

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les compétences pénales de la Communauté germanophone selon la Cour d'arbitrage

Nihoul, Marc

Published in:

La Communauté germanophone de Belgique - Die Deutschsprachige Gemeinschaft Belgiens

Publication date:

2005

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Nihoul, M 2005, Les compétences pénales de la Communauté germanophone selon la Cour d'arbitrage. Dans *La Communauté germanophone de Belgique - Die Deutschsprachige Gemeinschaft Belgiens*. Projucit, La Chartre, Bruxelles, p. 481-531.

General rights

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

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

Take down policy

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

**LES COMPETENCES PENALES DE LA COMMUNAUTE
GERMANOPHONE SELON LA COUR D'ARBITRAGE**

Marc NIHOUL

*Chargé de cours et directeur du centre Projucit
(FUNDP de Namur, académie de Louvain)
Avocat au barreau de Bruxelles*

Pour le pénaliste, la Communauté germanophone «a tout d'une communauté à part entière» dès lors qu'en matière pénale, elle dispose exactement des mêmes compétences générales et accessoires que les deux autres communautés et les trois régions du pays. Il s'agit là d'une prérogative importante lui permettant, au-delà de la réglementation d'une matière déterminée, de faire respecter les règles qu'elle considère comme essentielles pour cette matière, en sanctionnant leur inobservation, qui troublerait l'ordre public.

Deux conséquences précises en découlent sur le plan technique. D'une part, point n'est besoin de préciser que la compétence pénale accompagne une matière lorsqu'elle lui est nouvellement transférée. D'autre part, les règles de la participation et celles relatives aux circonstances atténuantes afférentes aux peines correctionnelles ne s'appliquent pas de manière supplétive aux infractions particulières qu'elle prévoit, à l'instar de ce qui devrait également valoir pour ses pairs depuis la réforme de 1993.

Für den Strafrechtler hat die DG alle Merkmale einer echten Gemeinschaft, sofern sie im Bereich des Strafrechts über genau dieselben allgemeinen und nebensächlichen Befugnisse wie die zwei anderen Gemeinschaften und die drei anderen Regionen des Landes verfügt. Es handelt sich um ein wichtiges Privileg, das es ihr über die Reglementierung einer gewissen Materie hinaus erlaubt, die Einhaltung der ihr wesentlich erscheinenden Regeln durch die Ahndung eventueller Verstöße gegen die Öffentliche Ordnung zu gewährleisten.

Daraus ergeben sich auf technischer Ebene zwei Konsequenzen. Einerseits ist es im Zuge einer neuen Kompetenzübertragung nicht erforderlich, auch die Übertragung der strafrechtlichen Bewehrungskompetenz vorzusehen. Andererseits finden die Regeln des Strafgesetzbuches in Bezug auf die Beteiligung und die mildernden Umstände bei Korrektionalstrafen keine automatische Anwendung auf die durch die DG geschaffenen besonderen Straftatbestände, ebenso wenig wie dies seit 1993 für die anderen Gemeinschaften und Regionen der Fall sein dürfte.

INTRODUCTION

1. *Le propos.* L'une des questions les plus dérangeantes pour les pénalistes est celle de la compétence des communautés et régions en matière pénale. Il s'agit d'un problème de droit constitutionnel¹ à propos duquel la tendance est de faire confiance aux constitutionnalistes². L'enjeu est pourtant de taille dès lors qu'avec le fédéralisme la validité d'une disposition pénale peut dépendre du respect ou non, par le législateur, du partage de compétences en la matière.

L'on en veut pour preuve deux mécanismes importants du droit pénal général qui sont véritablement au cœur de la tourmente dès lors que leur application en droit

- 1 Sur la question, depuis la réforme de 1993, voy. R. ANDERSEN, «Les compétences» et M. VERDUSSEN, «Le renforcement des compétences pénales des communautés et des régions», in F. DELPÉRIÉ (dir.), *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, Bruxelles, Bruylant, 1993, resp. p. 153 à 157 et 185 à 193; P. PEETERS, «Wijzigingen aan de bevoegdheden van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten», in A. ALEN et L.P. SUTENS (éd.), *Het federale België na de vierde staatshervorming*, Brugge, die Keure, 1993, p. 54 à 57; B. BRONDERS, «De weerslag van de grondwetsherziening op het milieustrafrecht», in B. BRONDERS, N. DE SADELEER, R. ERGEC et P. VAN ORSHOVEN, *La protection de l'environnement dans la Belgique fédérale en 1993*, E. Story-Scientia, 1994, p. 91 à 112; P. COENRAETS et E. MARON, «Les transferts de compétences de l'autorité fédérale vers les communautés et les régions», in *Les réformes institutionnelles de 1993. Vers un fédéralisme achevé?*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 154 à 165; J. MESSINNE, «L'exemple d'un droit pénal régionalisé: regard sur le droit belge», *R.I.C.P.T.*, 1994, p. 54 à 59; B. SEUTIN et G. VAN HAEGENDOREN, *De nieuwe bevoegdheden van gemeenschappen en gewesten*, Brugge, die Keure, 1994, p. 153 à 177; M. VERDUSSEN, «La répression pénale», in F. DELPÉRIÉ (dir.), *La Belgique fédérale*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 296 à 312 et *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 181 à 277; F. MEERSCHAUT, «De strafrechtelijke bevoegdheid van gemeenschappen en gewesten» (deel 4), in G. VAN HAEGENDOREN et B. SEUTIN (éd.), *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, Brugge, die Keure, 1999, 51 pp.; J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State Afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 828 à 837 et la jurisprudence de la section de législation du Conseil d'Etat; M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 801 à 803, n° 792 et 793; J. VANDELANOTTE et G. GOEDERTIER, *Overzicht publiekrecht*, D. 2, Brugge, die Keure, 2003, n° 1463 et 1464, p. 963 à 967.
- 2 Rem. H.-D. BOSLY, note sous C.A., n° 48/93, 17 juin 1993, *R.D.P.C.*, 1994, p. 207, en toute humilité: «L'examen du nouveau régime mis en place par la récente réforme constitutionnelle ne sera évidemment pas fait sous l'angle du droit public. Laissons cette mission à d'autres plus compétents que moi en cette matière». Voy., depuis la réforme de 1993 et à travers les références utilisées, J. MESSINNE, *Droit pénal*, vol. I, 7e éd., Bruxelles, P.U.B., 2000-01, p. 46 et 56 à 62; C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, n° 17 à 20, p. 29 à 39; F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 6e éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 189 à 192 et 210 à 213 (p. 212: «la Cour d'arbitrage peut jouer un rôle fondamental en matière pénale»); C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht & internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, p. 61 et 62 ainsi que 66 et 67; D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, Bruges, La Chartre, 2003, p. 27. Rem. juste avant J. MESSINNE, F. TULKENS et C. VAN DEN WYNGAERT, «Les accords de la Saint-Michel et le droit pénal», *J.T.*, 1992, p. 858 et 859, également paru in *Panopticon*, 1993, p. 1 à 5, sous le titre «De Sint-Michielsakkoorden en de federalisering van het strafrecht: een Belgenmap?».

pénal spécial particulier³ n'est pas évidente, contrairement aux apparences en doctrine et jurisprudence, lorsque l'incrimination est établie par une communauté ou région. Ces deux mécanismes sont la participation, d'une part, dont les règles sont contenues dans le chapitre VII du premier livre du Code pénal et, d'autre part, les circonstances atténuantes afférentes aux peines correctionnelles dont le dispositif est contenu à l'article 85 du Code pénal. Il ne s'agit pas là de détails du droit pénal général⁴, mais de deux «principes généraux» de la discipline, même s'il est exact que ces deux principes sont d'une certaine manière «réduits» au rang d'exceptions par l'article 100 du Code pénal, dès lors que leur caractère supplétif vaut uniquement pour le droit pénal spécial commun, c'est-à-dire pour les incriminations spécifiques contenues dans le livre II du Code pénal. Mais depuis 1993, vaut-il encore uniquement pour ces incriminations «générales», ou également pour les incriminations prévues par des décrets particuliers? Cette portée-là, selon nous, n'est pas encore clarifiée dans l'état actuel des sources juridiques, malgré douze ans de communautarisation et régionalisation ...

Certes, la Cour de cassation a pu paraître fort catégorique à ce sujet, dans un arrêt relativement récent du 29 octobre 2002. A l'estime de la haute juridiction, «(...) le chapitre VII, et donc l'article 66 du Code pénal et l'article 85 du Code pénal ont toujours été et restent applicables aux pénalisations et peines en vertu de l'article 11, alinéa 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (...)»⁵.

- 3 L'on vise, par l'expression «droit pénal spécial particulier», l'ensemble des incriminations établies, en dehors du Code pénal, par des normes particulières. Les incriminations figurant dans le livre II du Code pénal forment ce que l'on appelle le «droit pénal spécial commun».
- 4 Rem. d'ailleurs C.A., n° 60/2002, 28 mars 2002, B.4.4, dans lequel la Cour semble donner implicitement une valeur de droit commun à l'art. 85 du Code pénal alors que l'art. 100 le lui dénie en ce qui concerne le droit pénal spécial particulier (au moins celui de type fédéral): «en l'absence d'une disposition expresse dans la loi pénale particulière, les dispositions du Code pénal relatives aux circonstances atténuantes ne peuvent être appliquées (art. 100 du Code pénal). Il appartient au législateur d'apprécier s'il est souhaitable de contraindre le juge à la sévérité quand une infraction nuit particulièrement à l'intérêt général, spécialement dans une matière qui, comme en l'espèce, donne lieu à une fraude importante. Cette sévérité peut éventuellement ne pas affecter le niveau de la peine pécuniaire, mais aussi la faculté offerte au juge d'adoucir la peine au-delà des limites fixées lorsque des circonstances atténuantes peuvent être retenues». De même déjà: C.A., n° 16/2001, 14 février 2001, B.36 et B.37. Rapp. C.A., n° 45/97, 14 juillet 1997, B.7 et B.8.
- 5 Cass., 29 octobre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2061 et notes et www.cass.be (3 janv. 2005). L'attendu concerné est précédé des termes «il résulte de ces dispositions que» qui renvoient aux deux versions successives de l'art. 11 précité, mais probablement aussi à l'art. 39, § 3, du décret du Conseil flamand du 28 juin 1985 qui, comme souvent dans les décrets ou ordonnances, dispose que toutes les dispositions du Livre I du Code pénal, *sans exception du chapitre VII et de l'art. 85*, sont applicables aux infractions prévues par le présent décret. Le cœur de l'attendu est cependant explicite: c'est en vertu de l'art. 11 précité que la Cour déduit l'application des dispositions concernées. La référence à l'arrêt n° 38/92 de la Cour d'arbitrage confirme ce point de vue de même que les termes par lesquels l'attendu concerné se termine après une virgule: «l'art. 39, § 3 du décret du 28 juin 1985 fût-il attaché d'excès de compétence». On verra, dans les lignes qui suivent, que même confirmer l'application du chapitre VII et de l'art. 85 du Code pénal était interdit au législateur décréteur avant la réforme constitutionnelle de 1993 ...

Pourtant, l'article 11 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 a subi une importante modification en 1993 et la question mérite par conséquent d'être posée de savoir si la réforme institutionnelle de 1993 n'a rien changé de ce point de vue. D'autant que, pour mémoire, c'était la Cour d'arbitrage qui, dans une série d'arrêts, en était venue à conclure, en vertu de l'ancienne version de l'article 11 précité, à l'application du chapitre VII et de l'article 85 du Code pénal aux incriminations décrétales. Or, à cet égard, la note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 29 octobre 2002 renvoie précisément à l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 38/92 du 7 mai 1992, c'est-à-dire à cette jurisprudence de la cour constitutionnelle antérieure à la réforme de 1993 et qui pourrait avoir changé depuis lors. Par contre, dans son arrêt de 2002, la Cour de cassation se prononce certes à propos d'un décret datant de 1985, mais postérieurement à 1993 et concernant le champ d'application de règles contenues dans le livre Ier du Code pénal eu égard aux incriminations prévues par ce décret⁶. La Cour de cassation ne peut en effet pas se prononcer sur la validité d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance au regard des dispositions constitutionnelles et spéciales réglant le partage des compétences⁷.

2. *Le plan.* Après avoir dressé le portrait et les contours du partage de compétences en matière pénale, nous tenterons de trancher cette délicate question et de mesurer son implication en ce qui concerne la législation germanophone, à laquelle les lignes qui suivent sont principalement dédiées. Non sans un certain paradoxe, en réalité, dès lors qu'à l'heure actuelle – le constat peut être révélé d'entrée de jeu – aucun des arrêts de la Cour d'arbitrage rendus à propos de l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 ne vise la législation germanophone ... Signe d'une législation irréprochable? ... L'intérêt de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage relative aux compétences pénales des communautés et régions n'en demeure pas moins essentiel pour la Communauté germanophone puisqu'elle lui permet de mesurer son espace d'autonomie ou de liberté en la matière!

§ 1. LE PARTAGE DE COMPETENCES EN MATIERE PENALE

A. Les compétences respectives

3. *Le siège légal.* Depuis l'entrée en vigueur de l'article 5 de la loi spéciale du 16 juillet 1993⁸, l'article 11 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 est libellé comme suit:

6 La note sous l'arrêt cite au demeurant une doctrine en partie postérieure à 1993.

7 On remarquera cependant *infra* que dans l'arrêt précité, comme dans un autre arrêt du 12 mai 1998 (*Pas.*, 1998, I, p. 244), la Cour apprécie elle-même si les mesures décrétales sont ou non des peines au sens de l'art. 11 de la loi spéciale du 8 août 1980, c'est-à-dire des mesures entrant ou non dans la sphère de compétence du législateur décretaal ...

8 *M.B.*, 20 juillet 1993, vig. 30 juillet 1993.

«Dans les limites des compétences des Communautés et des Régions, les décrets peuvent ériger en infraction les manquements à leurs dispositions et établir les peines punissant ces manquements; les dispositions du livre Ier du Code pénal s'y appliquent, sauf les exceptions qui peuvent être prévues par décret pour des infractions particulières.

L'avis conforme du Conseil des Ministres est requis pour toute délibération au sein du Gouvernement de Communauté ou de Région sur un avant-projet de décret reprenant une peine ou une pénalisation non prévue au livre Ier du Code pénal.

Dans les limites visées à l'alinéa 1er, les décrets peuvent:

- 1° accorder la qualité d'agent ou d'officier de police judiciaire aux agents assermentés du Gouvernement de Communauté ou de Région ou d'organismes ressortissant à l'autorité ou au contrôle du Gouvernement de Communauté ou de Région;
- 2° régler la force probante des procès-verbaux;
- 3° fixer les cas pouvant donner lieu à une perquisition.»

L'article 11 est applicable, moyennant les adaptations nécessaires, à la Communauté germanophone, en vertu de l'article 5, § 1er, de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone. Il l'est aussi à la Région de Bruxelles-Capitale en vertu de l'article 4, alinéa 1er, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises⁹ et à la Commission communautaire commune en vertu de l'article 63, alinéa 1er, de la même loi spéciale.

Une même compétence peut être transférée explicitement, en même temps que et accessoirement à d'autres compétences, à la Commission communautaire française, en vertu de l'article 138 de la Constitution, s'agissant de compétences de la Communauté française déterminées¹⁰.

Elle ne doit pas l'être, en revanche, s'agissant de la Communauté germanophone et concernant les matières transférées en vertu de l'article 139 de la Constitution relativement à des compétences régionales wallonnes déterminées. En effet, la Communauté germanophone dispose déjà de cette compétence de manière générale pour toute matière qu'elle peut régler par décret. Cette compétence vaut, bien entendu, pour toute compétence supplémentaire, que celle-ci ait été transférée au terme d'une modification de la loi du 31 décembre 1983 ou en vertu de l'article 139 de la Constitution.

