituant un harcèlement, les actes portant atteinte à la vie privée d'une personne visée et qui importunent celle-ci de manière irritante (18). La loi ne requiert pas que de tels agissements soient commis « de façon répétée ». Il résulte, en effet, des travaux préparatoires que le législateur a entendu incriminer également les comportements qui consistent en un acte unique, tel que le fait d'aborder une personne en rue de manière insistante et gênante (19). De même, la disposition en cause n'exige pas que le comportement punissable soit « gênant, inquiétant ou angoissant », et ce, afin de réserver une place à « l'expérience subjective de la victime ». C'est pourquoi, les poursuites pénales sont subordonnées à l'existence d'une plainte de la victime sans pour autant qu'un tel acte suffise à établir la réalité de l'infraction (20).

En outre, seuls les harceleurs qui ont « méchamment harcelé » et ceux qui ont fait preuve d'imprévoyance peuvent être sanctionnés. Les termes « aurait dû savoir » ne permettent donc pas de sanctionner celui qui « ne pouvait savoir que son comportement affecterait gravement la tranquillité de la personne qu'il visait » (21).

Enfin, l'atteinte à la tranquillité de la victime du harcèlement doit être établie sur la base d'éléments objectifs, tels que, notamment, « les circonstances du harcèlement, la nature des rapports entre le harceleur et le plaignant (...) » (22).

Le pouvoir d'appréciation du juge est ainsi balisé par des données objectives qui doivent lui permettre d'apprécier la réalité et la gravité du comportement incriminé, sans pour autant franchir les limites constitutionnelles.

B. — Les délégations de pouvoir en faveur du pouvoir exécutif

Bien que seule une loi puisse réglementer la matière pénale, les articles 12 et 14 de la

Constitution ne vont pas jusqu'à exiger du législateur qu'il règle lui-même chaque aspect des poursuites. Il peut, en effet, user de délégations de pouvoir en faveur du pouvoir exécutif. Ainsi, certaines lois confient à ce dernier le soin de déterminer la peine applicable, voire de circonscrire l'incrimination. D'autres lui délèguent le pouvoir de décider de la mise en œuvre de certaines procédures pénales.

Le législateur peut-il user de ces délégations en toute liberté? La Cour d'arbitrage n'a pas manqué de préciser que l'utilisation de ce mécanisme en matière pénale est conforme à la Constitution s'il respecte deux conditions. D'une part, l'habilitation conférée par le législateur doit être définie « de manière suffisamment précise ». D'autre part, cette habilitation doit porter sur l'« exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur » (23). La Cour l'a rappelé à plusieurs occasions.

§ 1^{er}. — La délégation du pouvoir de déterminer la peine applicable

Le législateur peut déléguer à l'exécutif le pouvoir de déterminer la peine applicable au prévenu, pour autant qu'il délimite lui-même le pouvoir d'appréciation de l'exécutif en fixant le minimum et le maximum de la peine.

L'article 65 bis, § 2, de la loi du 7 février 2003 relative à la sécurité routière respecte cette exigence (24). En effet, il prévoit que le Roi peut fixer lui-même le montant de l'amende à infliger aux personnes coupables d'un excès de vitesse ou du franchissement d'un feu de signalisation rouge, constaté de manière automatisée. Toutefois, la loi précise que cette amende doit être au minimum de 50 EUR et ne peut dépasser le montant de l'amende liée à l'infraction commise. Par conséquent, la Cour a admis que « le pouvoir d'appréciation, ainsi limité, que [le législateur] laisse au Roi n'est pas de nature à créer une discrimination par rapport aux auteurs des infractions constatées autrement que "de manière automatisée ou avec l'aide d'un moyen technique" » (25).

§ 2. — La délégation du pouvoir de préciser les incriminations

Le pouvoir exécutif peut aussi se voir déléguer le pouvoir de préciser les incriminations. La Cour d'arbitrage a eu l'occasion de se prononcer à ce sujet dans deux arrêts relatifs à la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques, plus communément surnommée « loi cannabis ». Par la suite, elle s'est prononcée à nouveau sur la constitutionnalité de ce type de délégation dans le cadre d'un recours introduit à l'encontre de la loi relative à la circulation routière.

(23) Voy. notamment C.A., arrêt n° 114/98 du 18 novembre 1998.

(24) C.A., arrêt n° 182/2004, du 16 novembre 2004. Sur cet arrêt, voy. C.A., 16 novembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 63-71, note T. Papart; A. Jacobs, « Le principe de légalité en matière pénale au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 824-825.

(25) B.9.3.

(14) B.7.2.

(15) Voy. C.A., arrêt n° 124/2005 du 13 juillet 2005.

(16) Sur ce point, voy. B. Dejemeppe, « La loi du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen », *J.T.*, 2004, p. 113.

(17) Article 5, § 2, de la loi du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen.

(18) B.6.1.

(19) B.6.2.

(20) B.6.3.

(21) B.6.5.

(22) B.6.5.

1^o) *Les arrêts relatifs à la loi « cannabis »*

La « loi cannabis » délègue expressément au Roi le pouvoir de déterminer les substances dont l'usage est pénalement poursuivi. Elle contient aussi un certain nombre de notions imprécises qui, *de facto*, confèrent aux policiers un pouvoir d'incrimination. La Cour a jugé la constitutionnalité de telles délégations.

a) *Le pouvoir du Roi de déterminer les substances incriminées*

Dans son arrêt n^o 114/98 du 18 novembre 1998 (26), la Cour d'arbitrage rappelle que la « loi cannabis » prévoit, en son article 2*bis*, une habilitation qui confère au Roi le pouvoir d'établir, par des arrêtés royaux, la liste des substances dont la consommation est poursuivie et de définir les infractions en rapport avec celles-ci. C'est pourquoi, l'arrêt royal du 31 décembre 1930 énumère la liste de ces stupéfiants — parmi lesquels figure le cannabis — et règle, notamment, leur importation et leur exportation.

Cette habilitation est-elle contraire à la Constitution? La Cour répond négativement. Selon elle, « les composantes essentielles de l'incrimination sont fixées par la loi » (27) et, de ce fait, le principe de la légalité pénale est respecté. En effet, la loi elle-même détermine les comportements pouvant être incriminés. Elle prévoit aussi que les incriminations ne peuvent être établies que dans le but de faire respecter l'hygiène et la santé publique (28). En outre, l'article 2*bis*, § 1^{er}, fixe les peines qui seront encourues en cas d'infractions aux dispositions contenues dans les arrêtés royaux. Enfin, l'article 2*bis*, § 1^{er}, précise que les substances visées sont celles qui sont susceptibles d'engendrer une dépendance.

b) *Le pouvoir d'incrimination de facto des policiers*

Par son arrêt n^o 158/2004 du 20 octobre 2004 (29), la Cour d'arbitrage annule partiellement la « loi cannabis ».

(26) Sur cet arrêt, voy. A. Jacobs, « Le principe de légalité en matière pénale au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 823-824.

(27) B.5.

(28) L'article 1^{er} de la loi du 24 février 1921 dispose que « Le gouvernement est autorisé à réglementer et surveiller, dans l'intérêt de l'hygiène et de la santé publique, l'importation, l'exportation, la fabrication, la conservation, c'est-à-dire le stockage dans les conditions requises, l'étiquetage, le transport, la détention, la vente et l'offre en vente, la délivrance et l'acquisition, à titre onéreux ou à titre gratuit, des substances toxiques, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques, ainsi que la culture des plantes dont ces substances peuvent être extraites ».

(29) Sur cet arrêt, voy. C. Guillain, « La loi sur les stupéfiants à l'aune du principe de légalité des incriminations et des peines », *J.T.*, 2005, pp. 63-66; S. Vandromme, « Gedoogbeleid cannabis in drugswet te vaag », *Juristenkrant*, n^o 97, p. 7; A. Jacobs, « Le principe de légalité en matière pénale au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 827-829; F. Vander Laenen et F. Dhont, « De vernieting van artikel 16 van de Wet van 3 mei 2003 tot wijziging van de Drugwet van 24 februari 1921 : kroniek van een aangekondigde vernietiging », *T. Straf.*, 2005, pp. 36-43.

En effet, par son imprécision à plusieurs égards, cette loi créait, *de facto*, une délégation de pouvoir en faveur du pouvoir exécutif.

Tout d'abord, une personne trouvée en possession de cannabis ne pouvait être poursuivie pénalement si elle détenait seulement une « quantité à des fins d'usage personnel ». La loi ne déterminait pas précisément cette quantité. Elle ne déléguait pas non plus au pouvoir exécutif la compétence de le faire. En pratique, une telle imprécision amenait les policiers à déterminer eux-mêmes, sur la base d'éléments subjectifs, si la quantité de cannabis détenue méritait d'être poursuivie.

En outre, la détention de cannabis, pour être licite, ne pouvait être accompagnée d'un « usage problématique ». A nouveau, cette notion n'ayant pas été définie par le législateur, il incombait aux policiers d'apprécier « la situation psychologique, médicale et sociale du consommateur de cannabis, afin de décider s'ils doivent ou non dresser procès-verbal et s'il pourra par conséquent être poursuivi ou non » (30).

Enfin, la détention d'une quantité de cannabis à des fins d'usage personnel était tolérée si elle ne s'accompagnait pas non plus de « nuisances publiques ». Ces termes étaient définis si largement par le législateur qu'il incombait aux policiers « de dresser un procès-verbal pour toute consommation de cannabis par un majeur, à un endroit accessible aux mineurs » (31).

La Cour a donc abouti à un double constat. D'une part, plusieurs notions étaient à ce point imprécises qu'il était impossible d'en connaître la portée exacte à la lecture de la loi. D'autre part, ces imprécisions contraignaient le pouvoir exécutif à faire usage d'un pouvoir d'incrimination qui ne leur avait pas été délégué par le législateur. Dès lors, la Cour a considéré que le principe de légalité pénale n'était pas respecté et qu'il convenait d'annuler la disposition entreprise.

Cet arrêt illustre combien il est périlleux d'user de termes à connotation sociologique ou psychologique pour définir une incrimination (32). Pourtant, à l'inverse, l'accumulation de définitions circonscrivant les incriminations risquerait de rendre la loi plus complexe et dès lors, plus incompréhensible encore (33). La transposition dans une loi de problèmes sociaux sensibles est donc fort délicate.

2^o) *L'arrêt relatif à la loi régissant la circulation routière*

Le 2 février 2005, la Cour rend un arrêt étonnant (34). Sa transparence permet toutefois d'éclairer les coulisses de cette décision. L'article 29, § 1^{er}, de la loi relative à la circulation routière établit trois catégories d'infractions aux règlements pris en exécution de cette loi. Elle attribue à chacune d'elle une

peine dont elle définit le minimum et le maximum. Ainsi, les infractions du troisième degré sont punies plus sévèrement que celles du deuxième degré, elles mêmes sanctionnées plus lourdement que celles du premier degré.

La loi habilite le Roi à déterminer à quelle catégorie appartient chaque infraction particulière, sans prévoir aucun critère devant guider ce choix. C'est pourquoi, la Cour considère que la disposition en cause délègue au Roi « une compétence sans indiquer les éléments essentiels sur la base desquels elle doit s'exercer » et en conclut qu'elle « pourrait ne pas satisfaire aux exigences constitutionnelles » (35).