9 L'application indirecte de l'art. 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 justifie ainsi que celui-ci ne vise que le décret et non l'ordonnance. Voy. proposition de loi spéciale visant à achever la structure fédérale de l'Etat (VAN ROMPUY et crts) du 1er décembre 1992, Développements (Commentaire des articles), *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-1, p. 35, «étant entendu que, par 'décret' il faut entendre 'ordonnance'».

10 L'on se reportera, à cet égard, à l'art. 3 du décret n° I du 5 juillet 1993 relatif au transfert de l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, ainsi qu'à l'art. 4 du décret n° II du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française.

Pour le reste, l'article 11 n'est, en principe, pas applicable aux commissions communautaires commune, francophone et flamande dont les organes peuvent, tout au plus, établir des peines de police punissant les infractions aux règlements et arrêtés pris en application des articles 64 et 65 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, conformément à l'article 67, alinéa 1er, de la même loi spéciale. Il en va de même lorsque le Conseil (dorénavant «Parlement» dans la Constitution) et le Gouvernement de la Communauté germanophone exercent par voie d'arrêtés et de règlements toute autre compétence qui leur est attribuée par la loi, l'article 159 étant applicable à ces arrêtés et règlements, au terme de l'article 140 de la Constitution.

4. *Une extension des compétences fédérées en 1993.* L'hésitation du législateur spécial fédéral à investir les communautés et régions d'une véritable compétence accessoire en matière pénale est perceptible à la simple lecture de la disposition. Le livre Ier du Code pénal cristallise les réticences d'une fédéralisation du pays qui pourrait entraîner le détricotage des principes généraux du droit pénal belge. C'est ce qui explique, à l'évidence, le mécanisme de tutelle fédérale prévu à l'égard de toute nouvelle peine ou pénalisation.

Contrairement aux apparences, la confiance est pourtant de mise comparé à l'ancienne version de l'article 11 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, qui interdisait formellement toute dérogation fédérée au livre Ier du Code pénal ou même de prévoir des peines criminelles pourtant fixées à l'article 7 du Code pénal. La disposition en cause prévoyait en effet simplement que

«Dans les limites des compétences des Régions et des Communautés, les décrets peuvent ériger en infraction les manquements à leurs dispositions et établir les peines punissant ces manquements conformément au Livre Ier du Code pénal, à l'exception des peines criminelles fixées à l'article 7 de ce Code.»

La réforme de 1993 est donc synonyme d'extension des compétences régionales et communautaires en matière pénale. L'objectif avoué était d'ailleurs de tenir compte de l'expérience accumulée depuis 1980 et, en particulier, de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, qui avait clairement privilégié une interprétation stricte de l'ancien article 11¹¹ pourtant non annoncée par la section de législation du Conseil

11 Voy. sur ce point, outre la plupart des auteurs cités, note 1, la proposition précitée, Développements (Commentaire des articles), *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-1, p. 35 – renvoyant à une précédente proposition de loi spéciale modifiant l'art. 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (Mme MERCKX-VAN GOEY du 29 mai 1992), Développements, *Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 1991-92, n° 487/1, p. 1 à 4 – et un membre de la Commission, Rapport, n° 558-5, p. 186 et 187; M. SIMONET, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 60; Mme MERCKX-VAN GOEY, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 65, approuvée sans réserve par le Premier ministre p. 67; M. ERDMAN, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2694 et M. LALLEMAND, p. 2706 stigmatisant au passage une «évolution inscrite dans la passivité du législateur national et dans sa réticence à arrêter rapidement des mesures qui puissent leur intérêt dans des matières régionalisées et ne ressortant plus de sa

.../...

d'Etat au départ¹². L'extension de compétences était d'autant plus importante que les pouvoirs implicites, également renforcés en 1993, permettaient désormais aux communautés et régions de porter des dispositions de droit relatives à des matières réservées au législateur fédéral¹³, parmi lesquelles figurent notamment le livre Ier du Code pénal et la plupart des compétences en matière de procédure fédérale, dans la mesure où des dispositions sont nécessaires à l'exercice de leurs compétences. Sans oublier, en outre, que toute compétence régionale et communautaire revêt aussi une dimension internationale à travers l'article 167, §§ 3 et 4, de la Constitution¹⁴ ...

5. *Une compétence fédérée accessoire et limitée aux infractions particulières (contours).* Dans les trois cas, cependant, communautés et régions «ne pourront toujours intervenir que dans le cas d'infractions particulières aux dispositions juridiques élaborées par elles»¹⁵. Il s'agit de bien comprendre la portée précise des mots, qui est multiple, en l'occurrence.

D'abord, toutes les autres compétences fédérées viennent limiter le champ d'application de la compétence pénale des communautés et régions. En cela, il s'agit d'une compétence accessoire, matérielle ou instrumentaire, selon la terminologie utilisée. Cette limite de fond transparaît dans toute la jurisprudence de la Cour d'arbitrage. «L'article 11 de la loi spéciale (...) ne permet d'ériger en infraction les manquements à ses dispositions et d'établir des peines punissant ces manquements que dans les limites des compétences des Communautés (...)», explicitera la Cour d'arbitrage dans un arrêt n° 20/89¹⁶. Et comme être explicite vaut toujours mieux que d'être vague, cela ne signifie pas, en particulier, que le livre II du Code pénal serait par exemple réservé au législateur fédéral¹⁷. Tout dépend en réalité du rattachement de chaque article dudit livre à la matière correspondante. Aussi, dans l'arrêt précité, ce n'est pas parce que «Les articles 348 à 353 du Code pénal figurent dans le titre VII du Livre II du Code, consacré aux crimes et délits contre l'ordre des

.../...

responsabilité». Voy. aussi, plus récemment, M. COENRAETS in Rapport du 30 mars 1999 fait par MM. CALUWÉ, COENE, DESMEDT et HOTYAT au nom de la Commission des affaires institutionnelles sur l'évaluation du fonctionnement des nouvelles structures fédérales, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-99, n° 1333/1, p. 728 à 730.

12 Voy. J. VELAERS, *o.c.*, 1999, n° 5, p. 829 et not. n° 24, p. 835.

13 Matières pour lesquelles ils ne sont pas compétents, au sens de l'art. 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, et dont l'art. 19 prévoit désormais qu'elles autorisent l'application de l'art. 10. Voy. spécialement F. MEERSSCHAUT, *o.c.*, 1999, n° 5, p. 37 à 39 et la jurisprudence citée également note 27.

14 Sur ce point, voy. F. MEERSSCHAUT, *o.c.*, 1999, p. 39, n° 6.

15 Un membre de la Commission, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 187.

16 C.A., n° 20/89, 13 juillet 1989, B.2. *Addé* F. MEERSSCHAUT, *o.c.*, 1999, n° 3, p. 36 et 37 et la jurisprudence citée à la note 14.

17 La question reste par contre ouverte de savoir si une éventuelle modification fédérée d'une disposition du livre II du Code pénal – non soumise en elle-même à avis conforme et donc uniquement si elle emporte une nouvelle peine ou pénalisation au sens de l'art. 11 de la loi spéciale – revêt une influence sur le caractère supplétif ou non des exceptions matérielles prévues à l'art. 100 du Code pénal, à savoir le chapitre VII et l'art. 85 du Code pénal. La solution défendue dans la présente contribution, selon laquelle l'art. 100 du Code pénal a retrouvé son plein effet depuis 1993, nous incite à penser que ce caractère supplétif serait d'actualité dans ce cas de figure.

familles et contre la moralité» que «Le législateur national a conservé, seul, la compétence de modifier explicitement ou implicitement (ces dispositions)», comme pourraient le laisser penser les deux premières phrases du considérant B.2. Mais plutôt parce que les attributions de compétence des communautés, en l'occurrence, «ne visent en aucune manière la possibilité pour le législateur décentralisé de régler ni l'exercice de l'art de guérir ni l'avortement» (B.1 *in fine*).

«Dès lors que la Communauté est incompétente pour régler la matière de l'avortement, elle est également incompétente pour décider que le décret pourrait constituer en cette matière une application de l'article 70 du Code pénal» (B.2 *in fine*), à savoir une cause de justification justifiée par l'obligation faite au personnel médical notamment d'assister et d'apporter l'aide technique et médicale nécessaire en cas de difficulté dans le recours à des méthodes contraceptives, mais devant être interprétée, selon la Cour et pour ne pas violer le partage de compétences, comme excluant la pratique comme la participation «(au sens du livre I du Code pénal)» à la réalisation de celui-ci (B.4). Partant de cette interprétation, «En soi, (l'article 5 du décret qui précise les peines résultant des infractions au décret) pris sur base de l'article 11 de la loi spéciale (...) ne viole pas les règles de compétence» (B.6).

Ensuite, il ne saurait s'agir d'un nouveau droit pénal général applicable au droit pénal particulier de type fédéré. Le recours à la notion d'infractions particulières exclut en effet toute possibilité d'établir des règles particulières qui s'appliqueraient d'une manière générale à toutes les compétences des communautés ou régions^{18 19}. La notion d'infractions particulières est sur ce point confortée par le terme «exceptions».

En outre, toute dérogation n'est pas permise pour autant. Toute dérogation ne va pas nécessairement de soi. La faculté de déroger aux principes généraux ne dispense en effet pas de justifier tout écart par rapport à la norme commune, au regard des principes d'égalité et de non-discrimination²⁰, comme d'ailleurs de respecter les autres dispositions constitutionnelles et internationales²¹. Ainsi, l'abolition récente de la peine de mort dans la Constitution empêche évidemment désormais une

18 Dans ce sens: Mme MERCKX-VAN GOEY, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 66, approuvée sans réserve par le Premier ministre p. 67: «Les dérogations prévues au Livre Ier ne s'appliquent qu'à des cas spécifiques. Les infractions particulières ne peuvent donc se rapporter qu'à des dispositions figurant dans ces décrets et concernant spécifiquement la matière réglée». Voy. aussi M. SNEEUWS, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2693; E. CEREXHE, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2696: une logique de dérogations; M. LALLEMAND, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2707: pas «en des termes généraux» mais dans une compétence spécifique et déterminée. Rapp. S.L.C.E., avis du 6 janvier 1993, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-2, p. 6, impl. au moment d'aborder la distinction initialement proposée entre la récidive et les autres principes généraux.

19 Comp. avec l'adjectif «particuliers» de l'art. 100 du Code pénal, s'appliquant cependant, dans ce cas, aux lois et règlements particuliers.

20 Rapp. M. ERDMAN, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2695: «wordt hier een hiërarchie regel ingevoerd die de wil tot eenheid van wetgeving duidelijk vertaalt, met behoud van de flexibiliteit (...)».

21 Rapp. M. LALLEMAND, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2707.

communauté ou région d'imposer la peine de mort, librement ou même avec l'avis conforme du Conseil des ministres, ce qui avait été évoqué lors des travaux préparatoires comme étant susceptible d'avoir «une incidence sur la politique d'extradition, ce qui rendrait ces nécessaires modifications (lire: de la loi spéciale) impraticables»²².

Par ailleurs, seul le décret peut apporter des dérogations aux principes généraux du livre premier du Code pénal ou sur les trois éléments précis de procédure fédérale spécifiés. Au terme de l'article 11, seul le décret peut d'ailleurs ériger en infraction et établir des peines. Le principe de légalité s'en trouve considérablement renforcé, en matière régionale et communautaire, comparé au prescrit constitutionnel.

Enfin, la compétence des communautés et régions en matière pénale dépend en partie de la manière dont le législateur fédéral exerce la sienne et il serait utile, à cet égard, que celui-ci prenne désormais conscience de la mesure de ses décisions lorsqu'il modifie le premier livre du Code pénal. Premièrement, comme dès avant 1993, mais de façon plus prononcée dès lors que les entités fédérées peuvent dorénavant déroger au livre Ier du Code pénal, chaque modification des principes eux-mêmes – non point leur dérogation ... – comportera des risques d'incohérence, au moins sur le plan de la lisibilité des différents textes, et surtout lorsque des décrets ou ordonnances se seront situés par rapport audit livre, par exemple en légiférant par référence²³. La modification de l'article 100 du Code pénal, en particulier, s'avèrera désormais périlleuse, dans ce contexte. Mais de façon générale et *a priori*, toute modification du livre Ier du Code pénal, à laquelle les communautés ou régions n'auraient pas dérogé (ou renvoyé), s'appliquera d'emblée à toutes les communautés et régions²⁴. Deuxièmement, chaque nouveauté apportée en matière de peine ou de pénalisation au sein du livre Ier augmentera d'autant l'autonomie des communautés et régions, qui pourront alors l'utiliser librement, c'est-à-dire sans l'avis conforme du Conseil des ministres.

22 Mme MERCKX-VAN GOEY, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 66, approuvée sans réserve par le Premier ministre p. 67.

23 Une technique à proscrire davantage encore, par conséquent, dès lors que différentes législations sont amenées à s'enchevêtrer. Sur le sujet, voy. M. NIHOUL et C. VISART DE BOCARME, «Le risque accru de légiférer par référence en droit pénal: un exemple récent en matière d'écoutes téléphoniques», *J.T.*, 2002, p. 318 à 320.

24 Dans ce sens: proposition Mme MERCKX-VAN GOEY, *o.c.*, *Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 1991-92, n° 487/1, p. 4. Avant 1993, seul le législateur fédéral pouvait intervenir, à la demande éventuelle d'une entité fédérée, pour adapter au besoin les principes généraux, mais le cas échéant de façon générale et abstraite pour toutes les entités fédérées ... Voy. Corr. Gand, 10 mai 1994, *T.M.R.*, 1994, n° 69/94, p. 267, et note M. FAURE, «De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen bij milieudelicten» et M. FAURE et D. ROEF, «Naar een wettelijke formulering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon», *R.W.*, 1995-96, n° 54 à 60, p. 430 et 431 concernant l'application automatique de la responsabilité pénale des personnes morales aux sanctions prévues par décrets. Non sans difficultés parfois, dues à l'imbrication des législations et à l'art. 100 du Code pénal, qui requiert d'évaluer chaque fois dans quelle mesure l'on a voulu déroger à une disposition du livre Ier du Code pénal, comme avec l'art. 50bis: voy. O. LEROUX, «Les sanctions pénales», in M. NIHOUL (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Projucit, Bruges, La Chartre, 2005, n° 28, p. 187 et 188.

A ce dernier égard, la section de législation du Conseil d'Etat a judicieusement attiré l'attention des auteurs du projet à l'origine de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, en particulier pour ce qui concerne les modifications apportées à l'article 7bis du Code pénal, sur la circonstance que le texte en projet donne aux communautés et régions, conformément à l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, le pouvoir de prévoir les cas dans lesquels pourra être appliquée une interdiction d'une activité relevant de l'objet social ou une fermeture d'un ou plusieurs établissements de la personne morale²⁵. Ces «nouvelles» peines – dans le premier livre du Code pénal – ne peuvent en effet être prononcées que «dans les cas prévus par la loi», au terme des articles 36 et 37 du Code pénal, à charge pour le législateur, également le législateur fédéré au terme de l'article 11 de la loi de réformes institutionnelles, de déterminer les cas dans lesquels elles trouveront à s'appliquer. Tel n'est pas le cas de la peine de dissolution dont il faut cependant préciser que son existence aux articles 7bis et 35 du Code pénal permet désormais aux communautés et régions de la prévoir sans l'avis conforme du Conseil des ministres fédéral, pour une infraction particulière dans le cadre de leurs compétences.

6. Une compétence en partie réservée au législateur fédéral, aussi (contours). Malheureusement, la réforme de 1993 n'a pas seulement débouché sur l'extension des compétences fédérées en matière pénale, mais aussi sur l'écriture d'un texte plus long et plus compliqué, et donc susceptible de poser davantage de difficultés d'interprétation ... Tel est particulièrement le cas en ce qui concerne le mécanisme de tutelle fédérale et l'application supplétive des principes généraux. De manière générale cependant, et comme la Cour d'arbitrage se plaît souvent à le répéter, «Le Constituant et le législateur spécial, dans la mesure où ils ne disposent pas autrement, ont attribué aux communautés et aux régions toute la compétence d'édicter les règles propres aux matières qui leur ont été transférées. Sauf dispositions contraires, le législateur spécial a transféré aux communautés et aux régions l'ensemble de la politique relative aux matières qu'il a attribuées.»²⁶ Le principe est en l'occurrence également valable pour une compétence accessoire dont on peut affirmer *a priori* qu'elle est entière.

25 S.L.C.E., avis sur un projet de loi «instaurant la responsabilité pénale des personnes morales», 5 octobre 1998, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 127 et J. VELAERS, *o.c.*, 1999, p. 833, n° 17. Rapp. l'une des parties in C.A., n° 125/2002, 10 juillet 2002, A.3. Pour une évaluation pratique de la loi du 4 mai 1999 après cinq années d'application, voy. M. NIHOUL (dir.), *o.c.*, 2005, 429 p.

26 C.A., n° 213/2004, 21 décembre 2004, B.3.2 (nous soulignons). *Adde* C.A., n° 168/2004, 28 octobre 2004, B.3.2; C.A., n° 154/2003, 26 novembre 2003, B.2.3; C.A., n° 152/2002, 15 octobre 2002, B.4.2; C.A., n° 139/2002, 9 octobre 2002, B.3.2; C.A., n° 57/2002, 28 mars 2002, B.4.2. Rem. C.A., n° 170/2002, 27 novembre 2002, B.5.1, dans lequel la Cour d'arbitrage pose ces principes en ce qui concerne la compétence régionale en matière d'urbanisme et d'aménagement du territoire, mais non à propos de la compétence pénale, concernant une transaction, en l'occurrence, la Cour rappelant qu'«En principe, le législateur décretaal n'est toutefois pas compétent pour régler la forme des poursuites, ce que l'art. 12, al. 2, de la Constitution réserve au législateur fédéral» (jurisprudence constante comme on le verra *infra*).

Il n'en reste pas moins qu'à travers cette compétence accessoire, c'est aussi une compétence réservée qui est formulée en faveur du législateur fédéral: une compétence de principe en matière de fixation des principes généraux du droit pénal – donc de droit pénal général. Une compétence dont l'objectif très discuté au cours des travaux parlementaires, mais sous un angle fort théorique, aura été d'assurer une certaine unité ou uniformité du droit pénal²⁷ général²⁸. Une unité pour plus de cohérence ou d'homogénéité, face à la crainte maintes fois exprimée à l'égard du projet de conduire tout droit vers le démantèlement ou l'éparpillement sauvage du droit pénal²⁹ – son démembrement généralisé³⁰ –, c'est-à-dire,

27 Développements (Commentaire des articles), *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-1, p. 35. Voy. aussi *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 191; M. DUQUESNE et M. SIMONET, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, resp. p. 15 et 60. *Adde* Rapport fait par MM. CALUWÉ, COENE, DESMEDT et HOTYAT, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-99, n° 1333/1, p. 729, 734 et 735.

28 Un membre de la commission a également attiré l'attention sur les risques de prolifération des infractions, d'infractions pour lesquelles un élément intentionnel particulier pourrait ne pas être requis au profit de la simple inobservation de la règle et d'un droit spécial plus aveugle et arbitraire, avec des sanctions plus lourdes (Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 184 à 186).

29 Rapport fait par MM. CALUWÉ, COENE, DESMEDT et HOTYAT, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-99, n° 1333/1, p. 736 où M. COENRAETS fait état d'une législation différente qui, sauf législation européenne, s'est effectivement développée dans le Nord et dans le Sud du pays et en fonction de laquelle de plus en plus de sociétés choisissent l'endroit où s'installer. Avec parfois des situations absurdes comme le cas de certains produits assimilés à des déchets au Nord, mais pas au Sud ... Rapp. M. ERDMAN, *Ann. parl.*, 2 juin 1993, p. 2694 évoquant le problème délicat du concours d'infractions et de l'unité d'intention en cas de disparité législative; E. CEREXHE, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2696 évoquant le respect du principe *non bis in idem* ou encore des problèmes analogues à ceux du droit international privé, liés aux critères de rattachement des dispositions pénales. Selon un commissaire, une compétence fédérée plus large en matière pénale n'incitera pas les entités fédérées à violer le principe *non bis in idem*, comme l'ont affirmé J. MESSINNE, F. TULKENS et C. VAN DEN WYNGAERT, «puisque'il est possible de fixer de façon très précise des critères d'application territoriaux pour les dispositions pénales émanant des Communautés et Régions» (Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 187). Rem. en outre M. SIMONET, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 62 et 63 agitant le spectre singulier d'une compétence pénale à géométrie variable sur le plan territorial pouvant conduire à des situations paradoxales: «Ainsi, si Flamands et Francophones optaient pour des critères différents en matière d'incrimination des infractions (par exemple, respectivement la territorialité et l'appartenance à une Communauté), un Francophone habitant en Flandre pourrait être doublement passible de poursuites, alors qu'un Flamand habitant en Wallonie échapperait, lui, à toutes poursuites». Rem. C.A., n° 127/2000, 6 décembre 2000, B.12.3 et 4: dans l'hypothèse d'un comportement incriminé deux fois, par une loi fédérale et un décret, le concours d'infractions permet de résoudre l'éventualité d'une poursuite simultanée, l'autorité de la chose jugée et l'extinction corrélatrice de l'action publique empêcheront la violation de la règle *non bis in idem*. Rem. aussi *infra* la jurisprudence de la Cour d'arbitrage relative aux délais de prescription pouvant varier, pour une même loi, d'un territoire à l'autre, en l'occurrence en matière de chasse. Rem. encore J. MESSINNE, F. TULKENS et C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, J.T., 1992, p. 859: «Les juridictions d'une région seront-elles compétentes pour juger une infraction commise dans une autre? Connaîtront-elles alors le droit applicable? N'arrivera-t-on pas, inévitablement, à ce que la condition de double incrimination, applicable en droit international, soit reconnue entre Communautés ou Régions? Ces questions, et encore beaucoup d'autres, se poseront inévitablement». Rem. enfin C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *o.c.*, 3e éd., 2003, n° 18bis, p. 33: «les principes régissant l'application de la loi pénale dans l'espace demanderont des solutions novatrices appliquées à des conflits de normes, internes cette fois» (rapp. P. COENRAETS et E. MARON, *o.c.*, 1994, p. 163).

30 La doctrine insiste en effet généralement sur l'accentuation, par la réforme, des nombreuses dérogations déjà constatées au livre Ier du Code pénal, source d'hésitations et controverses en

concrètement, vers l'existence d'autant de droits pénaux ou politiques pénales, voire de procédures pénales, que de législateurs, même partiellement compétents à cet égard; source d'incertitude et d'insécurité pour le citoyen mis en présence d'un droit différent selon la communauté ou région dans laquelle il se trouve³¹.

L'on touche pourtant, à cet endroit, à l'essence même du fédéralisme, et à la subsidiarité que celui-ci emporte avec lui, alors précisément que la réforme était clairement liée au constat qu'avant 1993 les compétences pénales des communautés et régions étaient trop limitées, voire étriquées³², pour permettre à celles-ci d'être réellement efficaces. Avant 1993, pour mémoire, la Cour d'arbitrage refusait logiquement toute compétence implicite dans une matière réservée. Une compétence

.../...

jurisprudence. Voy. C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *o.c.*, 3e éd., 2003, n° 18bis, p. 33; F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 6e éd., 2003, p. 191. Rapp. F. GORLÉ, «Is een ontwarring van de huidige chaos van strafbaarstellingen nog mogelijk?», in *Liber amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, p. 462.

Dans le sens du démembrement: J. MESSINNE, F. TULKENS et C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, *J.T.*, 1992, p. 859; R. ANDERSEN, *o.c.*, 1993, p. 156; P. TRAEEST, «Rechts(on)zekerheid in materieel en formeel strafrecht en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel», *R.W.*, 1993-94, n° 12 et 13, p. 1197 et 1198; B. BRONDERS, *o.c.*, 1994, p. 101, n° 28; P. COENRAETS et E. MARON, *o.c.*, 1994, p. 159 et 163 (le «processus d'atomisation géographique»); M. VAN DE KERCHOVE, «Développements récents et paradoxaux du principe de la légalité criminelle et de ses corollaires essentiels», in Y. POULLET et H. VUYE (éd.), *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Deurne, Kluwer, 2001, p. 304; M. UYTENDAELE, *o.c.*, 2001, p. 803, n° 793 (avec certaines garanties); C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 2003, p. 62.

En faveur d'une compétence fédérale exclusive concernant les principes généraux, moyennant une concertation obligatoire avec les entités fédérées, voire la compétence exclusive du Sénat permettant l'association des communautés et régions, M. VERDUSSEN, *o.c.*, 1993, resp. p. 188 et 189 (voy. cependant p. 186 et 187 en faveur du rapprochement territorial du droit pénal matériel), *o.c.*, 1994, n° 354, p. 354 et 355 et *o.c.*, 1995, p. 234 et 235.

31 De manière générale: S.L.C.E., avis du 6 janvier 1993, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-2, p. 7 et amendement de M. BARZIN et crts, n° 558-14, p. 1 et 2 visant à supprimer la modification de l'art. 11 ainsi qu'amendement de M. BARZIN, n° 558-32 visant à écarter la possibilité de déroger aux principes généraux du livre Ier du Code pénal (A, p. 1) ou, à défaut, à prévoir une concertation obligatoire (B, p. 2), amendements rejetés *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 198 et 199 et *Ann. parl.*, sess. ord. 1992-93, 10 juin 1993, p. 2825, 2957 et 2958, amendements relayés à la Chambre, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/2, p. 8 à 10, mais également rejetés n° 1063/7, p. 68 et 69 et *Ann. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, 14 juillet 1993, n° 77, p. 3437 et 3438. Voy. aussi M. REYNDERS, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 18 et 19; M. BARZIN, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 3 juin 1993, p. 2778 et 2779; M. SIMONET, *Ann. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 75, 13 juillet 1993, p. 3383. Rem. J. MESSINNE, F. TULKENS et C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, *J.T.*, 1992, p. 859: «Les cours et tribunaux seront sans doute amenés à faire une application de plus en plus large de l'erreur invincible en droit» ...

32 Un membre de la Commission, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 186 et le ministre de la Politique scientifique, p. 188: «A leurs compétences attribuées spécifiques doit correspondre une compétence pénale spécifique pour leur permettre de les exercer efficacement»; Mme MERCKX-VAN GOEY, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 64, approuvée sans réserve par le Premier ministre p. 67; M. ERDMAN, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2693 à 2695.

pénale digne de ce nom serait donc cohérente dans un Etat fédéral³³, autrement dit, même si cela peut paraître paradoxal dans le contexte européen d'unification du droit pénal³⁴... Elle «s'inscrit dans la logique qui veut que l'autorité qui est compétente pour régler une matière déterminée, doit aussi disposer du pouvoir de faire respecter les règles qu'elle considère comme essentielles pour cette matière, en sanctionnant leur inobservation, qui trouble l'ordre public»³⁵.

La compétence fédérée serait en outre synonyme de nouvel essor pour le droit pénal, rendu plus dynamique ou imaginatif³⁶, n'en déplaise à ceux qui se sont demandé avec ironie «quelles pourraient être ces peines nouvelles qu'«inventeraient» les Communautés et les Régions avec l'aval du Conseil des ministres fédéral, dont l'accord préalable est indispensable dans ce cas»³⁷. Il faut dire qu'aux objections suscitées en doctrine et répercutées à la Chambre, visant à maintenir l'unité du droit

33 Le ministre de la Politique scientifique, Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 187: «Lorsqu'on constate que de petits Etats comptant moins d'habitants que la plupart des entités fédérées de la Belgique disposent d'un Code pénal propre, et que, dans d'autres Etats fédéraux, les entités fédérées disposent également de larges compétences en matière de droit pénal et de droit judiciaire, il n'est pas du tout étonnant que l'on fasse de même en Belgique aujourd'hui jusqu'à un certain point». *Adde* Rapport, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 29; E. CEREXHE, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2696: point «une œuvre créatrice et révolutionnaire. D'autres Etats fédéraux ont complètement fédéré leur droit pénal»; M. LALLEMAND, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2708 citant le cas de la Suisse; M. le ministre DEHOUSSE, *Ann. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 75, 13 juillet 1993, p. 3383 et 3384; C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *o.c.*, 3e éd., 2003, n° 18bis, p. 33. Rapp. Mme MERCKX-VAN GOEY, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 65 («un prolongement évident de la logique fédérale») mais aussi p. 67 («comme elle l'avait fait par le passé au niveau du droit pénal en général, la Belgique joue un rôle de pionnier au niveau de la répartition des compétences en matière de droit pénal. La Belgique est le premier Etat fédéral du continent dans lequel les entités fédérées ont une compétence aussi étendue en matière de droit pénal»), approuvée sans réserve par le Premier ministre p. 67...; M. ERDMAN, *Ann. parl.*, 2 juin 1993, p. 2694 et 2695 différenciant clairement les Etats-Unis d'Amérique des Etats fédéraux européens. Comp. M. SIMONET, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 62 (et *Ann. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 75, 13 juillet 1993, p. 3384): les compétences proposées en matière pénale «n'ont d'équivalent, par leur étendue, dans aucun autre Etat fédéral européen». Dans ce dernier sens et sur le sujet, voy. M. VERDUSSEN, *o.c.*, 1995, p. 181 à 196; F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 6e éd., 2003, p. 211.

34 J. MESSINNE, F. TULKENS et C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, *J.T.*, 1992, p. 859; M. SIMONET, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 62; P. TRAEEST, *o.c.*, *R.W.*, 1993-94, n° 13, p. 1197.

35 S.L.C.E., avis du 13 juillet 1988 sur le projet de loi modifiant la loi spéciale de réformes institutionnelles, *Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 1988, n° 516/1, p. 50.

36 M. ERDMAN, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2695; J. MESSINNE, *o.c.*, *R.I.C.P.T.*, 1994, p. 67.

37 M. DESMEDT, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2703 (rapp. M. BARZIN, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 3 juin 1993, p. 2778). Et M. DE CROO de répondre «La pendaison». Plus sérieusement, la volonté manifestée d'établir le principe de la responsabilité pénale des personnes morales en matière d'environnement, par exemple, qui va de pair avec de nouvelles peines adaptées correspondantes, a joué un rôle décisif en la matière (comme l'a relevé M. ERDMAN, p. 2695), de même que, de manière plus générale, l'absence de peines spécifiques par exemple en matière d'environnement (M. LALLEMAND, p. 2706, exemples à l'appui).

pénal, il avait été répondu de façon très constructive par le ministre Dehousse, à l'époque ministre de la Recherche scientifique, que «Pour chaque éminent professeur que M. Simonet recrutera pour déplorer cet accroissement de compétences, je trouverai douze avocats, non moins éminents, qui s'en réjouiront!»³⁸.

A noter que les compétences régionales et communautaires ne vont pas sans poser une série de difficultés pratiques considérables et non encore résolues, comme celle de la validité d'une peine régionale spécifique sur l'ensemble du territoire. La question n'a pas été tranchée au Parlement, par exemple concernant l'interdiction d'exercer une profession ou une activité appliquée dans une Région. «Peut-on, par exemple, être interdit d'exercer une activité commerciale X, par suite d'une violation et d'une sanction, dans une Région A, déménager et la recommencer dans une Région B?», demandait M. De Croo, à qui M. Lallemand a semblé répondre par la positive, selon la législation concernée: «La sanction aura un impact territorial évident. Il est clair qu'elle se rapportera à des faits commis sur le territoire de la Région. Elle sera donc soumise aux règles dont le champ d'application est délimité par un territoire déterminé, qu'il soit régional ou national.»³⁹. «Een Gewest kan nooit territoriale bevoegdheid uitoefenen voor een ander Gewest», confirmera aussitôt M. Arts.