Pourtant, la Cour décide finalement de répondre négativement à la question préjudicielle posée. Analysant les conséquences concrètes qu'emporterait une décision d'inconstitutionnalité, elle soutient qu'une telle réponse « tiendrait en échec les nombreuses poursuites » au mépris de l'objectif du législateur de diminuer le nombre d'accidents mortels sur les routes. Semblant se servir de cet arrêt comme d'une mise en garde faite au législateur, elle termine en incombant à celui-ci « d'inscrire, fût-ce en termes généraux, dans la loi elle-même, dès sa prochaine modification, les critères en fonction desquels doit se faire la répartition entre les catégories d'infractions selon leur gravité » (36).

La Cour n'a pas exclusivement vérifié si la disposition entreprise violait, ou non, la Constitution. Elle s'est prononcée en tenant compte des conséquences concrètes de sa décision et a fait primer cette analyse sur celle de la constitutionnalité de la norme. D'aucuns se sont dès lors inquiété du risque qu'une telle attitude empêche la protection effective des garanties constitutionnelles. Comment justifier encore sa raison d'être si la Cour évite de prendre la décision qui s'impose au motif que celle-ci aurait des conséquences trop importantes en pratique (37)? Il s'agit là d'une question très large dont il serait périlleux de vouloir débattre succinctement dans le cadre de cette étude.

Quoi qu'il en soit, on doit reconnaître à cet arrêt le mérite de la transparence, en révélant la justification du refus de la Cour de sanctionner la disposition attaquée.

§ 3. — *La délégation du pouvoir de mettre en œuvre certaines procédures pénales*

Le pouvoir exécutif s'est vu déléguer, par ailleurs, la compétence de mettre en œuvre certaines procédures pénales.

La Cour s'est prononcée sur la mise en œuvre, par le pouvoir exécutif, de la procédure de comparution immédiate et des méthodes particulières de recherches.

1^o) *La mise en œuvre de la procédure de comparution immédiate*

L'article 20*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préven-

(35) B.7.

(36) B.14.

(37) A. Jacobs, « Le principe de légalité en matière de roulage : un principe relatif? », *J.L.M.B.*, 2005, p. 502.

tive délègue des compétences au procureur du Roi dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure de comparution immédiate. Par son arrêt n° 56/2002 du 28 mars 2002 (38), la Cour annule cette habilitation législative.

La procédure de comparution immédiate s'adresse à des personnes ayant commis des faits de « simple criminalité urbaine » (39). Une telle procédure, allégée, doit permettre de « réduire les délais afin d'accélérer le traitement des affaires » (40). Toutefois, les prévenus soumis à la procédure de comparution immédiate sont privés de certaines garanties qu'offre la procédure de droit commun. Ils ne bénéficient pas, notamment, d'une instruction complète (à charge et à décharge) et leurs droits de la défense sont limités (41).

Le législateur a délégué au procureur du Roi le pouvoir d'apprécier s'il y a lieu d'appliquer la procédure de comparution immédiate, plutôt que la procédure de droit commun. Toutefois, ce dernier ne peut appliquer une telle procédure que si certaines conditions sont respectées (42).

Bien que ces conditions limitent la liberté d'action du procureur du Roi, la réunion de celles-ci n'entraîne pas automatiquement la mise en œuvre de la procédure de comparution immédiate. En pratique, il revient donc au procureur du Roi de préciser le champ d'application de cette disposition en décidant, seul, si les prévenus qui répondent à ces conditions doivent être soumis à la procédure de comparution immédiate ou à la procédure de droit commun.

Selon la Cour, les éléments essentiels de la procédure sont précisés par la loi. En effet, le législateur a délimité lui-même le champ d'application de la procédure de comparution immédiate « d'une part, en se fondant sur l'échelle des peines, d'autre part, en disposant que les faits doivent être flagrants, ou susceptibles d'être établis dans un délai d'un mois maximum » (43).

Quant au degré de précision de la loi de comparution immédiate, la Cour rappelle qu'il incombe au législateur d'indiquer avec une précision particulière dans quels cas il peut être fait application de la procédure de comparution immédiate, afin de ne pas priver injustement certains citoyens des garanties offertes par la procédure de droit commun. Selon la Cour, le législateur n'a pas rempli cette exigence. En effet, bien que le champ d'appli-

tion de ladite loi soit très large, cette dernière ne contient aucun critère qui guiderait le procureur du Roi dans le choix d'appliquer la procédure de comparution immédiate.

Constatant que « des prévenus peuvent être jugés pour des infractions semblables selon des procédures pénales différentes, sans que le législateur ait lui-même indiqué de manière suffisamment précise dans quels cas l'une ou l'autre procédure leur sera appliquée » (44), la Cour annule la disposition entreprise.

2°) La mise en œuvre des méthodes particulières de recherches

Dans son arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004 (45), la Cour se prononce sur la légalité de la mise en œuvre, par le pouvoir exécutif, des méthodes particulières de recherches (46) et ce, suite à un recours en annulation introduit à l'encontre de plusieurs dispositions récentes du Code d'instruction criminelle.

L'article 47ter du Code d'instruction criminelle, introduit par une loi du 6 janvier 2003, prévoit qu'il revient aux services de police désignés par le ministre de la Justice de mettre en œuvre ces méthodes de recherche, sous le contrôle du ministère public et « sans préjudice des articles 28bis, §§ 1^{er} et 2, 55 et 56, § 1^{er} et 56bis » dans le but, notamment, de poursuivre les auteurs de délits, d'enregistrer et de traiter des données et des informations « sur la base d'indices sérieux que des faits punissables vont être commis ou ont déjà été commis, qu'ils soient connus ou non ».

Selon les parties requérantes, cette disposition, imprécise, permet aux services de police de mettre en œuvre les méthodes particulières de recherche à l'égard de toute personne qui, selon eux, aurait seulement l'intention de commettre une infraction, sans autre condition.

La Cour rejette ce moyen. La disposition en cause soumet les méthodes de recherches aux conditions prévues par l'article 28bis, §§ 1^{er} et 2, parmi lesquelles figure notamment l'existence d'une suspicion raisonnable que les faits vont être commis. De ce fait, le pouvoir des services de police est limité par des contraintes légales et ne viole donc pas le principe de la légalité pénale.

De même, le Roi est chargé de déterminer, par arrêté délibéré en conseil des ministres et sur avis du collège des procureurs généraux, les techniques d'enquête policières qui peuvent être utilisées dans le cadre légal d'une infiltration, après avoir obtenu l'autorisation du pro-

(44) B.9.10.

(45) Sur cet arrêt, voy. H.-D. Bosly, « Méthodes particulières de recherche et respect des droits fondamentaux », *Rev. dr. pén.*, 2005, pp. 657-660; C. De Valkeneer, « La loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête », in *Actualité du droit pénal*, *op. cit.*, pp. 55-87; S. Vandromme et C. De Roy, « Het vertrouwelijk dossier : *Quo vadit?* », *R.W.*, 2004-2005, pp. 1295-1298; S. Vandromme, « Mag de rechter ook nog meespeelen? », *Juristenkrant*, 2006, n° 101, p. 6; A. Jacobs, « Le principe de légalité en matière pénale au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 825, 826 et 839.

(46) En vertu de l'article 47ter du Code d'instruction criminelle, il s'agit de l'observation, de l'infiltration et du recours aux indicateurs.

cureur du Roi. Puisque les conditions de mise en œuvre des infiltrations sont définies par la loi et que les enquêtes policières ne peuvent avoir lieu que dans ce cadre, une telle délégation n'est pas excessive.

Enfin, la Cour juge que le pouvoir du Roi de préciser, après avis du collège des procureurs généraux et du procureur fédéral, les règles de fonctionnement des officiers de police chargés de la gestion des indicateurs n'est pas non plus inconstitutionnel. La raison en est qu'il revient au Roi de préciser seulement les règles de fonctionnement de ces personnes tandis que leurs missions ont été définies par le législateur.

En guise de conclusion, on peut affirmer que ces deux arrêts concernant les délégations du pouvoir de mettre en œuvre certaines procédures pénales doivent être salués. Ils ont le mérite de développer clairement les deux temps du raisonnement de la Cour lorsqu'elle doit juger de la constitutionnalité d'une habilitation législative, à savoir, l'analyse de la précision de la loi et des compétences confiées au pouvoir exécutif, ces dernières ne pouvant porter sur des éléments essentiels de l'incrimination. De plus, on comprend que les habilitations législatives doivent être d'autant plus précises qu'elles concernent la mise en œuvre de procédures qui restreignent les droits des prévenus. Plus les garanties des prévenus risquent d'être réduites, plus le législateur doit être précis dans la délégation faite au pouvoir exécutif.

LA LÉGALITÉ SUBSTANTIELLE : LA NÉCESSITÉ D'UNE LOI PRÉVISIBLE

La légalité pénale ne se satisfait pas de la seule intervention du pouvoir législatif. La loi étant « l'instrument essentiel de la sécurité juridique des citoyens », elle doit encore respecter une « obligation générale de prévisibilité qui doit être entendue de façon plus rigoureuse encore en droit pénal » (47). Il lui incombe de permettre au citoyen « de prévoir, à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé » (48).

Cette exigence a été développée par la Cour européenne des droits de l'homme. Selon elle, il résulte de l'article 7 de la Convention « qu'une infraction doit être clairement définie par la loi. Cette condition se trouve remplie lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité » (49).

(47) P. Rolland, « Article 7 », *La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, dir. L.E. Petiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, Paris, Economica, 1995, p. 295.

(48) M. Delmas-Marty, « Légalité pénale et prééminence du droit », *Droit pénal contemporain - Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, p. 154.

(49) C.E.D.H., arrêt *Kokkinakis* du 25 mai 1993, <http://www.echr.coe.int>.

(38) Sur cet arrêt, voy. J. Meese, « De telooorgang van de onmiddellijke verschijning in strafzaken », *T. Straf.*, 2002, pp. 150-153; L. Arnou, « Arbitragehof verwijst snelrechtprocedure naar prullenmand », *Juristenkrant*, 2002, n° 48, p. 7; A. Jacobs, « Le principe de légalité en matière pénale au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 829-830.

(39) B.3.1.

(40) B.3.5.

(41) B.9.8.

(42) Il s'agit des conditions prévues par l'article 20bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de ladite loi, à savoir : « 1°) le fait est punissable d'un emprisonnement correctionnel principal d'un an sans excéder dix ans en application de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes; 2°) l'infraction est flagrante ou les charges, réunies dans le mois qui suit la commission de l'infraction, sont suffisantes pour soumettre l'affaire au juge du fond ».

(43) B.9.7.

La section de législation du Conseil d'Etat va dans le même sens. Selon elle, « il incombe au législateur de définir les faits qu'il érige en infraction en des termes suffisamment précis et prévisibles pour permettre aux justiciables de savoir quels actes ou omissions engagent leur responsabilité pénale » (50).

La Cour d'arbitrage s'est, elle aussi, ralliée à cette interprétation. Comment évalue-t-elle le respect de cette exigence? Il ressort de sa jurisprudence que l'exigence de prévisibilité est remplie lorsque l'incrimination et la peine sont définies clairement par la disposition. De cette manière, quand bien même certaines dispositions doivent être appréciées par le juge en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce, cette appréciation « ne modifie en rien la définition des infractions et elle n'empêche pas les personnes intéressées d'évaluer les conséquences pénales de leur comportement » (51).

La méthode d'appréciation de la Cour varie suivant qu'est mise en cause une disposition régissant la procédure pénale ou une disposition contenant la définition de l'incrimination. On étudie ces jurisprudences successivement.

A. — L'exigence de prévisibilité dans les dispositions régissant la procédure pénale

Puisque la prévisibilité telle que définie par la Cour impose que seules l'incrimination et la peine soient définies avec précision, cette exigence n'implique ni que le prévenu doive connaître avec certitude la condamnation qui sera prononcée par le juge, ni même la période pendant laquelle il est susceptible d'être poursuivi.

§ 1^{er}. — *Le prévenu ne doit pas connaître avec certitude la condamnation finale*

A deux reprises, la Cour d'arbitrage s'est prononcée sur le pouvoir du juge d'apprécier qui a commis la faute la plus grave, lorsqu'une infraction a été commise en même temps par une personne physique et une personne morale.

1^o) *L'article 5, alinéa 2, du Code pénal*

Dans le premier cas, qui a donné lieu à l'arrêt n° 128/2002, du 10 juillet 2002 précité, la Cour est amenée à se prononcer sur l'article 5, alinéa 2, du Code pénal en ce qu'il prévoit, rappelons-le, que lorsqu'une infraction a été commise involontairement par une personne morale et une personne physique, seule la personne responsable de la « faute la plus grave » peut être condamnée. En pratique, il revient au juge de décider, souverainement, quelle faute est la plus grave sans que le législateur n'ait défini de critère pour guider ce choix.

(50) Avis L. 30.538/4 du 26 mars 2001 sur un projet d'arrêté du gouvernement wallon relatif à la protection de la flore sauvage; avis L. 30.541/4 du 26 mars 2001 sur un avant-projet de décret relatif à la désignation et à la conservation des sites Natura 2000 en Région wallonne, *Doc. CRW*, sess. 2000-2001, n° 250/1.

(51) Voy. notamment C.A., arrêt n° 128/2002, du 10 juillet 2002, point B.6.6.

Un tel pouvoir d'appréciation est-il conforme à la Constitution? Pour répondre à cette question préjudicielle, la Cour analyse la constitutionnalité de la notion de faute la plus grave sous l'angle de la prévisibilité (52).

La Cour estime que le pouvoir d'appréciation laissé au juge n'est pas trop étendu car la disposition attaquée ne permet pas à celui-ci de « créer une incrimination, d'organiser une nouvelle forme de poursuite ou d'instaurer une nouvelle peine » (53). Elle ne lui permet pas non plus de fonder sa décision sur des « conceptions subjectives » (54).

En effet, le juge est contraint d'apprécier la gravité de la faute en prenant pour critère « les éléments constitutifs de chaque infraction » (55). Dès lors, même si elle lui confère un pouvoir d'appréciation, la disposition attaquée ne modifie en rien « la définition des diverses infractions auxquelles elle s'applique et elle n'empêche pas les personnes intéressées d'évaluer les conséquences pénales de leur comportement » (56). En outre, le juge doit aussi se référer aux « circonstances propres à chaque affaire » ainsi qu'au « degré d'autonomie dont dispose la personne physique à l'égard de la personne morale » (57). Cela résulte de la volonté du législateur « d'éviter la condamnation systématique de la personne morale et de la personne physique » et de permettre au juge de « vérifier, au cas par cas laquelle de la responsabilité de la personne morale ou de la personne physique est déterminante » (58).

Par ailleurs, la Cour reconnaît que « le choix laissé au juge entraîne une incertitude sur la condamnation qui sera prononcée ». Toutefois, une telle incertitude n'est pas inconstitutionnelle car elle n'empêche aucune personne physique ou morale de savoir « qu'elle pourra être poursuivie et condamnée si elle a eu un comportement qui correspond aux éléments constitutifs d'une infraction réprimée par la loi pénale » (59).

De tels critères d'appréciation de la légalité pénale auraient rendu cet arrêt limpide si la Cour n'y avait pas indiqué, subrepticement, que la disposition en cause est une « mesure qui, parce qu'elle est favorable au prévenu, échappe aux exigences particulières des articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution » (60). Ce faisant, elle semble affirmer qu'une mesure favorable au prévenu ne devrait pas respecter le principe de la légalité pénale, et plus particulièrement, l'exigence de prévisibilité. Le législateur réserverait-il ainsi au prévenu un « cadeau surprise », l'empêchant de comprendre la disposition qui s'applique à lui afin de lui assurer la joie, au moment d'être jugé, de découvrir qu'il a eu tort de craindre d'être condamné? De plus, une telle considération est en contradic-

(52) Rappelons que la Cour a répondu, dans ce même arrêt, à une première question préjudicielle, et ce, sous l'angle de la séparation des pouvoirs. Elle reste toutefois silencieuse quant à la raison d'être de ce changement d'approche.

(53) B.6.7.

(54) B.6.8.

(55) B.6.8.

(56) B.6.6.

(57) B.6.8.

(58) B.6.6.

(59) B.6.8.

(60) B.6.7.

tion profonde avec le raisonnement entier de la Cour, celui-ci tendant à prouver que la disposition attaquée est conforme aux articles 12 et 14 de la Constitution. Il n'en demeure pas moins que cet arrêt est riche d'indices permettant d'appréhender plus aisément la légalité du pouvoir d'appréciation d'un juge en matière pénale.

2^o) *L'article 67ter des lois relatives à la police de la circulation routière*

Quelques années plus tard, le 26 janvier 2005, la Cour rend son arrêt n° 24/2005 (61), dans lequel elle se prononce à nouveau sur le pouvoir du juge d'apprécier la « faute la plus grave ». En vertu de l'article 67ter des lois relatives à la police de la circulation routière, lorsqu'une infraction est commise par un véhicule immatriculé au nom d'une personne morale, la personne physique qui représente la personne morale doit communiquer dans un certain délai l'identité du conducteur ou de la personne responsable de ce véhicule. La Cour d'arbitrage, dans son arrêt n° 104/2003 du 22 juillet 2003, a toutefois affirmé que cette disposition a été implicitement modifiée par l'article 5 du Code pénal (62).

La question a été posée à la Cour de savoir si l'article 67ter, implicitement modifié par l'article 5 du Code pénal, viole l'exigence de précision de la loi pénale. Cette disposition ne permettrait pas de prévoir qui, de la personne morale ou de la personne physique ayant engagé la responsabilité de la personne morale, doit être condamnée, puisqu'il revient au juge d'apprécier laquelle de ces deux personnes a commis la faute la plus grave.

La Cour a estimé que cette question appelait une réponse négative. Elle développe son raisonnement en deux temps. Tout d'abord, puisque « la loi définit le comportement en cause et les peines avec suffisamment de précision et de clarté », l'article 14 de la Constitution est respecté. Ensuite, concernant l'imputabilité de l'infraction, elle reconnaît qu'il existe une imprévisibilité attenante au pouvoir du juge d'apprécier quelle personne a commis la faute la plus grave. Parvenant à la même conclusion que dans son arrêt du 10 juillet 2002, elle considère que, malgré l'absence de critères définis par le législateur pour évaluer la gravité de la faute ainsi que l'incertitude sur la condamnation prononcée par le juge, la disposition ne manque pas à l'exigence de prévisibilité en matière pénale puisque « toute personne physique ou morale sait qu'elle pourra être poursuivie et condamnée si elle a eu un comportement qui correspond aux éléments constitutifs de l'infraction » (63).

Cet arrêt, plus franc que le précédent, a le mérite de la concision. Il prive toutefois le lecteur de certains critères développés dans l'arrêt précédent qui aidaient à la compréhension de ce problème. Par ailleurs, on remar-

(61) Sur cet arrêt, voy. M.A. Delvaux, « Les arrêts prononcés par la Cour d'arbitrage en matière de responsabilité pénale des personnes morales et leurs enseignements », *J.D.S.C.*, 2005, pp. 210-218.

(62) Celui-ci prévoit, rappelons-le, que « lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée ». (63) B.7.

quera que la Cour allège ici la rigueur de l'exigence de prévisibilité puisqu'elle considère que seule l'incrimination et la peine doivent être décrites avec précision, et non la forme des poursuites.

§ 2. — *Le prévenu ne doit pas connaître avec certitude la durée pendant laquelle il pourra être poursuivi*

La Cour l'a affirmé dans deux affaires concernant le délai de prescription d'une infraction collective. Rappelons que cette infraction est constituée de plusieurs faits délictueux, en principe punissables distinctement mais qui, ayant été commis dans une même intention, sont considérés comme constituant un seul comportement complexe. Il s'ensuit que le délai de prescription prend cours le jour où la dernière infraction a été commise. Il revient au juge de déterminer si les faits en cause sont réunis par une même intention et constituent dès lors une infraction collective. Il doit, en outre, arrêter la date à laquelle le dernier fait a été commis. Par conséquent, le point de départ du délai de prescription est défini par le juge, et non le législateur. Faut-il pour autant considérer que le pouvoir du juge d'apprécier l'unité d'intention et d'arrêter la date du dernier fait infractionnel va à l'encontre de l'exigence de prévisibilité à laquelle doivent satisfaire les lois pénales (64) ?

La Cour a répondu à cette question dans les arrêts n^{os} 109/2005 du 22 juin 2005 et n^{os} 199/2005 du 21 décembre 2005 (65) argumentés de manière rigoureusement identique.

Elle commence par affirmer que, même si une infraction collective est formée de plusieurs faits infractionnels, « chaque infraction distincte — et donc également l'infraction la plus grave qui déterminera finalement la peine — [doit] satisfaire aux exigences du principe de légalité en matière pénale ». Elle poursuit en appliquant cette règle au cas d'espèce. Ainsi, d'une part, le fait qu'en cas d'infraction collective, « la prescription court à partir du dernier fait, ne modifie en rien la définition des diverses infractions et elle n'empêche pas les personnes intéressées d'évaluer les conséquences pénales de leur comportement. Toute personne sait qu'elle pourra être poursuivie et condamnée si elle a eu un comportement qui correspond aux éléments constitutifs d'une infraction réprimée par une loi pénale » (66). D'autre part, elle admet qu'il existe une « imprévisibilité qui tient au fait qu'une infraction qui était punissable au moment où elle a été commise pourrait encore être sanctionnée de la même peine après l'échéance du délai de prescription escompté, parce que l'infraction s'inscrit dans le cadre d'une série de

comportements délictueux qui, par suite de l'unité d'intention, sont considérés comme un seul comportement délictueux ». Toutefois, une telle imprévisibilité « n'est pas de nature à porter atteinte aux articles 12 et 14 de la Constitution ou à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme » car « la prescription de l'action publique repose sur des considérations d'intérêt général » (67).

Le laconisme de la motivation offerte par la Cour d'arbitrage ne manque pas d'étonner. La question était pertinente mais la Cour évite de trancher le vif du problème. Elle ne se prononce qu'au sujet du point de départ de la prescription de l'action publique. Pourtant, la question ne portait pas sur le point de départ du délai de prescription comme tel, mais bien sur le fait qu'il est déterminé par le juge, et non par le législateur. Elle passe ainsi sous silence la question de savoir s'il n'est pas contraire au principe de la légalité pénale de permettre au juge de déterminer l'existence d'une unité d'intention et, par là, de décider du caractère collectif de l'infraction, avec toutes les conséquences que cette qualification implique, notamment au niveau des règles de prescription. Ensuite, on comprend difficilement en quoi l'intérêt général permettrait d'attenter au principe de la légalité pénale en laissant subsister une imprévisibilité au niveau du délai de prescription. Il semble que la réponse à cette question aurait mérité des développements plus consistants et, partant, plus convaincants. Enfin, pourquoi la Cour s'est-elle écartée du raisonnement adopté précédemment au sujet de la notion de « faute la plus grave » et n'a-t-elle pas affirmé que, l'incrimination et la peine étant définies avec suffisamment de précision, il n'y avait pas lieu de remettre en cause le pouvoir du juge en l'espèce ? La question mérite d'être posée.