B. Une compétence fédérée intégrale en droit pénal général, mais sous «tutelle fédérale»

7. *Le dispositif de l'avis conforme.* C'est indubitablement la crainte d'un déchirement du droit pénal général qui est à l'origine du dispositif de tutelle fédérale – l'avis conforme du Conseil des ministres – prévu à l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980. Celui-ci cristallise véritablement le déchirement entre partisans de la confiance dans les entités fédérées et défenseurs de l'unité des principes généraux du droit pénal. Mais au lieu de le cantonner aux nouvelles peines – pour lesquelles il paraît logique et justifié d'impliquer directement le pouvoir fédéral dès lors qu'il reste compétent pour ce qui concerne l'exécution des peines, même lorsque la peine est nouvelle⁴⁰ –, le procédé de tutelle spéciale a été subrepticement étendu aux nouvelles pénalisations en cours de discussion. Le mécanisme ne concerne toutefois pas les trois domaines spécifiques et précis de compétence fédérée en matière de

38 *Ann. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, 13 juillet 1993, n° 75, p. 3.384.

39 *Ann. parl.*, Sén., 2 juin 1993, p. 2706.

40 Seule la question de la compétence a été posée par un commissaire, restée sans réponse, le Ministre étant d'avis qu'il appartiendra aux différentes entités d'adopter un point de vue sur la question ... (*Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 192). Voy. cependant M. LALLEMAND, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2707, en véritable précurseur: «l'application des peines décrétales est confiée à l'ordre judiciaire fédéral» (unité du tribunal, de la Cour d'appel et de la Cour de cassation) ... La Cour d'arbitrage confirmera à plusieurs reprises la compétence fédérale en matière d'exécution des peines (voy. *infra* et M. VERDUSSEN, *o.c.*, 1995, p. 270).

procédure fédérale⁴¹. Les alinéas 2 et 3 de l'article 11 sont en effet clairement distincts et séparés l'un de l'autre.

L'avis conforme – présenté comme «une construction qui caractérise, dans une certaine mesure, le système fédéral belge»⁴², mais qui fait craindre aussi les pressions fédérées ou l'exacerbation des poussées centrifuges⁴³ – peut être considéré comme «une variante de l'accord», selon une note des services du Sénat du 12 février 1999: «En effet, lorsqu'une autorité souhaite prendre une décision pour laquelle l'avis conforme d'une autre autorité est prescrit, elle ne peut le faire que dans la mesure où elle suit cet avis. L'exercice du pouvoir de décision d'une autorité est dès lors subordonné à la décision d'une autre autorité»⁴⁴. La conformité de l'avis est imposée «afin que le Conseil ne puisse attacher de conséquences juridiques à l'absence d'avis»⁴⁵.

A noter que selon P. Popelier, toute exception aux dispositions du livre Ier du Code pénal nécessiterait l'avis *unanime* du Conseil des ministres⁴⁶. Pourtant, l'article 11 de la loi spéciale ne prescrit rien de tel et la règle est au contraire le consensus en Conseil des ministres. Or, le consensus ne requiert pas l'unanimité, mais seulement que les formations acceptent et respectent la décision négociée en Conseil des ministres, conformément à la règle de solidarité ministérielle.

8. *Les normes visées par l'avis conforme.* A première vue, l'alinéa 2 de l'article 11 donne l'impression que le mécanisme de tutelle⁴⁷ fédérale sur les communautés et régions vise une seule catégorie de norme. Il viserait uniquement «toute délibération au sein du Gouvernement de Communauté ou de Région sur un avant-projet de décret». Il exclurait ainsi toute autre norme – d'autant que, pour mémoire, seul le décret peut être utilisé pour déroger au livre Ier du Code pénal ... – mais aussi et surtout toute autre initiative parlementaire.

41 M. SIMONET, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 69: la tutelle de l'avis conforme ne s'applique pas à la fixation des cas où une perquisition peut avoir lieu.

42 Selon le ministre de la Politique scientifique de l'époque, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 195.

43 M. SIMONET, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 63.

44 «Aperçu et portée des mécanismes de coopération entre l'Etat fédéral, les communautés et les régions», in Rapport fait par MM. CALUWÉ, COENE, DESMEDT et HOTYAT, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-99, n° 1333/1, p. 1017. La note fait référence sur ce point à R. MOERENHOUT et J. SMETS, *De samenwerking tussen de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten*, Antwerpen, Kluwer, 1994, n° 104. Dans le même sens: le ministre de la Politique scientifique, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 195; M. ARTS, *Ann. parl.*, Sén., 3 juin 1993, p. 2778: ni un droit de veto proprement dit (plutôt une limitation à un transfert de compétence), ni une compétence partagée (à défaut de concertation ou d'avis conforme réciproque), mais un accord.

45 Développements (Commentaire des articles), *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-1, p. 29.

46 In Rapport fait par MM. CALUWÉ, COENE, DESMEDT et HOTYAT, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-99, n° 1333/1, p. 617.

47 Comp. M. LALLEMAND, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2707: «une délimitation de compétences, en vérité».

Dans ces conditions, il serait facile à un gouvernement fédéré de contourner l'obstacle que pourrait constituer l'avis conforme du Conseil des ministres⁴⁸ en demandant par exemple à un parlementaire de déposer pour son compte un projet sous forme de proposition de décret devant l'assemblée concernée et d'éviter ainsi toute délibération au sein du gouvernement concerné⁴⁹, voire aussi en introduisant la nouvelle peine ou pénalisation au sein du projet, après consultation de la section de législation du Conseil d'Etat, au moment de déposer celui-ci sur la table du parlement, et ce pour éviter une délibération sur un avant-projet de décret *stricto sensu*. Le procédé de l'amendement, en cours de travaux parlementaires, a également été évoqué⁵⁰.

Ce serait donner une interprétation trop formaliste à l'article 11 de la loi spéciale concernée qui vise davantage une compétence qu'un organe. Ce serait oublier⁵¹ surtout le dispositif de l'article 6, § 8, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 qui prévoit expressément, depuis 1993, que si une proposition de décret ou d'ordonnance concerne une matière visée à l'article 11, alinéa 2, de la même loi, la procédure d'avis⁵² de l'autorité fédérale a lieu selon les règles prévues par le règlement de la Chambre législative ou du Conseil devant laquelle ou devant lequel la proposition de décret ou d'ordonnance est déposée⁵³.

48 L'avis ne nécessitant donc pas la signature du Roi, a précisé le ministre de la Politique scientifique, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 196.

49 *Voy. Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 190.

50 En commission du Sénat, le ministre de la Politique scientifique a en effet soutenu que la délibération d'un gouvernement sur un amendement qu'il souhaite déposer à une proposition de décret ou d'ordonnance à l'examen ne tomberait pas sous le champ d'application des délibérations visées à l'art. 11, al. 2 de la loi spéciale (*Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 196), suscitant ainsi la crainte de M. SIMONET jusqu'au jour du vote en séance plénière (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 62 et *Ann. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, 13 juillet 1993, n° 75, p. 3.381). Si le Ministre n'a pas indiqué que l'assemblée concernée doit, le cas échéant, obtenir elle-même l'avis avant de voter le texte, ce qui paraît conforme au moins à l'esprit du dispositif (*voy. cependant Ann. parl.*, Ch., 13 juillet 1993, n° 75, p. 3.381), il ne l'a pas non plus exclu. Rapp. vraisemblablement dans ce sens Mme MERCKX-VAN GOEY, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 66 sans préciser toutefois non plus qui du gouvernement ou de la chambre doit demander l'avis conforme. Le Premier ministre a confirmé ce point de vue, sans plus de précision, estimant l'interprétation donnée au Sénat trop littérale «étant donné que c'est la matière en tant que telle qui est visée» (p. 67). Dont acte pour M. SIMONET sur le plan du principe, cette interprétation lui paraissant également plus conforme à l'économie du projet (p. 68). *Adde M. ARTS, Ann. parl.*, Sén., 3 juin 1993, p. 2778 précisant que seuls les amendements substantiels doivent conduire à demander un nouvel avis conforme en prenant l'exemple (à l'époque) d'une peine de travail de 8H00 passant à 16H00 par jour par la voie d'un amendement, et excluant le cas où celle-ci passerait seulement à 9H00. Selon M. ARTS, la délibération du Gouvernement sur un amendement substantiel serait soumise à avis conforme alors que le texte ne vise que l'avant-projet de décret. Aux termes des règlements d'assemblée de la Chambre et du Parlement germanophone, par contre, l'amendement en général – sans préciser son origine parlementaire ou gouvernementale – est visé.

51 *Voy. par exemple J. MESSINNE, o.c., R.I.C.P.T.*, 1994, p. 59.

52 En dépit d'inquiétudes manifestées à ce sujet, le renvoi à l'art. 11, al. 2, de la loi spéciale doit être interprété comme écartant tout doute quant au fait de savoir si un avis conforme du Conseil des ministres est également requis s'agissant des propositions de nouvelles peines ou pénalisations (*Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 196 et de manière plus générale p. 189 à 197) et ce même si l'amendement retenu en commission du Sénat n'a finalement pas été repris dans le texte

...

Cette disposition «vise à faire se dérouler cette procédure, si une initiative parlementaire porte sur une matière pour laquelle une procédure de coopération entre le Gouvernement de Communauté ou de Région concerné et l'autorité fédérale est prévue, suivant les modalités déterminées par le règlement de l'assemblée dont émane l'initiative. Ce nouveau paragraphe implique en tous cas que la prise en considération d'une proposition de loi ou de décret ne peut être refusée du seul fait que la concertation prescrite n'a pas encore eu lieu»⁵⁴, à moins peut-être d'imaginer que, par extraordinaire, le règlement d'une assemblée prévienne la procédure d'avis avant la prise en considération⁵⁵? Le texte vise surtout à établir «l'obligation de respecter, même si des mesures sont prises sur une «initiative parlementaire», les prescriptions relatives à (l'avis conforme)»⁵⁶.

Aussi, en exécution de l'article 6, § 8, les parlements fédérés «devront définir dans leur règlement les règles régissant la demande d'avis à rendre par l'autorité fédérale (par exemple avant le vote final)»⁵⁷. La disposition n'impose cependant en aucune manière que les différents règlements des assemblées contiennent toutes les mêmes dispositions⁵⁸.

Pour ce qui concerne la Communauté germanophone, l'article 5, § 1er, de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone dispose expressément que l'article 6, § 8, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 est applicable à la Communauté germanophone moyennant les adaptations nécessaires. Et l'article 46bis du Règlement du Parlement

...

voté et transmis à la Chambre (voy. amendement visant à «mettre sur le même pied le projet et la proposition de décret» en complétant l'al. 2 de l'art. 11, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 200). *Voy. aussi M. SIMONET, Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 61 et la réponse de Mme MERCKX-VAN GOEY, p. 66: «cela va de soi»; M. ARTS, *Ann. parl.*, Sén., 3 juin 1993, p. 2777 et 2778.

53 «Si une proposition de loi, de décret ou d'ordonnance concerne une matière visée aux §§ 2, 2bis, 3, 3bis, 4, 5, et à l'art. 11, al. 2, la concertation, l'association ou la procédure d'avis de l'autorité fédérale et des Gouvernements de Communauté ou de Région concernés a lieu selon les règles prévues par le règlement de la Chambre législative ou du Conseil devant laquelle ou devant lequel la proposition de loi, de décret ou d'ordonnance est déposée».

54 Développements (Commentaire des articles), *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-1, p. 29 et 30 fidèlement à une précédente proposition de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (GEYSELS et crts du 17 juillet 1992 en matière d'environnement et de tourisme), *Développements, Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 1991-92, n° 600/1, p. 8.

55 *Comp. Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 190.

56 S.L.C.E., avis du 16 septembre 1992, Observations générales, *Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 1991-92, n° 600/2, p. 2 (nous aménageons), l'avis de la section de législation se rapportant à ce stade à la concertation et l'association.

57 Développements (Commentaire des articles), *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-1, p. 35.

58 Un commissaire et le ministre de la Politique scientifique, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 192 et 193. Le protocole du 31 mars 1992 réglant les différentes formes de collaboration entre les gouvernements et exécutifs ne devant pas nécessairement s'appliquer (le ministre, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 196 et 197).

de la Communauté germanophone s'inspire du Règlement de la Chambre des représentants⁵⁹ pour prévoir, depuis le 25 juin 2001, que

«§ 1. Wenn ein Dekretvorschlag eine Zuständigkeit betrifft, für die ein Kooperationsverfahren mit den betroffenen Gemeinschaftsregierungen, den betroffenen Regionalregierungen oder der Föderalregierung vorgeschrieben ist, bittet der Präsident des Rates den Ministerpräsidenten, dem/den Präsidenten der betreffenden Regierung(en) den Text dieses Vorschlags zuzustellen.

Dieses Verfahren wird eingeleitet, sobald der Vorschlag auf die Tagesordnung eines Ausschusses gesetzt wird.

§ 2. Die Beratungen im Ausschuss werden nicht durch das im § 1 vorgesehene Verfahren ausgesetzt. Die Endabstimmung kann allerdings erst dann stattfinden, wenn die betreffende(n) Regierung(en) ihre schriftliche Stellungnahme übermittelt hat/haben oder frühestens dreißig Tage nach der Anfrage des Ratspräsidenten beim Ministerpräsidenten, wenn eine Antwort ausbleibt.

§ 3. Die Bestimmungen des § 1 finden ebenfalls Anwendung auf Abänderungsvorschläge, sobald der Ausschuss sie in erster Lesung angenommen hat. Wenn eine Antwort der betreffenden Regierung(en) ausbleibt, kann die Endabstimmung im Ausschuss frühestens 15 Tage nach der Anfrage des Ratspräsidenten beim Ministerpräsidenten erfolgen.

§ 4. Wird ein Abänderungsvorschlag, auf den das Kooperationsverfahren Anwendung findet, in erster Lesung in der Plenarsitzung verabschiedet, so wird der betreffende Dekretentwurf oder -vorschlag im Hinblick auf die Anwendung von § 3 zurück an den Ausschuss verwiesen.»

9. Une atteinte à la séparation des pouvoirs? Le dispositif original de l'article 6, § 8, a été prévu sous forme d'amendement pour remédier aux critiques de la section de législation du Conseil d'Etat afférentes au projet de réforme initial qui prévoyait

59 Art. 97 du Règlement de la Chambre des représentants: «1. Si une proposition de loi concerne une matière pour laquelle une procédure de coopération avec les gouvernements de communauté ou de région est prescrite (renvoi à l'art. 6, § 8 de la loi du 8 août 1980), le président de la Chambre demande au Premier ministre de transmettre le texte de cette proposition au(x) président(s) du ou des gouvernement(s) de communauté et/ou de région concerné(s). La procédure est entamée au moment où la proposition est mise à l'ordre du jour de la commission. Elle s'applique par analogie aux projets de loi résultant d'une initiative sénatoriale, transmis à la Chambre par le Sénat et pour lesquels la procédure de coopération n'aurait pas été respectée. 2. La procédure de coopération prescrite ne suspend pas la discussion en commission. Le vote final en commission ne peut cependant intervenir qu'après que le(s) gouvernement(s) de communauté et/ou de région a (ont) transmis ses (leurs) observations écrites ou – en l'absence de réponse – au plus tôt trente jours après la demande du président de la Chambre au Premier ministre. 3. Les dispositions du n° 1 s'appliquent aux amendements dès qu'ils ont été adoptés en première lecture en commission. En l'absence de réponses du ou des gouvernement(s) de région et/ou de communauté, le vote final en commission peut intervenir au plus tôt quinze jours après la demande du président de la Chambre au Premier ministre. 4. Si un amendement requérant le respect d'une procédure de coopération est adopté en première lecture en séance plénière, le projet ou la proposition de loi en question est renvoyé en commission en vue de l'application des dispositions du n° 3».

l'accord préalable du Conseil des ministres à propos de tout décret comportant une exception aux dispositions du livre Ier du Code pénal et n'autorisait le gouvernement de communauté ou de région à sanctionner ledit décret qu'après avis conforme⁶⁰. Selon le Conseil collatéral, «Le principe de la séparation des pouvoirs – principe qui s'applique tant aux autorités fédérales qu'aux autorités communautaires et régionales – ne souffre pas que la faculté de sanctionner une décision prise par l'organe législatif élu d'une Communauté ou d'une Région soit subordonnée à l'avis conforme du Conseil des ministres (lire, probablement: l'accord donné par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres), en d'autres termes à l'accord de l'organe exécutif de l'autorité fédérale. Si l'accord de l'autorité fédérale est jugé nécessaire en l'espèce, il devra faire l'objet d'une loi»⁶¹.