B. — L'exigence de prévisibilité dans les dispositions définissant les incriminations

L'exigence de prévisibilité implique que l'incrimination soit définie de manière suffisamment précise. La méthode utilisée par la Cour d'arbitrage pour juger de cette précision n'est pas homogène. Elle se prononce tantôt sur la base du seul texte de la disposition attaquée, tantôt en confrontant la disposition au reste de la loi dont elle fait partie, tantôt encore, elle juge de la précision d'une norme en tenant compte de son interprétation dans les travaux préparatoires ou la jurisprudence (68).

§ 1^{er}. — L'appréciation sur la base de la seule disposition en cause

A deux reprises, la Cour s'est référée exclusivement à la disposition en cause et l'a déclarée inconstitutionnelle. Le premier arrêt concerne un décret de la Région flamande relatif à l'aménagement du territoire tandis que le second sanctionne l'imprécision de certaines dispositions contenues dans la loi-programme du 31 décembre 2001.

(67) Pour les deux arrêts : voy. B.7.2.

(68) Pour l'application de ces critères à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. P. Rolland, *op. cit.*, p. 296.

1^o) Le décret de la Région flamande du 18 mai 1999 relatif à l'aménagement du territoire

L'article 146, alinéa 3, du décret de la Région flamande du 18 mai 1999, relatif à l'aménagement du territoire, énumère les hypothèses dans lesquelles la persistance de certaines infractions en matière d'urbanisme est punissable. Tel est le cas lorsqu'une infraction se perpétue « dans une zone vulnérable du point de vue spatial », lorsqu'elle provoque des « nuisances urbanistiques inadmissibles » pour les voisins ou encore, lorsque la persistance d'une telle infraction constitue « une violation grave » des règles urbanistiques « essentielles ».

Ces termes circonscrivent l'incrimination établie par le décret flamand. Toutefois, sont-ils suffisamment précis pour respecter l'exigence de prévisibilité en matière pénale ? Appliquant cette exigence avec beaucoup de rigueur, la Cour répond à cette question préjudicielle en trois temps, dans son arrêt n^o 136/2004 du 22 juillet 2004 (69).

La première hypothèse est définie avec suffisamment de précision. En effet, cette disposition détermine, en son alinéa 4, ce qu'il faut entendre par « zone vulnérable d'un point de vue spatial » en énumérant les catégories visées.

Par contre, la seconde hypothèse, en usant de la notion de « nuisances urbanistiques inadmissibles », ne satisfait pas à ce prescrit. La Cour suit sur ce point l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat. Selon cette dernière, une telle notion laissant « une trop grande marge d'appréciation au juge pénal », elle ne pouvait constituer une définition précise du comportement punissable (70). Le législateur décréteil avait pourtant considéré que la jurisprudence constante de la Cour de cassation concernant les troubles de voisinage permettait d'interpréter ces termes et qu'il n'y avait dès lors pas lieu de les modifier. La Cour d'arbitrage reconnaît que les termes « nuisances inadmissibles » sont « acceptables en droit civil » mais que cette notion ne peut « constituer à elle seule la définition d'une infraction sans créer une insécurité inadmissible ». Le fait qu'il doive s'agir de nuisance « urbanistique » ne pallie en rien cette imprécision. En effet, il ne s'agit pas d'une « restriction suffisante parce qu'elle laisse subsis-

(69) Sur cet arrêt, voy. Arbitragehof, 22 juillet 2004, *NjW*, 2004, pp. 1276-1277, note S. Lust; D. Van Heuven et J. Beleyne, « Verjaring van stedenbouwmisdrijven - Problemen na het arrest nr. 2004/136 van 22 juli 2004 van het Arbitragehof », *NjW*, 2004, pp. 1271-1273; F. Judo, « Arbitragehof wil minder hersengymnastiek bij toetsing verdragen aan Grondwet », *Juristenkrant*, 2004, n^o 95, p. 1; I. Van Giel, « Eerste arrest van het Arbitragehof over de ongrondwettigheden in het verjaringsdecreet ruimtelijke ordening », *R.W.*, 2004-2005, pp. 583-588; J. Ghysels, « Verjaren stedenbouwmisdrijven nog na het arrest nr. 136/2004 van het Arbitragehof? », *C.D.P.K.*, 2004, pp. 384-391; A. Jacobs, « Le principe de légalité en matière pénale au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 835-836; 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. 378-383.

(70) B.7.3.

(64) Voy. M. Verdussen et E. Degrave, *La clémence et la Constitution*, à paraître.

(65) Signalons qu'à l'occasion de ce recours, la question a aussi été posée à la Cour de savoir s'il n'est pas contraire au principe de la légalité pénale que l'usage de faux soit considéré comme une infraction collective en vertu d'une règle jurisprudentielle et non d'une disposition légale. Malheureusement, la Cour a considéré que la question était ambiguë. Elle s'est dès lors prononcée, à regret selon nous, sur le seul délai de prescription de ce type d'infraction et non sur sa qualification par le juge du fond.

(66) Pour les deux arrêts : voy. B.6.2.

ter cette même insécurité pour tous ceux qui font naître un tel trouble » (71).

La troisième hypothèse souffre des mêmes critiques. La notion de violation grave « ne peut constituer à elle seule la définition d'une infraction sans créer une insécurité inadmissible ». La condition selon laquelle les règles doivent être « essentielles » « accroît même encore cette insécurité, étant donné que, sans autre précision, on ne peut savoir quelles règles doivent être considérées comme essentielles » (72).

Plus tard, ce décret de la Région flamande a fait l'objet de modifications. L'article 146, alinéa 3, est pourtant resté intact. La Cour a profité d'un recours en annulation introduit contre les modifications apportées pour soulever d'office l'inconstitutionnalité de l'article 146, alinéa 3, du décret. Elle l'a annulé pour les raisons énoncées dans son arrêt n° 136/2004 (73).

2°) L'article 151 de la loi-programme du 31 décembre 2001

La Cour a, à nouveau, fait preuve de sévérité dans son arrêt n° 69/2003 du 14 mai 2003 (74). L'article 151 de la loi-programme du 31 décembre 2001 a ainsi été annulé. Celui-ci interdisait les communications portant atteinte au « respect des lois », à la « sécurité de l'Etat », à « l'ordre public ou aux bonnes mœurs » ou « constituant une offense à l'égard d'un Etat étranger ». La Cour a estimé qu'aucune de ces notions n'était suffisamment précise. Plus particulièrement, elle a estimé que le législateur ne pouvait interdire, sans autre précision, les communications portant atteinte au respect des lois. En effet, le risque serait grand que soient alors poursuivis, sur la base de cette disposition, des citoyens qui, légitimement, dans une démocratie, auraient critiqué « en des termes sévères une loi déterminée ». De même, interdire « l'offense à l'égard d'un Etat étranger », sans autre précision, « porte atteinte à la liberté de manifester ses opinions ». Enfin, en ce qui concerne les notions d'ordre public et de bonnes mœurs, la Cour va jusqu'à considérer que, même si ces

notions sont « acceptables en droit civil bien qu'elles se prêtent à des définitions extensives, elles ne peuvent, pas plus que la notion de faute, constituer à elles seules la définition d'une infraction pénale, sans créer une insécurité inadmissible » (75).

§ 2. — L'appréciation de la disposition lue en combinaison avec d'autres dispositions

Une disposition qui n'est pas, en elle-même, suffisamment claire et précise n'est pas nécessairement contraire au principe de la légalité pénale. C'est ce que l'on peut déduire de l'attitude de la Cour d'arbitrage qui choisit parfois de puiser les éléments justifiant la prévisibilité d'une norme dans le contexte entourant celle-ci. En combinant une disposition avec une ou plusieurs autres normes, la Cour estime que l'exigence de prévisibilité est remplie.

Le décret de la Région flamande du 18 mai 1999 portant organisation de l'aménagement du territoire a, une fois encore, été critiqué devant la Cour. Répondant à la question préjudicielle qui lui était posée, la Cour l'a, cette fois, sauvé (76).

L'article 146, alinéa 1^{er}, 6^o, dudit décret était critiqué en ce qu'il punissait les infractions aux plans d'aménagement et règlements établis conformément aux dispositions du décret relatif à l'aménagement du territoire, coordonné le 22 octobre 1996. Les parties requérantes invoquaient le manque de précision du terme « infraction », arguant notamment du fait que, peu de temps auparavant, la Cour avait estimé que même la notion de faute était trop imprécise pour circonscrire une incrimination pénale.

La Cour désirait-elle sauver cette disposition? On est tenté de se poser la question. En effet, par un raisonnement accumulant moult références légales, la Cour tente de convaincre que cette disposition est conforme aux articles 12 et 14 de la Constitution. Cet arrêt est particulièrement complexe. Qu'il nous soit permis ici de structurer, dans la mesure du possible, les arguments entremêlés sous la plume de la Cour.

La disposition attaquée sanctionne les « infractions ». En quoi consistent-elles? La Cour décide que l'article 146, alinéa 1^{er}, 6^o, doit être lu en combinaison avec l'article 146, alinéa 1^{er}, 2^o. Celui-ci punit quiconque « exécute, poursuit ou maintient des opérations, travaux ou modifications contraires à un plan d'exécution spatial ». Bien qu'il ne s'agisse que d'une hypothèse particulière — celle des plans d'exécution spatial — parmi celles énumérées par l'article 146 du décret, la Cour considère qu'il s'agit d'une disposition générale qui peut être appliquée au cas d'espèce, celui des plans d'aménagement. Ainsi, l'infraction visée consisterait en l'exécution, la poursuite ou le maintien des travaux, opérations ou modifications contraires aux plans d'aménagement ou aux règlements régissant cette matière (77). Pourtant, cette explication n'est pas vraiment plus précise.

Par ailleurs, la Cour ne manque pas de relever que la notion de « travaux, opérations ou modifications » doit être circonscrite. Et elle s'en charge à nouveau. Parmi les travaux, opérations et modifications visés, certains doivent être autorisés tandis que d'autres sont exempts de cette obligation. Concernant les actes soumis à une autorisation, dès qu'ils ont été autorisés, plus aucune infraction n'est possible et ce, même s'ils l'ont été illégalement, en violation des plans d'aménagements ou des règlements y afférant. Cette règle est prévue par l'article 46 du décret du 21 novembre 2003 qui a modifié le décret en cause et doit être lu en combinaison avec la disposition litigieuse. Ce n'est pas suffisant. Il est encore nécessaire de circonscrire l'infraction dont il est question à la lumière de l'article 145sexies du décret du 18 mai 1999. Dans certains cas, en effet, il n'y a pas lieu de se poser la question de savoir si les travaux ont, ou non, été autorisés puisqu'un certain nombre d'entre eux doivent toujours être autorisés (78). Par ailleurs, les règles sont différentes concernant les travaux, opérations et modifications qui ne doivent pas être soumis à autorisation. Dans ce cas, il revient au juge du fond d'apprécier souverainement si ces actes sont contraires aux plans d'aménagement et aux règlements visés dans la disposition litigieuse (79).