La dernière mouture de l'article 6, § 8, ne répond qu'imparfaitement à cette critique, en définitive, l'avis conforme du Conseil des ministres fédéral restant bel et bien d'actualité, d'une part, à travers la référence très vague à la «procédure d'avis de l'autorité fédérale» prévue dans la matière visée à l'article 11, alinéa 2, et, d'autre part, dans le respect des règles fixées par chaque assemblée. Le texte précise au demeurant que la procédure d'avis «a lieu», c'est-à-dire qu'elle *doit* avoir lieu.

60 «Le décret comportant une exception visée à l'alinéa précédent, qui constitue une nouvelle peine, ne peut être sanctionné par le Gouvernement de Communauté ou de Région qu'après avis conforme du Conseil des ministres sur cette nouvelle peine» (al. 3).

61 S.L.C.E., avis du 6 janvier 1993, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-2, p. 7 auquel renvoie encore la note des services du Sénat du 12 février 1999, *o.c.*, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-99, n° 1333/1, p. 1017, note 4. L'avis du Conseil d'Etat n'a pas manqué d'être invoqué par l'opposition au cours des travaux parlementaires pour contester également la formule actuelle, comparable, selon elle, à celle de l'art. 80 de la loi spéciale du 8 août 1980 et déjà critiquée par le Conseil d'Etat en 1980 en ce qu'elle confère en réalité à un exécutif un «droit de veto» inconstitutionnel dans une matière réservée au législateur (voy. n° 558-5, p. 189 et 190, rapp. p. 416 dans le sens d'une procédure de concertation et comp. avec les propos du Premier ministre, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 67). Le fait que ce soit le parlement fédéré qui demande l'avis conforme du Conseil des ministres fédéral ne résout pas le fond du problème, autrement dit. Le Conseil d'Etat n'a toutefois pas été interrogé sur le dispositif proposé pour remédier aux lacunes du premier (voy. M. SIMONET, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 61, conforté par le Premier ministre sur ce point, p. 67). A noter que pour un membre, le principe de la séparation des pouvoirs ne pourrait jouer qu'au niveau d'une seule autorité mais pas entre les différentes autorités de l'Etat fédéral (p. 191), ce qu'ont contesté MM. SIMONET, REYNDERS et DUQUESNE (justification de l'amendement n° 21, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/2, p. 10: elle «doit aussi être respectée entre les niveaux fédéral et fédérés»). Il est cependant légitime de se demander si la critique ne revient pas à confondre séparation des pouvoirs et autonomie des entités fédérées... Pour un autre, le respect du principe dépendrait de savoir si le Conseil des ministres intervient en l'occurrence en tant que branche du pouvoir législatif ou en tant que pouvoir exécutif (n° 558-5, p. 192, la question ayant fait l'objet de discussions récurrentes sans véritable conclusion). Dans ce dernier cas, l'inconstitutionnalité ne serait toutefois pas doublée d'une violation du principe de légalité des peines, contrairement à ce qu'a soutenu M. SIMONET, la peine demeurant fixée par le législateur indépendamment de l'intervention partielle, même contraignante, du Conseil des ministres (voy. *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 63 et 67 et *Ann. parl.*, Ch., 13 juillet 1993, n° 75, p. 3383; rapp. M. VERDUSSEN, *o.c.*, 1994, n° 355, p. 310 et *o.c.*, 1995, p. 239 évoquant les racines du principe de légalité). Rem. Mme MERCKX-VAN GOEY, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 66: une «interprétation particulière du principe de la séparation des pouvoirs»; M. le Premier

De manière générale, on peut écrire que, dès le départ et aujourd'hui encore, le dispositif de l'avis conforme tel qu'imaginé en 1993 a été fortement critiqué en doctrine, à la fois comme étant peu justifiable sur le plan juridique et peu réaliste sur le plan politique⁶².

Lors de l'évaluation du partage des compétences effectuée en commission du Sénat en 1999, il a été proposé de trouver un mécanisme qui, au-delà des règlements des assemblées, serait de nature à mieux assurer le respect de l'autonomie fédérée et de la séparation des pouvoirs, tel l'avis conforme des chambres législatives lorsqu'il s'agit d'une proposition de décret ou d'ordonnance, même si la formalité serait lourde à respecter⁶³.

Il a été observé, en outre, que la technique de l'avis conforme peut être source de blocage ou de conflit d'intérêts et point seulement lorsque l'avis rendu est négatif. Elle pourrait être utilisée par le niveau fédéral pour retarder ou paralyser l'avant-projet d'une région ou communauté qui prévoirait une nouvelle peine ou pénalisation⁶⁴. Raison pour laquelle le Rapport du 30 mars 1999 fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles sur l'évaluation du fonctionnement des nouvelles structures fédérales concluait aussi à la nécessité d'insérer dans la loi spéciale de réformes institutionnelles un délai dans lequel le Conseil des ministres devra rendre son avis conforme, à défaut de quoi «le Comité de concertation devra être saisi et il rendra l'avis»⁶⁵.

.../...

ministre, p. 68: une procédure «à la limite si l'on interprète très strictement le principe de la séparation des pouvoirs» ... mais au même titre que la sonnette d'alarme ou les procédures de concertation impliquant toujours une coopération entre plusieurs «pouvoirs» ...

- 62 J. MESSINNE, F. TULKENS et C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, *J.T.*, 1992, p. 859 et l'étonnant «revirement» de F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 6e éd., 2003, p. 211, note 378 selon lesquels il apparaît cependant qu'actuellement «les pouvoirs politiques se sont engagés dans une certaine forme d'autonomie du droit pénal fédéré» (rapp. H.-D. BOSLY, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 207). Adde R. ANDERSEN, *o.c.*, 1993, p. 157; P. TRAEST, *o.c.*, *R.W.*, 1993-94, n° 12, p. 1197; P. COENRAETS et E. MARON, *o.c.*, 1994, p. 164; M. VERDUSSEN, *o.c.*, 1993, p. 190 (une disposition "ahurissante") à 193, *o.c.*, 1994, n° 355, p. 306 à 310 et *o.c.*, 1995, p. 235 à 239; N. DE SADELEER, «Les transferts de compétences aux entités fédérées: l'environnement, l'agriculture et le pénal», *A.P.T.*, 1994, p. 193; F. MEERSSCHAUT, *o.c.*, 1999, n° 18, p. 45 et 46; J. VELAERS, *o.c.*, 1999, p. 830, n° 6; J. MESSINNE, *o.c.*, vol. I, 7e éd., 2000-01, p. 58; M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 2001, p. 305; C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *o.c.*, 3e éd., 2003, n° 18bis, p. 33 à 35.
- 63 M. COENRAETS, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-99, n° 1333/1, p. 730.
- 64 *Contra*, mais sans aucun élément textuel pour fonder cette obligation: «naturellement, (...) l'avis doit être donné dans un délai raisonnable» (un commissaire, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 191).
- 65 Rapport fait par MM. CALUWÉ, COENE, DESMEDT et HOTYAT, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-99, n° 1333/1, p. 737. La solution d'un avis réputé positif ou négatif, voire d'une opposition possible dans un certain délai, n'a pas été retenue (p. 735 à 737). Il a été remarqué qu'un avis positif serait inadéquat à propos de l'introduction d'une nouvelle peine dans le cadre de relations entre deux pouvoirs publics.

Dès lors que le Comité de concertation décide, lui aussi, selon la technique du consensus, le blocage risque cependant de perdurer, à telle enseigne que la solution avancée suscite notre perplexité ... Une autre proposition plus réaliste, faite en cours d'élaboration du texte, visait à supprimer le caractère conforme de l'avis de manière à éviter qu'un pouvoir exécutif ne bloque un pouvoir législatif⁶⁶. Pour d'autres, cependant, il s'agit d'un faux problème, le dispositif devant être fondamentalement perçu comme l'occasion d'une discussion constructive⁶⁷.

10. *L'obligation d'obtenir l'avis conforme.* Il reste alors à évoquer la sanction prévue en cas d'«oubli» de demander l'avis conforme du Conseil des ministres en précisant de suite qu'elle ne vise pas vraiment la délibération du gouvernement fédéré, contrairement aux apparences⁶⁸, mais plutôt le décret instaurant une nouvelle peine ou pénalisation et qui serait voté malgré tout⁶⁹. Les avis conformes prévus par la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles – et donc celui prévu par l'article 6, § 8, et l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 – sont en effet assimilés par l'article 30bis de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage à des règles établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat, des communautés et des régions (des règles répartitrices de compétences, autrement dit), et ce pour l'application des articles 1er et 26, § 1er de la même loi. Cela signifie concrètement que la Cour d'arbitrage est habilitée à statuer par voie d'arrêt sur les recours en annulation ou les questions préjudicielles relatifs à la violation de ces règles par un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution^{70 71}.

- 66 Amendement MONFILS et crts, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-22. Les mêmes sénateurs proposant alors de mettre sur le même pied le projet et la proposition de décret en étendant l'avis simple y compris à toute proposition de décret portant sur le même objet (amendement, n° 558-33) – amendements retirés en séance plénière, *Ann. parl.*, Sén., 3 juin 1993, p. 2777. M. BARZIN, quant à lui, a proposé de supprimer l'alinéa concerné (amendement, n° 558-32, C, p. 2). Amendements rejetés *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 199 et 200 et *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 10 juin 1993, p. 2957 et 2958. A la Chambre, voy. l'amendement n° 21 de MM. SIMONET, REYNDEERS ET DUQUESNE visant également à supprimer le mot «conforme», *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/2, p. 10, rejeté n° 1063/7, p. 69 et *Ann. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, 14 juillet 1993, n° 77, p. 3438. Plus radicale était évidemment la solution proposée par MM. ANNEMANS et crts, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/3, p. 2, amendement n° 439 visant à supprimer purement et simplement le deuxième alinéa «qui vide de leur substance les compétences des gouvernements des Communautés et Régions» (rejeté *Ann. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, 14 juillet 1993, n° 77, p. 3437 et 3438).
- 67 Rapp. M. ERDMAN, *Ann. parl.*, 2 juin 1993, p. 2695 et 2695.
- 68 Un commissaire indiquait néanmoins au Sénat qu'un avant-projet ne peut en tous cas être déposé avant d'avoir obtenu un avis conforme (*Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 193).
- 69 Comp. F. MEERSSCHAUT, *o.c.*, 1999, p. 46, n° 19.
- 70 Dans ce sens: un commissaire, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 191; M. le Premier ministre, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 67; M. ERDMAN, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2694; M. LALLEMAND, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2707. En jurisprudence: C.A., n° 127/2000, 6 décembre 2000, B.5.3.
- 71 Rapp. M. COENRAETS, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-99, n° 1333/1, p. 736. Plus étonnante est l'idée selon laquelle, sans question préjudicielle, un tribunal ordinaire pourrait décider, dans des cas individuels, de ne pas appliquer cette peine, au motif d'un excès de compétence. Plus opportun est le constat selon lequel, malheureusement, l'avis conforme n'est pas publié dans les .../...

Il semble que la censure resterait indiquée dans l'hypothèse où une assemblée fédérée omettrait de demander l'avis conforme en prétextant qu'elle n'a pas encore déterminé la procédure applicable⁷² dès lors qu'en vertu du texte de l'article 6, § 8, le principe même de la formalité substantielle de l'article 11 semble transposé aux propositions de décret ou ordonnance⁷³. Sans oublier, aussi, le rôle préventif éventuel de la section de législation du Conseil d'Etat dans le cadre de ses compétences d'avis⁷⁴.

Plus étonnant est le débat relatif au moment auquel l'avis conforme doit être «fait demandé» par le président, *a priori* en cours d'examen, entre la prise en considération et le vote final, voire jusqu'à la sanction ou même la promulgation alors que cette dernière intervient en dehors des travaux de l'assemblée proprement dits⁷⁵. Une série d'observations curieuses ont été émises au Sénat sur ce point⁷⁶, comme celle – parfaitement dépourvue de force juridique – selon laquelle «Il va toutefois sans dire que l'introduction de la demande de l'avis du Conseil des ministres ne peut être retardée jusqu'au moment où l'ordonnance ou le décret doit être sanctionné.»⁷⁷. Ou à l'inverse, même si le président ne suspendait pas l'examen de la proposition pour demander l'avis et qu'un décret était adopté sans que l'avis conforme ait été pris «– ce qui est toutefois peu probable –, le Gouvernement de Communauté ou de Région ne pourra délibérer de la sanction ou de la promulgation de ce décret avant

.../...

documents parlementaires, si bien qu'il est à peu près impossible de contrôler le respect de la procédure. Certes, la Cour d'arbitrage dispose, dans le cadre de son pouvoir inquisitoire, de la possibilité de requérir les pièces nécessaires du dossier. Par contre, il est plus douteux qu'un demandeur éventuel puisse réclamer la copie ou l'accès à l'avis conforme dans le cadre de la publicité de l'administration, sauf à considérer l'avis comme un document administratif dont la définition est effectivement très large, si ce n'est qu'il intervient ici dans le cadre d'un processus législatif séparé au niveau des pouvoirs. Jusqu'à preuve du contraire, le décret ou l'ordonnance n'est à l'évidence pas un document administratif que l'avis conforme concourt à préparer. La loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration (comme la plupart des dispositions en la matière) ne vise que les autorités qui agissent dans l'exercice de l'administration active.

72 Pour mémoire, le règlement du parlement germanophone ne contenait pas de disposition avant 2001 alors que l'art. 6, § 8, de la loi spéciale lui a été rendu applicable par la loi du 30 décembre 1993.

73 Le risque d'une «garantie théorique» a cependant été manifesté: *Doc. parl., Sén.,* sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 190 et 191 ainsi que p. 193.

74 Voy. M. ERDMAN, *Ann. parl., Sén.,* sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2694.

75 Voy. *Doc. parl., Sén.,* sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 190 à 197; M. SIMONET, *Doc. parl., Ch.,* sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 61 et 62 où l'intéressé indique d'ailleurs qu'il n'a pas vraiment été apporté de réponse à la question au Sénat.

76 Rapp. concernant la portée de l'avis conforme requis «pour» et non «avant» toute délibération du gouvernement sur un avant-projet: MM. LALLEMAND et ARTS, *Ann. parl., Sén.,* sess. ord. 1992-93, 3 juin 1993, p. 2707 et 2777.

77 Développements (Commentaire des articles), *Doc. parl., Sén.,* sess. ord. 1992-93, n° 558-1, p. 35. Rapp. *Doc. parl., Sén.,* sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 191, un commissaire faisant référence à l'avis du Conseil d'Etat concernant la coopération en général qui ne pourrait pas intervenir «à un stade à ce point tardif du processus décisionnel que la procédure de coopération en serait réduite à une pure formalité». L'avis conforme ne saurait cependant pas être confondu avec les autres formes de coopération.

que l'avis conforme ait été recueilli»⁷⁸; cela reviendrait à donner à la sanction, de façon extrêmement dangereuse, un rôle déterminant dans la procédure décisionnelle que, manifestement, il n'a pas⁷⁹. L'article 11 aurait pu disposer que le Conseil des ministres doit avoir donné un avis conforme avant qu'un vote puisse avoir lieu, préciserait *a contrario* le ministre de la Politique scientifique⁸⁰, confirmant ainsi la liberté de chaque assemblée, même si la préférence va vers un avis préalable à l'adoption ou au vote final⁸¹. L'essentiel est, à ses yeux, que l'avis conforme soit requis tant pour les projets que pour les propositions à un moment donné du processus décisionnel. Mais à défaut pour l'assemblée d'avoir obtenu l'avis conforme du Conseil des ministres, le gouvernement pourrait envisager de «différer la sanction ou la promulgation jusqu'à ce que l'avis conforme ait été recueilli»⁸².

Bref, il revient surtout au règlement d'assemblée de disposer en la matière et la sanction juridique visera le décret lui-même. Soit l'initiative est gouvernementale et l'avis sur l'avant-projet doit en principe être demandé, mais sans autre forme de précision liée au temps et au lieu⁸³. Soit l'initiative est parlementaire et l'avis sur le texte doit également être demandé selon les règles fixées par le règlement de l'assemblée concernée. Fondamentalement, c'est cependant l'existence d'un avis conforme qui, en soi, constitue la formalité substantielle susceptible de déboucher sur une sanction par la Cour d'arbitrage, et non le respect des règles procédurales en tant que telles, entourant l'exercice du mode de tutelle. Un règlement politique est donc toujours susceptible d'intervenir même tardivement. Mais il ne suffit pas de demander l'avis du Conseil des ministres dès lors que celui-ci doit être conforme: il doit être non seulement rendu mais aussi conforme⁸⁴.

78 Un commissaire, *Doc. parl., Sén.,* sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 194.

79 Un autre commissaire, *ibidem*. Une proposition a néanmoins été faite en séance par plusieurs commissaires dans le sens d'un refus de promulgation (à défaut de pouvoir refuser la sanction) qui devrait être possible lorsque le gouvernement concerné constate que le décret n'a pas été élaboré de la façon prévue par la loi spéciale (*ibidem*). Procédé tout aussi dangereux, selon un autre membre, laissant juger le gouvernement quelles sont les conditions substantielles d'élaboration d'un décret (p. 195).

80 *Doc. parl., Sén.,* sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 195.

81 Un commissaire, *Doc. parl., Sén.,* sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 196; M. LALLEMAND, *Ann. parl., Sén.,* sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2707; M. ARTS, *Ann. parl., Sén.,* 3 juin 1993, p. 2777 et 2778. *Contra*: le ministre DEHOUSSE, *Ann. parl., Ch.,* sess. ord. 1992-93, 13 juillet 1993, n° 75, p. 3.381, titillé sur ce point par MM. SIMONET et MAINGAIN (p. 3381 à 3383), selon qui l'avis ne serait donné que sur un texte voté ...

82 *Ibidem*, p. 196. Comp. M. LALLEMAND, *Ann. parl., Sén.,* sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2707: refuser la promulgation, mais non la sanction, pour éviter de couvrir les vices liés au vote de la loi (alors pourtant qu'un recours juridictionnel est prévu). Il s'agirait là d'un «problème métaphysique», selon le Ministre DEHOUSSE, *Ann. parl., Ch.,* sess. ord. 1992-93, 13 juillet 1993, n° 75, p. 3.382.

83 Sous réserve du contenu des règlements organisant le fonctionnement des différents gouvernements fédérés.

84 C.A., n° 213/2004, 21 décembre 2004, B.6: a été donné, n'a plus été demandé à la suite de la modification du texte originaire mais n'était pas à nouveau requis. Rem. C.A., n° 127/2000, 6 décembre 2000, B.13.1 dans la formulation du moyen: l'avis conforme «obtenu préalablement aux délibérations du Gouvernement de région sur l'avant-projet de décret» (nous soulignons).

Enfin, alors qu'un nouvel avis conforme semblait prescrit en doctrine et en jurisprudence⁸⁵ pour toute modification apportée à un texte originaire déjà soumis au Conseil des ministres, la Cour d'arbitrage a eu récemment l'occasion de préciser qu'un nouvel avis conforme n'est pas requis lorsque la modification apportée ne concerne «plus le principe de l'instauration d'une nouvelle peine, mais les modalités purement formelles et techniques de la sanction subsidiaire»⁸⁶. Au Sénat, un commissaire avait déjà indiqué la nécessité d'«un avis complémentaire en cas de modification considérable du projet de décret quant à la nouvelle peine ou la nouvelle pénalisation»⁸⁷.

11. Les matières visées par l'avis conforme. Au-delà des normes visées et de l'obligation d'obtenir un avis conforme, l'article 11 de la loi du 8 août 1980 circonscrit précisément le champ d'application *ratione materiae* des dérogations au livre Ier du Code pénal qui requièrent cette «formalité». Deux termes utilisés par le législateur spécial: une «peine» ou «pénalisation», dont il précise qu'elle ne doit pas être déjà prévue par le livre Ier.

Toute la difficulté vient de ce que les deux termes utilisés sont loin d'être précis. Tout pénaliste sait que déjà la signification exacte du mot «peine» est une question récurrente en droit pénal. Elle est sujette à controverses dans plusieurs textes fondamentaux, nationaux comme internationaux, qui vont en particulier de l'article 14 de la Constitution à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme ou l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en passant par l'article 2 du Code pénal ... A travers le mot peine, n'a-t-on pas tendance, désormais et sous l'influence pragmatique du droit international, à viser jusqu'à l'incrimination même, voire la procédure applicable dans une affaire? Tel est le cas, du moins, eu égard au principe de non-rétroactivité de la loi pénale ou à celui de l'application rétroactive de la peine plus légère⁸⁸. Néanmoins et *a fortiori*, le terme peine est susceptible de revêtir également une portée autonome en droit national, et donc dans l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980, à défaut de contradiction avec le droit international.

Plus difficile encore est l'interprétation du terme «pénalisation», «vocabulaire nouveau, dans notre droit pénal»⁸⁹. S'agit-il d'un synonyme du mot peine⁹⁰ – à condition

85 F. MEERSSCHAUT, *o.c.*, 1999, p. 46, n° 19 et la jurisprudence citée.

86 C.A., n° 213/2004, 21 décembre 2004, B.6.

87 Un commissaire, *Doc. parl., Sén.*, sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 191. Voy. aussi le critère de l'amendement substantiel *supra*, note 50.

88 Voy. sur ce point D. ROETS, «L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme», *D.*, 2004, p. 1991 à 1994, spécialement p. 1994; M. NIHOUL, *o.c.*, 2005, n° 35, note 103, p. 63 et 64 et du même auteur, «La Cour d'arbitrage et l'art. 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme», note sous C.A., n° 14/2005, 19 janvier 2005, *C.D.P.K.*, 2005, n° 6, p. 166 et 167.

89 E. CEREXHE, *Ann. parl., Sén.*, 2 juin 1993, p. 2696.

90 Rapp. M. VERDUSSEN, *o.c.*, 1994, n° 350, p. 302 et *o.c.*, 1995, p. 218 où l'auteur parle de «pénalisation» à propos de la dimension sanctionnatrice (par opposition à l'incrimination s'agissant de la dimension normative) en ce qui concerne le droit pénal substantiel (par

.../...

d'interpréter la conjonction «ou» comme étant inclusive – ou sa présence dans le texte est-elle de nature à étendre la portée du dispositif de tutelle?

11.1. Le texte. L'analyse du texte suggère une symétrie probable entre deux éléments évoqués tant à l'alinéa 1er qu'à l'alinéa 2 de l'article 11, bien que présentés selon un ordre inversé: «ériger en infraction les manquements à leurs dispositions et établir les peines punissant ces manquements», d'une part, et reprendre⁹¹ «une peine ou une pénalisation», d'autre part. La Cour d'arbitrage elle-même – comme la doctrine⁹² – semble pencher dans cette direction lorsqu'elle reformule l'alinéa 2 de l'article 11 de la sorte: «En principe, le législateur décretaal flamand ne peut déroger au livre Ier du Code pénal, en instaurant d'autres sanctions pénales ou incriminations que celles prévues au livre Ier, sauf avis conforme du Conseil des ministres.»⁹³.

11.2. Les travaux préparatoires. La question de la signification des termes peine et pénalisation a été expressément posée au cours des travaux parlementaires, sans qu'une réponse satisfaisante ne soit apportée. Il faut préciser que seule l'expression «nouvelles peines»⁹⁴ était proposée initialement⁹⁵ et que le terme «pénalisation» a été subrepticement introduit dans le texte⁹⁶.

L'un des auteurs d'une proposition initiale a clairement indiqué, à propos de la version proposée par le Sénat, que «La notion d'incrimination («ériger en infraction») n'implique évidemment pas que l'avis conforme du Conseil des ministres soit exigé chaque fois qu'une communauté ou une région qualifie un fait d'infraction. Dans ce contexte, il y a lieu de comprendre l'incrimination, dans le sens, par exemple de l'incrimination de personnes morales ou de la responsabilité pénale qui incombe à une personne autre que celle qui a été condamnée.»⁹⁷.

.../...

opposition au droit pénal procédural) et resp. n° 355, p. 306 et p. 235: un droit de regard du fédéral sur l'exercice fédéré «non pas de leur faculté de modifier tout le livre Ier du Code pénal, mais, beaucoup plus précisément, de leur compétence de créer une nouvelle peine, c'est-à-dire une peine non établie par le livre Ier. Tel est l'objet de l'art. 11, al. 2, de la loi spéciale du 8 août 1980».

91 A noter au passage l'antinomie des termes «reprenant» et «non prévue» à l'al. 2; car comment reprendre (à son compte) une peine précisément non prévue au livre Ier ...

92 Voy. spécialement F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 6e éd., 2003, p. 211, impl., malgré l'aveu selon lequel «Le terme 'pénalisation' qui ne renvoie pas à une catégorie juridique précise fera sans nul doute l'objet d'interprétation»; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *o.c.*, D. 2, 2003, n° 1463, p. 965 et 966 prenant comme exemple de l'incrimination un cas (rencontré par la Cour d'arbitrage) lié à l'étendue de la responsabilité «pénale» (la responsabilité civile à concurrence de l'amende pénale) et non une incrimination spéciale; F. MEERSSCHAUT, *o.c.*, 1999, n° 8 à 17, p. 40 à 44; B. BRONDERS, *o.c.*, 1994, p. 104, n° 40.

93 C.A., n° 127/2000, 6 décembre 2000, B.13.2.

94 *Doc. parl., Sén.*, sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 190.

95 *Doc. parl., Sén.*, sess. ord. 1992-93, n° 558-1, p. 69: «nouvelle peine».

96 P. PEETERS, *o.c.*, 1993, p. 55.

97 Mme MERCKX-VAN GOEY, *Doc. parl., Ch.*, sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 66, approuvée sans réserve par le Premier ministre p. 67. Voy. aussi M. CEREXHE, *Ann. parl., Sén.*, 3 juin 1993, p. 2778, impl.: l'organisation de la responsabilité pénale des personnes morales est une

.../...

Plus confuse a été l'intervention de M. Cerexhe, pour qui «l'avis conforme serait requis lorsqu'un avant-projet de décret entend déroger au cadre général de la répression des comportements individuels fixés par les articles 1er à 100 du Code pénal, (...) non seulement – je tiens à le souligner – pour l'infraction proprement dite, *stricto sensu*, mais aussi pour les nouvelles peines ou les nouvelles sanctions prévues en cas de concours d'infractions, de récidive, de connexité et de complicité. En d'autres termes, lorsqu'il est fait référence aux peines ou aux pénalisations pour lesquelles l'avis conforme (...) est nécessaire, il me semble que l'on vise l'ensemble des peines du livre 1er, qu'elles aient trait à l'infraction proprement dite ou à des éléments connexes»⁹⁸. M. Arts a semblé confirmer ce point de vue mais en indiquant clairement que ne sont donc pas concernés les changements apportés aux règles du livre 1er, mais uniquement les peines ou pénalisations non prévues, c'est-à-dire nouvelles. A la demande de M. Cerexhe, l'intéressé aura au demeurant l'occasion de préciser que l'avis conforme ne serait requis que pour la nouvelle pénalisation et non pour la peine si l'on organisait par décret (à l'époque) la responsabilité pénale des personnes morales (nouvelle pénalisation) en reprenant dans ce cadre l'une des peines prévues par le livre premier du Code pénal.

11.3. *La jurisprudence.* La Cour d'arbitrage, en particulier, a eu l'occasion de préconiser, semble-t-il, une interprétation stricte des termes peine et pénalisation dans sa jurisprudence⁹⁹. Dès lors que seules les peines et pénalisations non prévues par le livre 1er du Code pénal requièrent un avis conforme, cependant, une série de peines ou pénalisations ont pu être considérées par la Cour comme relevant de la compétence communautaire ou régionale tout en ne requérant pas un avis conforme. L'article 11, alinéa 2, de la loi spéciale «vise (en effet) seulement les peines et les incriminations qui sont neuves, d'un point de vue matériel»¹⁰⁰.

Il ressort ainsi de la jurisprudence de la Cour que les termes peine et pénalisation *non prévues au livre 1er du Code pénal* ne comprennent pas:

- l'instauration d'un régime spécial de récidive (ou mode de récidive spécifique) (doublement) dérogatoire au droit commun dans une matière pour laquelle il est compétent, afin de sanctionner le non-respect de la politique dont il est chargé (en

.../...

nouvelle pénalisation. Comp. Rapport fait par MM. CALUWÉ, COENE, DESMEDT et HOTYAT, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-99, n° 1333/1, p. 730: «pénalisations décrétales» au sens d'incriminations ou dispositions pénales figurant dans les décrets.

98 *Ann. parl.*, Sén., 3 juin 1993, p. 2777.

99 De même que la «légisprudence» de la section de législation qui, comme souvent, suit la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, parfois avec un certain décalage. Voy. F. MEERSSCHAUT, *o.c.*, 1999, n° 8 à 17, p. 40 à 45 et J. VELAERS, *o.c.*, 1999, p. 830 à 834.

100 C.A., n° 127/2000, 6 décembre 2000, B.13.3 (nous soulignons) confirmé par C.A., n° 81/2003, 11 juin 2003, B.2. Rem. l'influence de la position du Gouvernement flamand dans l'arrêt n° 127/2000, A.20.2: «L'art. 11, al. 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 doit en effet être interprété de manière téléologique et était de toute évidence destiné seulement à des sanctions répressives et préventives nouvelles, d'un point de vue matériel».

l'occurrence la politique des déchets¹⁰¹), lorsque le législateur décrétal ne fait que modifier une modalité de la réglementation relative à la récidive contenue à l'article 56 du Code pénal: cette modalité n'est pas de nature à instaurer une nouvelle peine ou une nouvelle pénalisation, pour lesquelles l'avis conforme du Conseil des ministres serait requis;

- l'instauration d'une amende pénale progressive, en ce sens qu'elle croît en fonction de l'importance de la surcharge du véhicule, dès lors que l'amende est une peine prévue à l'article 7 du Code pénal, figurant au livre 1er de ce Code, et que le caractère progressif de l'amende n'y change rien¹⁰².

Il ressort aussi de la jurisprudence de la Cour que les termes peine et pénalisation ne comprennent en toute hypothèse pas:

- l'instauration d'une cotisation de solidarité, à savoir un montant forfaitaire à payer en manière de contribution au financement du «Vlaams Infrastructuurfonds», l'employeur étant responsable civilement du paiement de cette cotisation à laquelle ses préposés ou mandataires ont été condamnés, dès lors que le législateur (dans les travaux préparatoires) et la Cour de cassation reconnaissent le caractère *sui generis* de la cotisation, non assimilable à un impôt ou une peine, et donc à une peine au sens de l'article 11, alinéa 2¹⁰³;
- l'instauration de sanctions (amendes) administratives dès lors qu'il ne s'agit pas de peines au sens de l'article 11. En effet, (déjà avant 1993) «Il ne pourrait être déduit de l'article 11 (...) qu'en attribuant le pouvoir d'adopter des dispositions pénales, le législateur spécial leur aurait implicitement enlevé celui de prévoir

101 C.A., n° 213/2004, 21 décembre 2004, B.5, à propos de l'art. 56 du décret de la Région wallonne du 27 juin 1996 relatif aux déchets qui, à la différence de ce que prévoit l'art. 56 du Code pénal, ne requiert plus que l'auteur ait été condamné précédemment à un emprisonnement d'au moins un an et remplace cette condamnation préalable par celle du chef d'infraction au même décret (sous réserve d'une peine subsidiaire complémentaire qui serait prévue en cas de récidive: voy. ci-dessous).