Comment un juge pénal, probablement peu habitué à appliquer le droit de l'environnement, doit-il apprécier la contrariété d'un comportement à ces plans d'aménagement? Ladite disposition est silencieuse sur ce point, encore. La Cour comble, une nouvelle fois, ces zones d'ombre en affirmant que le juge doit se référer au décret relatif à l'aménagement du territoire, coordonné le 22 octobre 1996. Cependant, plutôt que de citer la seule disposition ayant trait aux plans d'aménagement, elle reprend les lignes concernant les plans de secteur et les plans communaux. En outre, l'énoncé de cette norme contient seulement l'énumération des indications contenues dans un plan d'aménagement. On peut se demander l'utilité qu'il représente pour le juge. Conscient peut-être de ce constat, elle synthétise ces énumérations en soutenant que « par conséquent, ces plans contiennent des prescriptions urbanistiques relatives à la destination, à l'aménagement et/ou à la gestion de la zone ou des zones auxquelles le plan est applicable » (80). « Les travaux, opérations ou modifications — qu'ils soient soumis ou non à une autorisation — ne sont dès lors punissables qu'en tant qu'ils sont contraires aux prescriptions urbanistiques relatives à la destination, à l'aménagement et/ou à la gestion de la zone édictée dans les plans » (81).

En livrant elle-même la grille de lecture de la disposition litigieuse, la Cour semble avouer implicitement que cette disposition n'est pas compréhensible sans son aide. Comment un justiciable, voire même un juge, pourrait savoir, sans que cela n'ait été précisé par le législateur, que l'intelligibilité de la disposition en cause requiert que l'on se réfère à quelque cinq autres textes, dont deux autres décrets? Par cet arrêt, la Cour complète le travail du lé-

(71) B.7.5.

(72) B.7.5.

(73) Voy. arrêt C.A., n° 14/2005 du 19 janvier 2005. Sur cet arrêt, voy. S. Lust, « Het handhavingsdecreet na het arrest van het Arbitragehof nr. 14/2005 van 19 januari 2005 », *C.D.P.K.*, 2005, pp. 151-162; S. Lust, « Het Handhavingsdecreet gedeeltelijk vernietig : over de "verjaring" van stedenbouwmisdrijven, de Hoge Raad voor het herstelbeleid en de keuze van de herstelmaatregel », *R.A.G.B.*, 2005, pp. 373-382; D. Van Heuven et J. Beleyne, « Stedenbouwmisdrijver verjaren dan toch », *R.W.*, 2005-2006, pp. 98-100; 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. 163-169.

(74) Sur cet arrêt, voy. P. Vanden Heede, « Het Arbitragehof en de kwaliteit van de (straf-)wetgeving », *R.W.*, 2003-2004, pp. 1100-1101; A. Jacobs, « Le principe de légalité en matière pénale au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 834-835; M. Nihoul, « A propos de la précision requise pour définir une infraction en vertu du principe de la légalité pénale ou de prévisibilité du droit pénal », *J.T.*, 2004, pp. 2-6; Ph. Toussaint, « La Cour d'arbitrage et les écoutes téléphoniques », *Journ. proc.*, 2003, n° 461, p. 31.

(75) B.9.3.

(76) C.A. n° 156/2005, du 20 octobre 2005.

(77) B.7.2.

(78) B.11.

(79) B.10.1.

(80) B.10.5.

(81) B.10.7.

gislateur. Après avoir dû faire œuvre de pédagogie, elle estime que la disposition est suffisamment claire, alors qu'en soi, elle ne l'est pas.

La même remarque peut être émise à l'égard de l'arrêt n° 81/2006 du 17 mai 2006. Celui-ci concerne, une fois encore, l'article 146, alinéas 3 et 4, du décret du 18 mai 1999 susvisé. Rappelons que cette disposition incrimine les infractions persistantes commises dans une zone vulnérable d'un point de vue spatial, telle qu'une zone agricole à valeur particulière. Cette norme est-elle conforme au principe de la légalité pénale si elle est interprétée en ce sens que les « zones agricoles d'intérêt paysager » relèvent des « zones agricoles à valeur particulière », comme le prévoit la jurisprudence de la Cour de cassation ?

La Cour répond par l'affirmative et fonde son raisonnement sur l'arrêté royal du 28 décembre 1972 relatif à la présentation et à la mise en œuvre des projets de plan et des plans de secteur. Après avoir défini les « zones d'intérêt paysager » par référence à l'article 2 dudit arrêté royal, elle définit les « zones agricoles » en reprenant les termes de l'article 11. Finalement, elle énonce la définition de « zones agricoles d'intérêt paysager » qui figure à l'article 15.4.6.1. de l'arrêté royal précité.

Partant exclusivement de ces trois définitions, elle soutient que « la jurisprudence a dès lors pu conclure que ces zones, qui sont désignées avec précision dans les plans de secteur, doivent être considérées comme des « zones agricoles à valeur particulière » qui sont « désignées sur les plans d'exécution spatiaux ou les plans d'aménagement », au sens de l'article 146, alinéa 4 » du décret précité (82).

§ 3. — L'appréciation de la disposition au regard des travaux préparatoires et de la jurisprudence

Plus récemment, la Cour d'arbitrage a encore assoupli davantage ses exigences concernant la légalité pénale. Ainsi, une disposition ne pouvant être circonscrite précisément ni au regard de son texte ni au regard des dispositions l'entourant, ne viole pas pour autant les exigences de précision et de prévisibilité requises en matière pénale. En effet, la Cour accepte depuis quelques années de sauver les dispositions qui peuvent être comprises au regard des travaux préparatoires ou de la jurisprudence en faisant application.

Pour soutenir une telle méthode, elle semble avoir pris le pli de se référer systématiquement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci a circonscrit le principe de la légalité pénale à partir de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. Trois arrêts dominent la matière et sous-tendent les raisonnements récents de la Cour d'arbitrage. Dans son arrêt *Kokkinakis contre Grèce*, du 25 mai 1993, la Cour européenne affirme qu'une infraction « doit être clairement définie par la loi » et que « cette condition se trouve remplie lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité

pénale ». Dans l'arrêt *S.W. contre Royaume-Uni*, du 22 novembre 1995, elle soutient que « aussi clair que le libellé d'une disposition puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire. (...) On ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention européenne comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible ». Enfin, dans son arrêt *Cantoni contre France*, du 15 novembre 1996, la Cour européenne rappelle que « la portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre, ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires. La prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé ».

A notre sens, ces trois arrêts illustrent des exigences différentes et ne concernent pas tous l'interprétation d'une disposition au regard des travaux préparatoires et de la jurisprudence. Tandis que le deuxième arrêt traite du pouvoir d'interprétation du juge et se réfère plus volontiers au principe de la séparation des pouvoirs, le troisième offre un critère d'appréciation encore différent, puisqu'il prévoit l'appréciation de la légalité pénale en fonction de chaque cas d'espèce, « du nombre et de la qualité » des destinataires de la disposition. Seul le premier arrêt semble pertinent pour illustrer les exigences de la Cour d'arbitrage en l'espèce. Elle préfère pourtant citer systématiquement les trois arrêts ensemble, par prudence peut-être.

1°) La loi « antidiscrimination »

C'est le 6 octobre 2004 qu'a été rendu le premier arrêt de la Cour d'arbitrage considérant qu'une disposition devait être interprétée au regard des travaux préparatoires et de la jurisprudence (83). En l'espèce, le terme « discrimination », contenu dans la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination, créait la polémique (84).

Selon la Cour, cette notion respecte les exigences de précision et de prévisibilité en ma-

tière pénale. En effet, ce terme « a fait l'objet d'une jurisprudence abondante, notamment de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour d'arbitrage, et il a été répété tout au long des travaux préparatoires que le législateur entendait se référer à cette jurisprudence ». Elle avance, en outre, que « dans le langage courant, le terme « discrimination » désigne une différence de traitement arbitraire ». Enfin, puisque les motifs de la discrimination sont énumérés dans la loi et que celle-ci n'est punissable que si elle cause un préjudice à autrui, le terme discrimination ne viole pas le principe de la légalité pénale. Il en va de même de l'« incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence » jugée suffisamment précise. En effet, « il ressort des travaux préparatoires » qu'il faut démontrer l'intention d'inciter à de tels comportements. Cette notion doit donc « être considérée comme requérant l'existence d'un dol spécial » (85).

La confrontation de cet arrêt à des décisions de la Cour rendues précédemment suscite certaines interrogations. En effet, la Cour n'a-t-elle pas considéré, dans son arrêt 69/2003 précité, que les notions de bonnes mœurs, d'ordre public ou encore, de faute, ne répondaient pas aux exigences de la légalité pénale (86)? On peut douter aujourd'hui que le terme « discrimination » ait fait l'objet d'une jurisprudence plus abondante que celui de « faute », par exemple. Pourquoi donc avoir fait référence à la jurisprudence dans un cas et non dans l'autre? Il serait, en outre, hasardeux de vouloir prétendre qu'aux yeux d'un prévenu, le terme « discrimination » est plus précis et permet plus de prévisibilité que celui de « bonne mœurs » ou de « nuisances publiques »...

D'ailleurs, la section de législation du Conseil d'Etat avait critiqué à maints égards la proposition de loi en rappelant notamment qu'il « convient que les citoyens sachent de manière précise quels sont les comportements qui leur sont interdits. Cette exigence s'impose particulièrement en droit pénal » (87). Elle avait attiré l'attention du législateur sur le fait que les différents motifs de discrimination énoncés ne servaient pas suffisamment l'exigence de précision puisque « le projet recourt à neuf critères différents de discrimination et s'applique à tous les domaines de la vie sociale » si bien que « le citoyen sera souvent dans l'impossibilité de déterminer avec suffisamment de certitude si un comportement déterminé constitue une discrimination » (88). En outre, l'interprétation jurisprudentielle de cette notion n'aidera pas nécessairement les citoyens. En effet, « s'ils sont relativement précis pour l'autorité publique en raison de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, [ces critères] ne le sont pas pour eux. Il en va ainsi,

(85) B.51.

(86) Dans le même sens, S. van Drooghenbroeck, « La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination : les défis d'une « horizontalisation » des droits de l'homme », *A.P.T.*, 2003, p. 249.

(87) Avis L. 30.462/2 du 16 novembre 2000 sur une proposition de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et sur les amendements n°s 1 à 5, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1999-2000, n°s 2-12, p. 8.

(88) *Ibidem*, p. 6.

(82) B.6.2.

(83) Il s'agit de l'arrêt n° 157/2004. Sur cet arrêt, voy. F. Ang, « De (on)verenigbaarheid van de antidiscriminatiewet met de Grondwet », *T.V.M.R.*, 2004, liv. 4, pp. 14-16; J. Jacquemain, « La loi antidiscrimination après l'arrêt de la Cour d'arbitrage : et le droit européen? », *Chr. D.S.*, 2005, liv. 1, pp. 6-7; A. Jacobs, « Le principe de légalité en matière pénale au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 836-837; S. Sotiaux et J. Vrielink, « Een arrest, vijf mijlpalen », *Juristenkrant*, 2004, n° 96, p. 4; J. De Wit, « De antidiscriminatiewet discrimineert », *Juristenkrant*, 2004, n° 96, p. 5; P. Joassart, « La loi anti-discrimination et l'arrêt de la Cour d'arbitrage - Une victoire pour le Vlaams Blok? », *Journ. proc.*, 2004, pp. 8-11.