A noter que le Conseil des ministres, à l'occasion de l'arrêt n° 213/2004, prétendait que le régime de récidive spéciale conduisait «à une aggravation de la sanction et, partant, à la création d'une nouvelle peine non prévue au livre 1er du Code pénal» (A.1.1). Face à l'argumentation de la Région wallonne selon laquelle la récidive ne serait pas une peine mais une «forme de circonstance aggravante personnelle à l'agent» (visant la situation de l'individu), il faudrait, selon le Conseil des ministres, «s'attacher plus finement à l'analyse des concepts de peine et de pénalisation, la peine étant le type de sanctions pouvant être prononcées par un juge, la pénalisation étant en réalité un processus, ce qui est le cas de l'art. 56 qui, sans aucun doute, applique la peine» (A.1.2) ...

102 C.A., n° 127/2000, 6 décembre 2000, B.13.3, confirmé par C.A., n° 81/2003, 11 juin 2003, B.2.

103 C.A., n° 127/2000, 6 décembre 2000, B.13.4 (le législateur ayant évoqué, dans les travaux préparatoires, l'absence d'avis conforme requis y compris en ce qui concerne «le régime de la responsabilité» sur ce point), confirmé par C.A., n° 81/2003, 11 juin 2003, B.2.

des (sanctions administratives)»¹⁰⁴. En outre, «La qualification de pénale, au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, d'une amende administrative ou fiscale n'a pas pour conséquence que cette amende soit de nature pénale au sens de la législation belge»¹⁰⁵, en l'occurrence au regard de l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980^{106 107};

- l'instauration de mesures de sûreté telle la confiscation de déchets et de leur emballage, même s'ils n'appartiennent pas au contrevenant, lorsque celle-ci «a pour but de retirer de la circulation des objets dangereux ou nocifs et revêt donc uniquement le caractère d'une mesure de sûreté»^{108 109}.

104 C.A., n° 2/94 et n° 3/94, 13 janvier 1994, B.5.3 concernant des majorations fiscales aux impôts jugées inhérentes au pouvoir de taxer; C.A., n° 18/95, 2 mars 1995, B.3, également à propos du pouvoir de prévoir des majorations d'impôt (rem. A.3 concernant la distinction entre amendes administratives et pénales et M. BOES, obs., «Amendes administratives, sanctions pénales ...», *Amén.*, 1995, p. 30 à 32); C.A., n° 127/2000, 6 décembre 2000, B.13.5, confirmé par C.A., n° 81/2003, 11 juin 2003, B.2, dans les deux cas à propos du pouvoir d'établir des amendes administratives. Selon la Cour, cette compétence n'entre donc pas dans le champ d'application de l'art. 11.

105 C.A., n° 18/95, 2 mars 1995, B.3; C.A., n° 127/2000, 6 décembre 2000, B.13.5, confirmé par C.A., n° 81/2003, 11 juin 2003, B.2.

106 Au Sénat, l'avis conforme du Conseil des ministres avait été considéré comme applicable s'il s'agit de peines ou pénalisations au sens de l'art. 11 (*Doc. parl., Sén., sess. ord. 1998-99*, n° 1333/1, p. 731), ce que plusieurs parlementaires avaient contesté: un commissaire, Rapport, *Doc. parl., Sén., sess. ord. 1992-93*, n° 558-5, p. 186 («ce qui n'empêche pas les communautés et régions de pouvoir éventuellement les infliger»); M. ARTS, *Ann. parl., Sén.*, 3 juin 1993, p. 2778. Dans le même sens: M. COENRAETS, *Doc. parl., Sén., sess. ord. 1998-99*, n° 1333/1, p. 733 même si l'auteur était vague p. 732 (un problème conceptuel). A noter cependant la contradiction qu'il peut y avoir entre cette jurisprudence et celle – également constante – de la même Cour d'arbitrage selon laquelle les sanctions administratives dont l'objet principal est d'ordre répressif sont assimilées à des peines et donc soumises à ce titre à l'application supplétive des principes généraux du livre Ier du Code pénal, sauf dérogation conforme aux art. 10 et 11 de la Constitution, dès lors que les droits et libertés reconnus aux Belges, qui doivent être assurés sans discrimination, contiennent les garanties résultant des principes généraux du droit pénal (voy. sur ce point M. NIHOUL, *o.c.*, 2005, n° 27, note 80 et la jurisprudence citée comprenant le principe de la responsabilité pénale pour faute) (rapp. un commissaire, Rapport, *Doc. parl., Sén., sess. ord. 1992-93*, n° 558-5, p. 186).

107 Dans le même sens: M. VERDUSSEN, *o.c.*, 1995, p. 225 à 227; F. MEERSSCHAUT, *o.c.*, 1999, n° 17, p. 44 et 45 (l'art. 14.7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prohibant le cumul de peines au sens large, cette fois) et J. VELAERS, *o.c.*, 1999, n° 10 à 14, p. 830 à 833 (la sanction de l'art. 11 vise uniquement celle prononcée par un juge) en dépit de la législation contraire de la section de législation du Conseil d'Etat; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *o.c.*, D. 2, 2003, n° 1463, p. 966; rapp. B. JADOT, «Les régions belges et la répression des infractions, spécialement dans le domaine de l'environnement», *Rev. dr. pén.*, 1989, n° 11 et 12, p. 1079 à 1081. *Contra*: C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *o.c.*, 3e éd., 2003, n° 18, p. 31.

108 Avant 1993: C.A., n° 44/87, 23 décembre 1987, B.10 concernant le décret flamand du 2 juillet 1981 concernant la gestion des déchets et rem. aussi B.6 concernant l'élimination des déchets par le gouverneur ou le bourgmestre et B.7.c concernant une saisie hors instruction judiciaire (de même: C.A., n° 50/88, 17 mars 1988, resp. B.8, B.4 et B.5.c; C.A., n° 11/89, 11 mai 1989, B.7; C.A., n° 18/89, 29 juin 1989, B.6, B.8.c et B.11); C.A., n° 15/90, 5 avril 1990, B.20 concernant le décret wallon du 5 juillet 1985 relatif aux déchets. Voy. aussi J. VELAERS, *o.c.*, 1999, n° 15,

....

Il ressort encore de la jurisprudence de la Cour que les termes peine et pénalisation ne comprennent en toute hypothèse pas, la question de l'avis conforme n'ayant au surplus pas été soulevée:

- le simple fait d'ériger en infractions les manquements aux dispositions décrétales et les assortir de peines correctionnelles¹¹⁰ ordinaires;
- l'institution d'une amende civile (automatique et forfaitaire) ne pouvant être considérée comme une peine au sens de l'article 11 précité (en l'occurrence à charge du distributeur de gaz ou d'électricité qui procède à une coupure irrégulière au détriment d'une personne physique consommatrice à usage domestique) ni par ailleurs comme une sanction à caractère indemnitaire¹¹¹ ni même administrative (implicitement);
- la détermination des mesures de réparation (ordonnées par le juge outre la peine et avec un délai d'exécution) permettant de restaurer le bon aménagement du territoire lorsque celui-ci est perturbé: «Ces mesures ne sont pas des peines. Toutefois, étant donné qu'elles sont subordonnées à la constatation d'une infraction, la demande concernant ces mesures est liée à l'action publique. (Elles) entrent dans le concept de restitution utilisé par l'article 44 du Code pénal. Bien qu'elle ait un caractère civil, la restitution est liée à l'ordre public et est, par certains aspects, un accessoire indivisiblement lié à la sanction pénale; (...) elle est le prolongement de celle-ci puisqu'elle tend – au-delà de la condamnation pénale – à empêcher que subsiste une situation perpétuant l'infraction»^{112 113}. Le

.../...

p. 833 et la législation citée. *Addé* Cass., 12 mai 1998, *Pas.*, 1998, p. 244 et note 3 au sujet d'une interdiction d'exploiter analysée par la Cour (!) (même si c'est sous l'angle de la justification légale de la décision) comme une «mesure de sécurité, qui tend à supprimer la menace pour l'homme et pour l'environnement causée par l'exploitation de l'établissement étant à l'origine de l'infraction», indépendamment du sentiment de sanction procuré et compte tenu de la durée de la mesure subordonnée à l'obtention de l'autorisation antipollution requise.

109 Concernant le domaine de la protection de la jeunesse, voy. M. VERDUSSEN, *o.c.*, 1995, p. 246 à 256.

110 C.A., n° 11/98, 11 février 1998, B.13 à propos de l'art. 11, § 1er, du décret de la Communauté flamande du 24 juillet 1996 fixant le statut du sportif amateur. Avant 1993, voy. déjà C.A., n° 44/87, 23 décembre 1987, B.8; C.A., n° 50/88, 17 mars 1988, B.6; C.A., n° 51/88, 17 mars 1988, B.4; C.A., n° 18/89, 29 juin 1989, B.9; tous à propos de l'art. 56 du décret flamand du 2 juillet 1981 concernant la gestion des déchets.

111 C.A., n° 125/2002, 10 juillet 2002, B.3.2, B.5, B.6.1 et B.6.2, à propos de l'art. 5 du décret wallon du 21 février 1991 portant création de commissions locales d'avis de coupure de gaz et d'électricité avant son abrogation par l'art. 19 du décret du 25 février 1999.

112 C.A., n° 57/2002, 28 mars 2002, B.5.2, B.5.4 et B.5.5 et P. BOLS, «De dwangsomvordering volgens het nieuwe decreet op de ruimtelijke ordening», *R.W.*, 2003, spécialement n° 9, p. 1163 et 1164 concernant l'art. 149, § 1er, du décret flamand du 18 mai 1999 portant organisation de l'aménagement du territoire en vertu duquel le juge ordonne de remettre les lieux en leur état initial ou de cesser l'utilisation abusive, et/ou d'exécuter des travaux de construction ou d'adaptation et/ou de payer une somme d'argent égale à la plus-value acquise par le bien à la suite de l'infraction. De même, C.A., n° 152/2002, 15 octobre 2002, B.4.2; C.A., n° 154/2003,

....

dispositif est donc «conforme à l'habilitation donnée au législateur décrétal par l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980: la compétence d'ériger en infraction les manquements aux décrets et d'établir les peines punissant ces manquements implique celle d'imposer l'élimination de l'objet de l'infraction et d'en régler les modalités»¹¹⁴ ¹¹⁵. Il en va de même de la faculté de requérir une astreinte par journée de retard dans la mise en œuvre de la mesure de réparation: l'astreinte est elle-même liée à l'action pénale en ce qu'elle a pour objet limité de renforcer la mesure de réparation et il entre donc dans la compétence du législateur décrétal, pour les mêmes motifs, de décider dans quels cas elle peut être infligée à la partie pénalement condamnée afin de garantir l'exécution de la mesure ordonnée en vue de faire cesser l'infraction¹¹⁶; de la faculté de demander également devant le juge civil ces mesures de réparation dès lors qu'elle vise aussi à permettre l'élimination de l'objet de l'infraction en matière d'urbanisme ou la suppression d'un enrichissement illicite: elle se situe dans le prolongement du prolongement, en quelque sorte¹¹⁷;

.../...

26 novembre 2003, B.3.2 à B.3.4. Voy. aussi C.A., n° 48/93, 17 juin 1993, B.5.2 concernant l'art. 29, § 2, du décret flamand du 24 janvier 1984 portant des mesures en matière de gestion des eaux souterraines en vertu duquel le juge ordonne de remettre les lieux dans leur état primitif ou d'ordonner la saisie de machines et la démolition des constructions, installations et ouvrages édifiés en infraction aux dispositions prises en application du décret (avec faculté d'exécution d'office et de vente). Voy. encore C.A., n° 139/2002, 9 octobre 2002, B.4.2 et B.4.3 concernant l'art. 58 du décret wallon du 5 juillet 1985 et l'art. 58 du décret du 27 juin 1996 relatifs aux déchets en vertu desquels, en cas d'infraction, le juge ordonne l'élimination des déchets et la remise en état des lieux.

- 113 Avant 1993, voy. déjà – sans que la Cour précise explicitement qu'il ne s'agit pas de peines – C.A., n° 44/87, 23 décembre 1987, B.11, C.A., n° 50/88, 17 mars 1988, B.9 et C.A., n° 18/89, 29 juin 1989, B.12 concernant l'art. 59 du décret flamand du 2 juillet 1981 concernant la gestion des déchets (élimination de déchets avec faculté d'exécution d'office); C.A., n° 13/92, 27 février 1992, 7.B.2 concernant l'art. 29, § 2, du décret flamand du 24 janvier 1984 portant des mesures en matière de gestion des eaux souterraines (mesures identiques que dans l'arrêt n° 48/93).
- 114 C.A., n° 57/2002, 28 mars 2002, B.5.6; C.A., n° 139/2002, 9 octobre 2002, B.4.4; C.A., n° 152/2002, 15 octobre 2002, B.5.6; C.A., n° 154/2003, 26 novembre 2003, B.3.5. Quant au choix de la mesure de réparation laissé à l'autorité jugée la plus apte à cette fin dans l'intérêt général – sans qu'elle soit pour autant habilitée à saisir les juridictions répressives d'une infraction, l'action en réparation étant donc subordonnée à la décision du ministère public de poursuivre ou non l'infraction –, il relève de la compétence des régions en matière d'aménagement du territoire (voy. resp. B.7.2; comp. C.A., n° 139/2002, 9 octobre 2002, B.5.3 dans le sens d'une simple catégorie supplémentaire de partie intervenante; B.7.2; B.3.6).
- 115 Avant 1993, voy. déjà C.A., n° 13/92, 27 février 1992, 7.B.2.
- 116 C.A., n° 57/2002, 28 mars 2002, B.6.4 concernant l'art. 151, § 1er, *in fine* du décret du 18 mai 1999. De même, C.A., n° 152/2002, 15 octobre 2002, B.6.4.
- 117 C.A., n° 154/2003, 26 novembre 2003, B.3.6 concernant l'art. 151 du décret du 18 mai 1999 et en vertu des art. 6, § 1er, l, 1°, et 11 combinés, de la loi du 8 août 1980, sous réserve de certains aspects de la compétence matérielle et territoriale des juridictions avaluées sur base des pouvoirs implicites. Comp. C.A., n° 139/2002, 9 octobre 2002, B.5.1 à B.5.3 concernant la désignation légale d'une catégorie supplémentaire de partie intervenante en rapport avec et s'inscrivant dans la compétence régionale en matière de politique des déchets.

- l'instauration d'une possibilité de transaction – emportant extinction de l'action publique et du droit d'exiger la réparation – qui «dans la disposition litigieuse ne se présente pas comme une sanction pénale» mais comme «une sanction qui a pour but de prévenir et de réprimer un comportement illicite»¹¹⁸; néanmoins, prévoit «la possibilité d'une transaction»¹¹⁹ relève de l'habilitation contenue dans l'article 11 de la loi spéciale dès lors que ce faisant, le législateur décrétal ne règle pas la forme des poursuites, seule réservée au législateur fédéral par l'article 12, alinéa 2, de la Constitution¹²⁰, mais seulement les «cas prévus par la loi» au sens de cette disposition¹²¹. La loi spéciale a en effet donné une «compétence répressive» au législateur décrétal qui lui permet de décider, dans les matières qui lui sont attribuées, qu'un comportement trouble l'ordre public¹²². En outre, «La compétence du législateur décrétal d'ériger en infraction certains actes implique celle de juger du niveau de gravité de l'atteinte à l'ordre public. Tout comme il peut estimer que le non-respect d'une disposition qu'il a édictée est tel que cette infraction constitue un crime, un délit ou une contravention, le législateur décrétal a compétence pour décider que le manquement à certaines prescriptions est d'une gravité relative et que, bien qu'il s'agisse en réalité d'une infraction passible de peines correctionnelles, une telle peine n'est pas indiquée et qu'une forme de règlement administratif de l'action publique est préférable si les conditions qu'il détermine sont réunies.»¹²³;

- le règlement du *délai* de prescription de l'action publique afférente à une infraction que le législateur établit, également au nom de la compétence répressive reconnue aux régions en considération de l'atteinte ou au trouble porté à l'ordre social ou public: dès lors qu'il peut ériger en infraction tout manquement à ses dispositions, «le législateur est amené à apprécier et à fixer la durée de la période pendant laquelle il y a lieu de sanctionner une telle atteinte et, dès lors, le moment à partir duquel il se justifie de poursuivre l'infraction. En effet, le pouvoir d'ériger

118 C.A., n° 170/2002, 27 novembre 2002, B.6.2.

119 La transaction devenue définitive implique qu'une peine ne peut plus être infligée. Si le contrevenant n'accepte pas la transaction ou ne remplit pas les conditions, l'action publique subsiste.