(84) Pour un commentaire de cette loi telle qu'appliquée par une juridiction judiciaire, voy. E. Brems et S. van Drooghenbroeck, « Le Vlaams Blok, groupe raciste - A propos de l'arrêt de la cour d'appel de Gand du 21 avril 2004 », *J.T.*, 2004, pp. 591-597.

notamment, de la notion de but poursuivi par la mesure ou le comportement jugés discriminatoires ». Enfin, l'imprécision de la proposition de loi est due aussi à son champ d'application « qui n'est pas restreint à un domaine particulier (...) mais concerne la totalité de la "vie sociale" » (89).

2°) *La loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*

L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 11 mai 2005 rendu sur question préjudicielle peut, lui aussi, susciter certaines interrogations (90). Le juge *a quo* était saisi de poursuites à l'égard de « marchands de sommeil ». Ces prévenus étaient accusés d'avoir « abusé, soit directement, soit par un intermédiaire, de la position particulièrement vulnérable d'un étranger en raison de sa situation administrative illégale ou précaire, en vendant, louant ou en mettant à disposition des chambres ou tout autre local dans l'intention de réaliser un profit anormal », d'avoir « vendu, loué ou mis à disposition, aux fins de la prostitution, des chambres ou tout autre local dans le but de réaliser un profit anormal » et d'avoir « fait partie sciemment et volontairement d'une organisation criminelle ». La question a été posée à la Cour de savoir si les termes « profit anormal » et « appartenance à une organisation criminelle » violaient le principe de la légalité en matière répressive.

La Cour répond à cette question par la négative. En ce qui concerne la notion de « profit anormal », elle renvoie aux travaux préparatoires de la loi contenant la disposition critiquée ainsi qu'à la jurisprudence existante pour conclure que « tout propriétaire d'un immeuble peut savoir, à partir du libellé des deux articles de loi en cause et de leur interprétation judiciaire quels actes engagent sa responsabilité pénale (...) » (91). Quant à la notion d'« appartenance » à une organisation criminelle, elle renvoie aux travaux préparatoires pour rappeler que ce terme « n'implique pas la commission d'infraction ou la participation à ces infractions » et qu'il doit être prouvé que la partie poursuivie a agi en connaissance de cause (92).

La Cour a eu l'occasion de confirmer sa position au sujet de la notion d'appartenance à une organisation criminelle dans son arrêt n° 116/2005 du 30 juin 2005. Elle le fait en des termes rigoureusement identiques à ceux de l'arrêt du 11 mai 2005.

3°) *L'article 492bis du Code pénal relatif à l'abus de biens sociaux*

La Cour s'est prononcée sur la constitutionnalité de l'article 492bis du Code pénal, dans son arrêt n° 40/2006 du 15 mars 2006. Celui-ci sanctionne tout dirigeant d'une société qui use des biens de la personne morale alors qu'il sait qu'un tel usage est « significativement préjudiciable » pour les intérêts patrimoniaux

de cette société et de ceux de ses créanciers ou associés.

La Cour a estimé que les termes « significativement préjudiciable » n'étaient pas trop imprécis pour circonscrire une infraction pénale. En effet, les travaux préparatoires révèlent que le législateur a visé uniquement les faits entraînant un préjudice considérable pour la société, ses créanciers ou ses associés, et non les faits vétilles. De plus, le terme « significativement » a été préféré au terme « gravement » afin de permettre l'appréciation de l'existence d'une telle infraction au cas par cas, « compte tenu de tous les autres éléments de la cause et en particulier de la réalité économique » (93).

§ 4. — *Vers une appréciation de la disposition au regard des destinataires de celle-ci?*

La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas seulement reconnu la possibilité de se référer à la jurisprudence et aux travaux préparatoires pour comprendre une norme. Elle a aussi affirmé que la qualité d'une disposition pouvait être appréciée au regard du « nombre et de la qualité de ses destinataires » (94). Faisant application de ce critère, la juridiction strasbourgeoise a condamné un gérant de supermarché car, par sa qualité professionnelle, il devait savoir que les produits mis en vente dans son magasin étaient des médicaments et qu'il était dès lors coupable d'un exercice illégal de la médecine (95).

La Cour d'arbitrage ne manque pas de rappeler cette décision dans plusieurs arrêts. Il peut donc être permis de croire qu'elle ne tardera pas à faire application de ce critère pragmatique. C'est d'ailleurs dans cette lignée que semble s'inscrire l'arrêt n° 40/2006 précité, rendu ce 15 mars 2006. En effet, la Cour ne se contente pas d'une référence aux travaux préparatoires. Elle semble aussi apprécier la constitutionnalité de la norme au regard du destinataire de celle-ci. En effet, elle considère que le dirigeant d'une société, est « raisonnablement capable, en tant que premier intéressé, d'évaluer ce que signifie concrètement la notion d'usage "significativement préjudiciable" lorsqu'il s'agit du préjudice causé aux intérêts patrimoniaux de la personne morale dont il est le dirigeant et à ceux des créanciers ou associés de cette personne morale » (96). On peut toutefois se demander, en pratique, si la seule qualité de dirigeant d'une société suffit à présumer l'effective compréhension de la loi. En effet, il existe de multiples types de société, et les personnes les dirigeant n'ont pas nécessairement la même formation, ni la même capacité d'accéder aux lois et de les comprendre. La référence au destinataire de la norme, défini abstraitement, risque d'entraîner des conséquences sévères pour certains citoyens.

(93) B.7.

(94) Voy. notamment, C.E.D.H., *Groppera Radio AG et autres c. Suisse* du 28 mars 1990, § 68; C.E.D.H., *Canoni c. la France* du 15 novembre 1996, § 35.

(95) C.E.D.H., *Canoni c. France* du 15 novembre 1996. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. D. Spielman, « Principe de légalité et mise en œuvre communautaire », *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 689-711.

(96) B.7., *in fine*.

LES ENSEIGNEMENTS DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

Deux constats peuvent être dégagés de l'analyse de cette jurisprudence de la Cour d'arbitrage. D'une part, la Cour apprécie le respect de la légalité pénale au regard de critères changeants. D'autre part, elle se montre soucieuse de sauvegarder la loi. On tentera de trouver des explications à ces phénomènes et d'en tirer les conséquences qu'ils impliquent pour les citoyens. Finalement, on se posera la question de savoir si, tel qu'il est conçu et appliqué aujourd'hui, le principe de la légalité pénale a encore un sens en pratique.

A. — Les constats

§ 1^{er}. — *La Cour d'arbitrage apprécie la légalité pénale au regard de critères changeants*

Plutôt que de juger du respect de la légalité pénale en appliquant à chaque cas d'espèce un — voire plusieurs — critère(s) identique(s), la Cour apprécie chaque cas d'espèce sous un angle différent. On peut toutefois dégager deux méthodes d'appréciation différentes, suivant qu'il est reproché à la norme attaquée de ne pas respecter le principe de la séparation des pouvoirs ou l'exigence de précision et de prévisibilité de loi pénale.

1°) *Il est reproché à la norme attaquée de ne pas respecter la légalité formelle*

On l'a dit, la légalité pénale, entendue dans le sens de légalité formelle, requiert une loi. Celle-ci doit être précise afin de limiter le pouvoir d'appréciation du juge et du pouvoir exécutif et d'éviter que celui-ci n'équivalise à un pouvoir d'incrimination.

La jurisprudence de la Cour nous enseigne que la précision d'une telle loi ne doit pas être envisagée trop strictement. Le juge doit, en effet, garder une certaine liberté d'appréciation afin d'adapter les lois aux circonstances de l'espèce. Pour juger de la constitutionnalité d'un tel pouvoir d'appréciation, la Cour applique le critère de l'objectivité des éléments soumis aux lumières du juge. Ainsi, il semble que la Cour considère qu'un tel pouvoir d'appréciation n'est pas excessif s'il permet au juge de se prononcer sur la base d'éléments objectifs et non subjectifs. Pour cette raison, la Cour n'a pas sanctionné la notion de « faute la plus grave » présente dans le Code pénal.

La Cour applique le même critère au pouvoir exécutif, investi de compétences déléguées par le pouvoir législatif. Bien qu'un certain pouvoir d'appréciation lui soit nécessaire pour l'accomplissement des missions confiées, celui-ci ne peut l'amener à agir sur la base d'éléments subjectifs. L'arrêt *Cannabis* en témoigne à suffisance.

La Cour semble, en outre, avoir égard au respect des droits des prévenus. S'il apparaît que le pouvoir exécutif pourrait porter atteinte aux droits des personnes poursuivies, l'habilitation législative dont il est le titulaire est jugée contraire au principe de la légalité pénale.

Ainsi, le pouvoir d'appréciation du procureur du Roi dans le cadre de la procédure de comparution immédiate fut anéanti par la Cour. Un contrôle si sévère n'est pourtant pas appliqué au pouvoir d'appréciation du juge. C'est ce que l'on peut déduire de l'arrêt du 13 juillet 2005 relatif aux infractions terroristes.

2°) Il est reproché à la norme attaquée de ne pas respecter la légalité substantielle

On l'a dit, les normes pénales doivent être suffisamment précises et prévisibles pour permettre au citoyen de connaître à l'avance les conséquences des actes infractionnels qu'il poserait. La Cour apprécie cette exigence différemment suivant qu'est en cause une norme régissant la procédure pénale ou définissant une incrimination.

Une disposition régissant la procédure pénale n'est que partiellement soumise à ces exigences. Tout citoyen doit connaître la peine qui risque de lui être infligée. Il ne peut toutefois exiger de savoir avec certitude s'il sera finalement sanctionné, ni même pendant combien de temps il peut être poursuivi. La jurisprudence de la Cour est sur ce point homogène.

Quant aux dispositions régissant les incriminations, il est plus délicat de systématiser les critères appliqués par la Cour sur la base des arrêts rendus. En effet, sans livrer de justification aucune, la Cour choisit tantôt de juger la constitutionnalité des normes en se référant exclusivement au texte de la disposition attaquée, tantôt au contexte de celle-ci ou encore, à l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence et les travaux préparatoires. Une analyse chronologique des arrêts ne permet pas d'y voir plus clair. En 2005, par exemple, certains arrêts se fondent sur le contexte de la disposition, d'autres, sur la jurisprudence et les travaux préparatoires.

Quelques détours par la section de législation du Conseil d'Etat ont pourtant témoigné de la possibilité d'apprécier l'exigence de prévisibilité de manière rigoureuse et de rendre alors des décisions empreintes d'une plus grande homogénéité. Cette différence peut être due au fait que la Cour d'arbitrage est une juridiction, et non un organe consultatif. Elle doit tenir compte des effets juridiques et politiques de ses arrêts. Quant à la section de législation, elle n'hésite pas à se montrer plus sévère (97). Elle doit, en effet, « convaincre pour être suivie » (98) et rendre des avis juridiquement pertinents, amplement argumentés.

§ 2. — La Cour d'arbitrage se montre soucieuse de sauvegarder la loi

Tantôt, la Cour effectue elle-même le travail du législateur en complétant des dispositions imprécises. Tantôt, elle se réfère aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et décide qu'au regard de l'interprétation de la légalité pénale telle que consacrée par la jurisprudence strasbourgeoise, la dispo-

sition attaquée ne peut être sanctionnée. Ce faisant, elle parvient souvent à sauver la norme attaquée sous prétexte qu'elle ne viole pas le principe de la légalité pénale.

Force est donc de constater qu'on assiste à une inversion des logiques en cause dans le débat constitutionnel. Plutôt que de contrôler la validité d'une disposition au regard de la garantie de légalité rigoureusement interprétée, on modalise cette garantie constitutionnelle, norme de référence, afin de sauvegarder la disposition attaquée. Partant, la protection du législateur n'aurait-elle pas pris le pas sur la protection du justiciable? La question mérite d'être soulevée. En ce sens, d'aucuns soutiennent, à juste titre selon nous, que « la juridiction constitutionnelle n'a pas vocation à servir de caution aveugle ou de chambre d'entérinement au droit en vigueur. Sa mission consiste aussi parfois à bousculer le droit positif et à remettre en cause des normes légales ou jurisprudentielles qui sont devenues inacceptables au regard de certains droits fondamentaux » (99).

1°) La Cour d'arbitrage complète le travail du législateur

Face à certaines dispositions imprécises, il arrive que la Cour fasse œuvre de pédagogie en livrant une grille de lecture de la norme attaquée, voire même, comble les silences du législateur (100). Tel fut le cas dans l'arrêt n° 156/2005, du 20 octobre 2005, concernant les infractions aux règles de l'urbanisme. On l'a dit, la Cour a sauvé la disposition attaquée. Pour cela, il lui a fallu cependant étendre elle-même le champ d'application d'une infraction visée par la loi ainsi que faire de nombreuses références à d'autres dispositions du décret en cause ainsi qu'à un autre décret. Finalement, elle considère que le principe de légalité pénale est respecté alors que la disposition attaquée n'est pas compréhensible sans les nombreux éclaircissements de la Cour.

Par ailleurs, certaines dispositions ont été sauvées car la lecture des travaux préparatoires et de la jurisprudence les rendait suffisamment précises et prévisibles. Pourtant, les dispositions en cause ne contiennent pas de référence à ces textes. Il faut donc admettre que la Cour, en renvoyant aux travaux préparatoires et à la jurisprudence, complète elle-même la norme à la place du législateur.

2°) La Cour d'arbitrage fait appel à la Cour européenne des droits de l'homme

Dans chacun des arrêts où elle se prononce sur la prévisibilité d'une incrimination, la Cour invoque la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Pourtant, le fait-elle vraiment dans l'esprit des décisions strasbourgeoises? Certes, la Cour européenne des droits de l'homme interprète le terme « loi » dans un sens large. Selon elle, il englobe aussi bien le droit d'origine législative que jurisprudentielle. La raison en est que la Cour européenne es-

time qu'il serait contraire à l'intention des auteurs de la Convention de refuser l'application du principe de la légalité pénale aux Etats de *common law* au motif que leur système juridique est régi par des normes jurisprudentielles et non législatives (101). La Cour se montre, par là, empreinte d'une volonté de protéger le plus grand nombre de citoyens.

Mais que l'on ne s'y méprenne pas. D'aucuns relèvent, en effet, qu'il « serait sans doute inexact de conclure au recul du principe de la légalité pénale sous l'influence des systèmes de *common law* » (102). La Cour exige en effet que ces normes, fussent-elles du droit d'origine jurisprudentielle, répondent aux exigences d'accessibilité, de précision et de prévisibilité du droit pénal.

La transposition de la jurisprudence strasbourgeoise dans notre système juridique ne se heurte-t-elle pas à certains écueils? On a pu constater que la Cour d'arbitrage se réfère à la jurisprudence. Est-ce vraiment nécessaire? Rappelons que le droit belge est avant tout un droit écrit, et non jurisprudentiel. La référence à la jurisprudence se justifie moins chez nous que dans un Etat de *common law*. Pourtant, on a tendance à penser que la Cour use de la jurisprudence, de temps à autre seulement, comme un moyen de pallier les manquements du législateur. Elle puise « à la source jurisprudentielle non pour donner la plénitude de son sens à la loi générale et néanmoins claire, mais pour combler les silences d'une législation défectueuse, ou remédier à ses imprécisions et autres insuffisances rédactionnelles » (103). Certaines dispositions normatives ont ainsi pu être sauvées. Pourtant, selon la Cour européenne des droits de l'homme, trois exigences conditionnent l'utilisation de la jurisprudence pour juger du respect de la légalité pénale, à savoir, l'accessibilité, la précision et la prévisibilité. La Cour d'arbitrage s'en soucie-t-elle suffisamment? Plusieurs indices permettent d'en douter (104).

B. — Les explications

Face aux divers changements méthodologiques de la Cour d'arbitrage, on ne peut résister à la tentation d'en déceler les raisons d'être. Trois explications peuvent éclairer nos interrogations. Tout d'abord, la Cour semble soucieuse de prendre en compte les conséquences de ses arrêts. Ensuite, elle semble encourager le législateur à respecter les engagements internationaux à l'origine de certaines lois. Enfin, et plus fondamentalement, la jurisprudence constitutionnelle révèle le changement actuel que connaît le mode de production des normes.

(101) C.E.D.H., arrêt *Sundays Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979.

(102) M. Delmas-Marty, « Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *op. cit.*, p. 154; D. Spielman, *op. cit.*, p. 695.

(103) R. Koering-Joulin, « Pour un retour à une interprétation stricte... du principe de la légalité criminelle (à propos de l'article 7, 1^o, de la Convention européenne des droits de l'homme) », *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1995, p. 249.

(104) *Cfr infra*.

(97) P. Vandernacht et X. Delgrange, « Ebauche d'une comparaison des contrôles préventifs de la section de législation du Conseil d'Etat et curatif de la Cour d'arbitrage », *Le Conseil d'Etat de Belgique, cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 133.

(98) *Ibidem*, p. 141.

(99) B. Frydman, « L'autorité des interprétations de la Cour », *Rev. dr. U.L.B.*, 2002, p. 125.

(100) Dans le même sens : S. Berbuto, « La législation pénale soumise au contrôle de la Cour d'arbitrage : quelques arrêts en procédure pénale », in *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres?*, Liège, éd. du Jeune barreau de Liège, 2004, p. 212.

§ 1^{er}. — Les effets des arrêts

Il semblerait que le juge constitutionnel ait tendance aujourd'hui à statuer au regard des effets de ses décisions sur l'organisation juridique de notre société.

Ainsi, d'aucuns considèrent que les décisions rendues pourraient être tributaires du mode de saisine de la Cour (105). Le juge constitutionnel serait empreint d'une prudence particulière lorsqu'il est saisi d'une question préjudicielle. En effet, contrairement à ce qui est prévu dans le cadre d'un recours en annulation, la Cour ne peut moduler dans le temps les effets du constat de violation découlant d'une question préjudicielle. Elle hésiterait dès lors à porter un jugement trop sévère sur certaines dispositions dont le constat d'inconstitutionnalité troublerait amplement les poursuites en cours (106). Une telle hypothèse, bien que très intéressante, demande à être éprouvée scientifiquement, au regard d'une ample analyse de la jurisprudence constitutionnelle, ce qui n'est pas l'objet de la présente analyse.

§ 2. — Les engagements internationaux

Plus généralement, la Cour souhaite-t-elle ne pas entraver les initiatives du législateur visant à donner corps à certaines recommandations supranationales. L'exemple de l'arrêt du 6 octobre 2004 dans lequel la Cour se prononce sur la notion de discrimination est, à cet égard, assez parlant. Si la haute juridiction avait dû aboutir à un constat d'inconstitutionnalité de cette incrimination, elle aurait freiné les élans du législateur encouragé par les institutions européennes. En effet, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance a rendu, durant l'année 2003, un rapport sur la Belgique, l'incitant à renforcer la protection en matière pénale contre les actes inspirés par le racisme et la xénophobie. Elle recommande aux autorités belges « d'assurer l'application complète des dispositions légales contre la discrimination et le racisme » (107) et en particulier de « faire en sorte que tous les acteurs d'actes inspirés par le racisme et la xénophobie, y compris la diffusion de documents racistes ou xénophobes, soient poursuivis, y compris les partis politiques et les organisations qui y sont liées » (108). Bien que cela n'explique pas entièrement l'attitude récente de la Cour qui consiste à sauver certaines dispositions en faisant appel aux travaux préparatoires et à la jurisprudence, on comprend le malaise auquel elle peut être confrontée à propos de certains sujets sensibles. Ce même malaise a pu être ressenti dans l'arrêt n° 27/2005 du 2 février 2005 en matière de roulage.

§ 3. — L'évolution du mode de production des normes

Le temps est révolu où l'on pouvait affirmer que « la loi tient sa transcendance (...) de la

(105) A. Jacobs, « Le principe de légalité en matière pénale au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 826

(106) *Idem.*

(107) Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, « Troisième rapport relatif à la Belgique adopté le 27 juin 2003 », CRI, 2004, p. 20. Consultable sur http://www.coe.int/T/E/Human_Rights.

(108) *Ibidem*, p. 24.

majesté de son origine : elle ne peut être que parfaite puisqu'elle est votée par les représentants du peuple » (109). Les lois sont d'autant plus imparfaites qu'elles se sont progressivement dévalorisées. Devenues « de plus en plus nombreuses, bavardes et éphémères », elles sont « de moins en moins sécurisantes pour le citoyen, qui est englouti sous un amas de réglementations opaques et pointillistes, que la complexité de nos sociétés contemporaines ne suffit pas à justifier » (110).

C'est dans ce contexte que le mode de production des normes a bien dû évoluer, offrant au juge une place grandissante dans l'élaboration des lois. Ainsi, « nul n'oserait plus soutenir aujourd'hui que le juge n'est que "la bouche de la loi" » (111). Celui-ci est aujourd'hui appelé à en « combler les lacunes » (112) et, ainsi, à donner au système juridique une cohérence, à « inscrire la solution adoptée dans l'ordonnement d'ensemble, logique et axiologique, du système juridique » (113). En d'autres termes, « le magistrat contribue (...) à l'harmonisation des règles de droit, par l'atténuation, au cas par cas, des dissonances qui en affectent le concert. Ce faisant, il remplit de manière dynamique son office de garant de l'intégrité de l'ordre juridique » (114).

La Cour semble respecter une telle évolution. Constatant que le juge est devenu un acteur dans l'élaboration de la norme, elle refuse de sanctionner une disposition qui n'est pas en elle-même suffisamment précise, sans vérifier au préalable si la jurisprudence rend celle-ci intelligible. On peut regretter toutefois qu'elle ne le fasse pas plus systématiquement.

La Cour semble, en outre, s'inscrire dans une telle évolution. On l'a dit, il arrive que la Cour complète le travail du législateur, participant alors elle-même au processus d'élaboration de la norme afin de la préciser ou d'y apporter quelque éclaircissement.

Si cette évolution permet de pallier les manquements du législateur et de faire évoluer les normes au rythme de la société, on ne peut toutefois, sous couvert de telles nécessités, feindre d'ignorer certains effets pervers pour le citoyen. Tel est l'objet des développements qui suivent.

C. — Les conséquences

« Dans une société démocratique, le pouvoir n'est pas seulement tenu au respect de la règle de droit, il doit encore s'attacher à la rendre accessible et compréhensible » (115).

(109) M. Verdussen, *Les douzes juges - La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, éd. Labor, 2004, p. 11.

(110) *Ibidem*, p. 15.

(111) F. Rigaux, *La loi des juges*, Paris, éd. O. Jacobs, 1997, p. 65.

(112) *Ibidem*, p. 128.

(113) F. Ost et M. van de Kerchove, *op. cit.*, p. 134.

(114) B. Frydman, *op. cit.*, p. 118; dans le même sens, D. Ribes, « Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *Rev. b. dr. const.*, 1999, p. 259. Voy. aussi B. Mathieu, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », *op. cit.*, n° 11, p. 66.

(115) J.-P. Queneudec, « Liberté d'accès au droit et qualité des règles juridiques », *Libertés, justice, tolérance - Mélanges en hommage au doyen Gérard*

La légalité pénale ambitionne d'atteindre cet objectif. En effet, on l'a dit, au-delà de sa dimension formelle, ce principe exige que les normes revêtent une certaine qualité, afin que les individus soient à même de savoir quelles règles s'appliquent à un cas donné et de prévoir les conséquences des actes qu'ils poseraient (116).

Ainsi, à l'obligation des autorités publiques de rendre les règles de droit compréhensibles, « correspond, pour le citoyen, un droit ou une liberté d'accès au droit » (117). Bien qu'une telle liberté ne s'incarne aujourd'hui dans aucun texte, elle « fait partie intégrante des garanties fondamentales dont peut se prévaloir le citoyen » (118). Reconnue et développée par la Cour européenne des droits de l'homme, l'exigence de clarté de la loi s'est vue élevée au rang de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel de France (119). Chez nous, la section de législation du Conseil d'Etat a affirmé qu'« en matière pénale, c'est, pour le pouvoir législatif, une obligation constitutionnelle, et non une simple obligation générale de prudence, de disposer par des règles précises » (120).

Qu'en est-il de la Cour d'arbitrage? Peut-on conclure au respect des principes d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi à la lecture des arrêts de notre Cour constitutionnelle? Certains éléments permettent d'en douter.

§ 1^{er}. — L'accessibilité à la loi pénale

L'accessibilité aux règles applicables aux prévenus, en ce compris la jurisprudence et les travaux préparatoires, semble aléatoire. Bien que les citoyens aient probablement une connaissance générale des lois, il serait fort optimiste de penser qu'ils en connaissent les modalités d'application et les exceptions telles qu'établies dans des lois particulières, la jurisprudence ou les travaux préparatoires. Les seuls termes « jurisprudence », « travaux préparatoires », ne signifient probablement pas grand-chose pour un citoyen n'ayant pas étudié le droit. Comment croire qu'ils en maîtrisent le contenu? On imagine mal les citoyens, en particulier lorsqu'ils sont sur le point de commettre une infraction, combler leur temps libre en surfant sur le site du *Moniteur belge* ou celui des multiples assemblées législatives du Royaume...

Cohen-Jonathan, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1317.

(116) M. van de Kerchove, *op. cit.*, p. 312; M. Delmas-Marty, « Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *op. cit.*, p. 154.

(117) *Idem.*

(118) *Idem.*

(119) B. Mathieu, « La sécurité juridique : un produit d'importation dorénavant "made in France" », note sous décision 99_421 DC du 16 décembre 1999, *Rec. Dalloz*, 2000, p. VII; B. Mathieu, « Les lois de finances au crible de la sécurité juridique - A propos des décisions 2005-230 DC du 29 décembre 2005 du Conseil constitutionnel », *Les petites affiches*, 2006, n° 10, pp. 4-7.

(120) Avis de la S.L.C.E. sur un projet de loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales », 5 octobre 1998, *Doc. parl.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 120.

§ 2. — *L'intelligibilité de la loi pénale*

Quand bien même les citoyens auraient accès à l'ensemble de ces règles, la compréhension de celles-ci ne semble pas assurée. Ainsi peut-on en arriver à affirmer que l'adage *nemo censetur legem ignorare* relève aujourd'hui de la fiction (121).

En effet, les lois floues ou complexes se sont multipliées (122). Parmi les dispositions attaquées devant la Cour, on songe particulièrement au décret flamand du 18 mai 1999 en matière d'urbanisme. Pour circonscrire la notion d'infraction, la Cour a elle-même livré les éléments nécessaires à la compréhension de cette norme dans un arrêt, lui aussi, très complexe. Pourtant, la Cour estime qu'en elle-même, elle respecte les exigences de précision et de prévisibilité. Dans le même sens, la notion de discrimination, notamment, risque de poser des difficultés aux citoyens, contraints de comprendre les neuf critères conditionnant l'existence d'une discrimination et ce, au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage et de la Cour européenne des droits de l'homme qu'ils ne connaissent peut-être pas, à la différence, sans doute, des autorités publiques. L'avis du Conseil d'Etat à ce sujet était particulièrement éloquent. Pourtant, ne viendrait-il pas, en matière pénale plus que dans tout autre domaine, d'être particulièrement attentif à la clarté de la loi compte tenu

du fait que ces règles sont destinées à être appliquées à des personnes n'ayant pas toujours un comportement rationnel et ne se souciant pas de connaître les méandres des lois avant de poser leurs actes?

CONCLUSION

La Cour d'arbitrage apprécie la légalité pénale selon des critères changeants. Elle révèle par là une volonté de ne pas blesser l'ordonnement juridique, notamment en prenant garde de ne pas entraver les engagements internationaux du législateur. Ainsi, soucieuse de tenir compte des effets de ses arrêts, elle s'abstient de sanctionner certaines normes allant parfois même jusqu'à compléter le travail du législateur. Il reste que l'augmentation du nombre de lois floues et complexes empêche les citoyens d'y accéder et de les comprendre.

Vu les obstacles à l'accessibilité des normes pénales ainsi que la difficulté d'en comprendre la plupart, peut-on encore affirmer que le principe de la légalité pénale, tel qu'il est mis en place aujourd'hui, a un sens en pratique? Les destinataires des lois — qu'il s'agisse d'un citoyen ordinaire, d'une autorité publique, d'un parti politique, ... — ne sont plus égaux dans l'accès aux textes normatifs et la compréhension qu'ils peuvent en avoir. Des

moyens juridiques importants sont nécessaires pour être à même de prévoir les conséquences susceptibles de dériver des actes posés.

C'est pourquoi, la volonté de la Cour européenne des droits de l'homme d'évaluer le respect des exigences d'accessibilité, de précision et de prévisibilité de la loi pénale au cas par cas, en fonction des facultés personnelles des destinataires de la norme, doit être applaudie (123). Mais il est à craindre qu'en supprimant une discrimination à ce niveau, on en crée une autre par ailleurs, car aucun critère de distinction entre les individus n'a encore été défini objectivement.

A notre sens, le principe de la légalité pénale peut trouver une plus grande assise pragmatique s'il est accompagné, en pratique, par l'application de l'erreur invincible de droit. Une telle cause de justification exempte le prévenu de toute faute dès qu'il est établi que toute personne diligente et raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, aurait commis la même infraction.

Face à une norme difficilement accessible, imprécise, voire incompréhensible, ne pourrait-il pas être avancé que le prévenu n'aurait pu en comprendre la portée et ainsi éviter de commettre une infraction? A cet égard, le jugement du tribunal correctionnel de Namur, relatif à une infraction à la loi « cannabis », doit être salué. Il a, en effet, été décidé que l'infraction reprochée au prévenu — à savoir, la détention d'environ un gramme de haschich — était « justifiée par l'erreur invincible qu'ont légitimement pu entraîner dans le chef du prévenu les propos régulièrement tenus (et largement diffusés) par de nombreux responsables du pouvoir exécutif, relativement à la détention et à la consommation personnelle de drogue dite douce » (124).

En outre, l'admissibilité de cette cause de justification pourrait être modulée suivant les facultés personnelles du destinataire de la norme. Ainsi, face à une infraction à la loi anti-discrimination, on admettra probablement plus aisément l'existence d'une erreur invincible dans le chef d'un citoyen non juriste invoquant son incompréhension de la loi que dans le chef du Vlaams Blok.

Elise DEGRAVE (125)

Assistante à la Faculté de droit
des F.U.N.D.P. - Namur

CS
HR

CONSEIL SUPERIEUR DE LA JUSTICE
HOGE RAAD VOOR DE JUSTITIE

Recrutement de magistrats et de stagiaires judiciaires Appel aux candidats

Le Conseil supérieur de la Justice procèdera, dans le courant de l'année judiciaire 2006-2007, à l'organisation d'examens de recrutement de magistrats et de stagiaires judiciaires.

Conditions de participation:

Examen d'aptitude professionnelle (recrutement de magistrats):

1. être porteur du diplôme de docteur ou de licencié en droit.

Concours d'admission au stage judiciaire (recrutement de stagiaires judiciaires):

1. être porteur du diplôme de docteur ou de licencié en droit;
2. avoir, pendant au moins une année, entre le 5 octobre 2003 et le 5 octobre 2006, à titre d'activité professionnelle principale, soit accompli un stage au barreau, soit exercé d'autres fonctions juridiques.

Les inscriptions doivent être adressées par lettre recommandée au Président du Conseil supérieur de la Justice, avenue Louise 65 boîte 1, à 1050 Bruxelles. Votre lettre de candidature doit mentionner l'examen sur lequel porte votre inscription ainsi que la matière choisie (pour l'examen d'aptitude professionnelle : droit civil y compris le droit judiciaire, droit pénal y compris la procédure pénale, ou droit social y compris le droit judiciaire ; pour le concours d'admission au stage judiciaire : droit civil y compris le droit judiciaire ou droit pénal y compris la procédure pénale) pour les différentes épreuves de l'examen (cf. Moniteur belge, 5 septembre 2006).

Votre candidature doit être accompagnée des documents suivants : un curriculum vitae, une copie du diplôme de docteur ou de licencié en droit et, le cas échéant, une attestation prouvant qu'il est satisfait à la condition 2 (voir ci-dessus). La date limite d'inscription est le 5 octobre 2006.

Le programme des examens peut être consulté sur notre site internet (www.csj.be) ou être obtenu par demande écrite au Conseil supérieur de la Justice | fax : 02/535.16.20 | e-mail: recrutement@csj.be.

CONSEIL SUPERIEUR DE LA JUSTICE
HOGE RAAD VOOR DE JUSTITIE

2006

489

(123) Dans le même sens voy. D. Spielman, *op. cit.*, pp. 699-700.

(124) Corr. Namur, 31 octobre 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1803. Sur cet arrêt, voy. C. Guillain, *op. cit.*, p. 64; D. Poelaert et P. Deltombe, « Dépénalisation de la détention de cannabis : de la parole aux actes? », *Journ. jur.*, 2003, liv. 26, p.4; K. Van Cauwenberghe, « La consommation de cannabis et la clarté sont-elles inconciliables? », *Vigiles*, 2004, pp. 128-129. Signalons que cet arrêt a été réformé en appel. Voy. Liège, 4^e ch. corr., 16 juin 2004, inédit.

(125) L'auteur tient à remercier David De Roy, référendaire près la Cour de cassation et chercheur à la Faculté de droit des F.U.N.D.P., ainsi que les professeurs Marc Nihoul (F.U.N.D.P.) et Marc Verdussen (U.C.L.) pour leur aide et leurs conseils éclairés. Elle assume toutefois seule la responsabilité des opinions défendues dans cette étude.