120 Avant 1993, la Cour d'arbitrage indiquait déjà clairement que l'art. 11 «donne au législateur décrétal la possibilité de déterminer les cas dans lesquels une poursuite peut avoir lieu et d'établir des peines, dans les limites qu'il fixe. Il ne donne cependant pas à ce législateur la possibilité de régler la forme de la poursuite.» (C.A., n° 48/93, 17 juin 1993, B.3; C.A., n° 139/2002, 9 octobre 2002, B.5.1 à B.5.3 concernant la désignation légale d'une catégorie supplémentaire de partie intervenante non constitutive d'une modification des règles de la procédure fédérale).

121 C.A., n° 170/2002, 27 novembre 2002, B.6.3.

122 *Ibidem*, B.5.2.

123 *Ibidem*, B.6.1, travaux préparatoires à l'appui au B.9.1 et B.9.2. A noter que l'argument d'un prévenu poursuivi – et donc intéressé par la légalité de la transaction – a été suivi selon lequel il est logique que si l'art. 11 de la loi spéciale laisse aux régions le soin de décider si et quand l'infraction à leurs décrets doit être sanctionnée, elles peuvent également prévoir quand cela ne sera pas, ou plus, le cas; c'est-à-dire quand, lorsque certaines conditions sont réunies, il n'y aura pas ou plus de sanction (A.3.2 et rapp. A.1.1). L'on se situe ainsi à la limite de la pénalisation et de son contraire, celle-ci n'étant cependant en aucun cas nouvelle au sens de l'art. 11 de la loi spéciale du 8 août 1980.

en infraction un manquement à l'ordre social implique par sa nature même le pouvoir de déterminer la durée pendant laquelle l'atteinte à l'ordre public justifie la mise en œuvre de l'action publique»¹²⁴. Ici non plus, le législateur décréteil ne règle pas la forme des poursuites pas plus qu'il ne légifère quant aux peines; il détermine seulement un aspect des cas prévus par la loi au sens de l'article 12 de la Constitution¹²⁵.

Constituent par contre une peine ou pénalisation requérant un avis conforme, toujours selon la Cour d'arbitrage:

- la nouvelle peine complémentaire, même subsidiaire, fixée en cas de récidive (en l'occurrence la possibilité pour le juge d'obliger subsidiairement le condamné à cesser temporairement ou définitivement les activités visées)¹²⁶;
- établir une amende pénale frappant une personne morale alors que la responsabilité pénale de celle-ci n'était pas encore instituée lors de l'adoption du décret¹²⁷: le Conseil des ministres a d'ailleurs refusé son avis conforme au Parlement bruxellois lorsqu'il s'appropriait à légiférer en matière de responsabilité pénale des

124 Concernant l'art. 1er du décret du 18 juillet 1985 portant à un an le délai de prescription en matière de chasse en Région wallonne en insérant un art. 37 dans la loi du 28 février 1882 sur la chasse: C.A., n° 43/87, 3 décembre 1987, 1.B.2.1 et 2; C.A., n° 59/88, 9 juin 1988, B.2.1 et B.2.2 (rem. A.3: «l'indispensable corollaire d'une peine»); C.A., n° 60/88, 9 juin 1988, B.2 et B.3; C.A., n° 61/88, 9 juin 1988, B.2.1 et 2; C.A., n° 62/88, 9 juin 1988, B.2 et B.3. Concernant l'art. 2 du décret wallon du 17 juillet 1985 modifiant la loi du 1er juillet 1954 sur la pêche fluviale et portant le délai de prescription des infractions en matière de pêche fluviale à douze mois (et non un an comme stipulé par la Cour, sans doute par mimétisme): C.A., n° 50/92, 18 juin 1992, B.3.1 et 2. Concernant cette disposition et l'art. 1er du même décret qui porte à un an, cette fois, le délai de prescription des infractions en matière forestière: C.A., n° 63/88, 9 juin 1988, B.2.1 et B.2.2. Concernant cette dernière disposition uniquement: C.A., n° 64/88, 9 juin 1988, B.2.1 et B.2.2. Concernant l'application des délais de droit commun de par l'abrogation de l'art. 28 de la loi du 28 février 1882 sur la chasse par l'art. 2, 4° du décret flamand du 27 juin 1985: C.A., n° 68/88, 9 novembre 1988, 1.B.2.1 et 1.B.2.2. A noter toutefois que tous ces arrêts sont antérieurs à la formalité de l'avis conforme.

125 C.A., n° 43/87, 3 décembre 1987, 1.B.2.2; C.A., n° 59/88, 9 juin 1988, B.2.2; C.A., n° 60/88, 9 juin 1988, B.3; C.A., n° 61/88, 9 juin 1988, B.2.2; C.A., n° 62/88, 9 juin 1988, B.3; C.A., n° 63/88, 9 juin 1988, B.2.2; C.A., n° 64/88, 9 juin 1988, B.2.1 et B.2.2; C.A., n° 68/88, 9 novembre 1988, 1.B.2.1 et 1.B.2.2; C.A., n° 50/92, 18 juin 1992, B.3.2.

126 Voy. aussi J. VELAERS, *o.c.*, 1999, p. 830, n° 9 et la jurisprudence citée. La nécessité d'un avis conforme a été rappelée plusieurs fois par la section de législation du Conseil d'Etat à propos d'une peine de saisie (*ibid.*, n° 16, p. 833).

127 L'exemple précis a été donné plusieurs fois au Parlement et, avant 1993, la doctrine concluait à l'interdiction pour les communautés et régions de légiférer dans ce sens (*infra*). Voy. l'une des parties in C.A., n° 125/2002, 10 juillet 2002, A.3 et, *a contrario* C.A., n° 44/87, 23 décembre 1987, B.13 (et B.16: ni à organiser une forme quelconque d'expropriation); C.A., n° 50/88, 17 mars 1988, B.11; C.A., n° 18/89, 29 juin 1989, B.14 (à l'inverse, la désignation d'une personne physique responsable pour l'établissement soumis à autorisation ne revient pas à instituer par soi-même une responsabilité pénale (sans faute)). *Addé* J. VELAERS, *o.c.*, 1999, p. 833, n° 17 et la jurisprudence citée; M. FAURE et D. ROEF, *o.c.*, R.W., 1995-96, n° 54 à 60, p. 430 et 431, impl.; F. DERUYCK, «Pour quand la responsabilité pénale des personnes morales en droit pénal belge?», *J.T.*, 1997, p. 698, note 15, l'auteur signalant un oubli de demander l'avis conforme.

personnes morales alors que la loi du 4 mai 1999 instaurant celle-ci était en cours de gestation^{128 129}.

Parmi les questions restant en suspens, on peut citer l'établissement d'une cause de justification ou «application de l'article 70 du Code pénal»¹³⁰. En effet, la Cour d'arbitrage n'a pas eu l'occasion d'aborder le débat jusqu'ici, pas même dans son arrêt n° 20/89 déjà évoqué, dès lors que le législateur décréteil se situait, en matière d'avortement, en dehors de son champ de compétences ...

A noter que, dans sa jurisprudence, la Cour d'arbitrage est généralement soucieuse de la dimension temporelle des lois lorsqu'elle précise, par exemple, que le législateur décréteil a fixé une peine que ne prévoyait pas le livre Ier du Code pénal lors de l'adoption de ce décret¹³¹. Etait visée, en l'occurrence, la cessation temporaire ou définitive des activités concernées, peine figurant aujourd'hui à l'article 7bis du Code pénal s'agissant des personnes morales, mais non à l'article 7 concernant les personnes physiques. Demeure ouverte, ainsi, la question de savoir si le simple fait pour une peine d'être prévue par le livre Ier du Code pénal suffit à permettre de l'exploiter dans la législation décrétille sans respecter (plus ou moins) les limites imparties à cette peine par le même livre du Code pénal ...

Il ne reste pas moins que, de manière générale, la Cour d'arbitrage prend soin d'apprécier la constitutionnalité des dispositions contrôlées *en fonction du moment auquel elles ont été adoptées*, c'est-à-dire au regard des règles de compétence telles qu'elles étaient d'application au moment de leur adoption¹³², sans jamais évoquer la possibilité d'une couverture ultérieure, certes sans effet rétroactif, par l'extension des compétences qui serait survenue entre-temps, en l'occurrence en 1993¹³³.

128 Voy. l'exposé du ministre relatif au projet d'ordonnance du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale relative à la recherche, la constatation, la poursuite et la répression des infractions en matière d'environnement, *Doc. parl.*, C.R.B., sess. ord. 1998-99, n° 312/2, p. 3, 10 et 13 et, en doctrine, notamment M. FAURE, «Ordonnance du 25 mars 1999 relative à la recherche, la constatation, la poursuite et la répression des infractions en matière d'environnement», *Amén.*, 2000, p. 192; B. GERVASONI, «La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales: incidences en droit de l'environnement», *Amén.*, 2001, p. 205 et note 16.

129 Concernant le mécanisme de la responsabilité civile à concurrence des amendes, confiscations et frais de justice, voy. J. VELAERS, *o.c.*, 1999, n° 18, p. 833 et 834 et la jurisprudence citée.

130 C.A., n° 20/89, 13 juillet 1989, B.2. A noter que la Communauté française soutenait qu'il n'existe pas de règle «nulla absolutio sine lege» qui compléterait la règle «nullum crimen sine lege» (A.3), alors qu'avant 1993 l'art. 11 de la loi spéciale l'imposait formellement en ce qui concerne le législateur fédéré, à travers l'obligation de conformité, aujourd'hui dans une moindre mesure à travers le terme pénalisation.

131 C.A., n° 213/2004, 21 décembre 2004, B.6.

132 Dans ce sens expressément: C.A., n° 2/94 et n° 3/94, 13 janvier 1994, B.5.1; C.A., n° 18/95, 2 mars 1995, B.3; C.A., n° 92/99, 15 juillet 1999, B.2; C.A., n° 139/2002, 9 octobre 2002, B.3.1; C.A., n° 168/2004, 28 octobre 2004, B.2. *Addé* l'une des parties in C.A., n° 125/2002, 10 juillet 2002, A.3.

133 A noter, à cet égard, que l'extension des compétences visait précisément à permettre aux législateurs fédérés de dépasser les limites strictes qui leur avaient été fixées par la loi spéciale antérieurement. En principe, la compétence d'une autorité s'apprécie cependant au moment où celle-ci statue.

Il importe donc de préciser qu'avant 1993, toute dérogation aux règles établies par le livre Ier du Code pénal était réservée au législateur fédéral¹³⁴: toute modification des règles de la récidive¹³⁵, des règles régissant les peines (confiscation¹³⁶) ou leur exécution (civilement responsable¹³⁷), des règles de la complicité¹³⁸, des règles déterminant les personnes dont la responsabilité pénale peut être établie (personnes morales¹³⁹) et des règles du concours¹⁴⁰.

- 134 Sur la jurisprudence de la Cour d'arbitrage en matière pénale en général, voy. not. W. BROSENS, «Enkele recente evoluties in verschillende domeinen van het strafrecht», *R.W.*, 1988-89, p. 314 à 316; B. JADOT, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1989, p. 1075 à 1088; J. DELVA et J. SMETS, *o.c.*, 1991, p. 95 à 101; P. VANDERNOOT, «La Cour d'arbitrage, la suspension du prononcé de la condamnation et le droit pénal», obs. sous C.A., n° 9/91, 13 juin 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1013 à 1027; P. COENRAETS, *o.c.*, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1303 à 1308; B. BRONDERS, *o.c.*, 1994, p. 91 à 100; J. SAROT, P. VANDERNOOT, E. PEREMANS et B. PATY, *Dix ans de jurisprudence de la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 611 à 616 (pas de mise à jour en 1998); M. VERDUSSEN, *o.c.*, 1995, p. 218 à 246; F. MEERSCHAUT, *o.c.*, 1999, p. 40 et s. et la jurisprudence citée. *Adde* proposition de loi spéciale modifiant l'art. 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (de Mme MERCKX-VAN GOEY du 29 mai 1992), *Développements, Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 1991-92, n° 487/1, p. 1 à 4.
- 135 C.A., n° 44/87, 23 décembre 1987, B.9; C.A., n° 50/88, 17 mars 1988, B.7; C.A., n° 11/89, 11 mai 1989, B.6; C.A., n° 5/90, 17 janvier 1990, 3.B.5; C.A., n° 15/90, 5 avril 1990, B.19; C.A., n° 13/92, 27 février 1992, 6.B.2; C.A., n° 48/93, 17 juin 1993, B.4.2. *Rappr.* J. VELAERS, *o.c.*, 1999, p. 834, n° 20, et la jurisprudence citée.
- 136 Créer une confiscation autre que celle qui est réglée dans le livre Ier du Code pénal, en ajoutant aux art. 42 et 43 du Code pénal (car seul le législateur est compétent pour régler les cas et les conditions dans lesquels la confiscation peut être prononcée à titre de peine). Voy. C.A., n° 13/92, 27 février 1992, 8.B.3 et 4 et C.A., n° 48/93, 17 juin 1993, B.6.3: en rendant les sociétés civilement responsables des confiscations prononcées, à titre de peine, contre leurs organes ou préposés – et donc susceptibles d'être citées devant la juridiction répressive. Voy. aussi C.A., n° 44/87, 23 décembre 1987, B.10; C.A., n° 50/88, 17 mars 1988, B.8; C.A., n° 11/89, 11 mai 1989, B.7; C.A., n° 18/89, 29 juin 1989, B.11 et C.A., n° 15/90, 5 avril 1990, B.20: en autorisant la confiscation d'outils et de moyens de transport même lorsqu'ils n'appartiennent pas au condamné, mais pas lorsque la confiscation revêt uniquement le caractère d'une mesure de sûreté (voy. *supra*). *Adde* J. VELAERS, *o.c.*, 1999, p. 833, n° 15 et la jurisprudence citée.
- 137 Disposer que le paiement des amendes peut être réalisé à l'encontre d'une autre personne que celle qui a été condamnée: C.A., n° 44/87, 23 décembre 1987, B.12; C.A., n° 50/88, 17 mars 1988, B.10; C.A., n° 11/89, 11 mai 1989, B.8; C.A., n° 5/90, 17 janvier 1990, 3.B.7; C.A., n° 15/90, 5 avril 1990, B.18, B.22 et B.23; C.A., n° 13/92, 27 février 1992, 8.B.2; C.A., n° 38/92, 7 mai 1992, B.5.2; C.A., n° 48/93, 17 juin 1993, B.6.2. Voy. aussi J. VELAERS, *o.c.*, 1999, n° 18, p. 833 et 834 et la jurisprudence citée. *Contra*: Cass., 29 octobre 2002, précité concernant le décret flamand du 28 juin 1985 relatif à l'autorisation anti-pollution («le fait que la partie civilement responsable soit tenue au paiement de l'amende et des frais de justice ne constitue pas une peine et ne modifie pas les principes du Livre I du Code pénal»).
- 138 En établissant une présomption de complicité dans le chef de toute personne habilitée à donner des ordres ou des instructions au contrevenant: C.A., n° 44/87, 23 décembre 1987, B.14; C.A., n° 50/88, 17 mars 1988, B.12; C.A., n° 11/89, 11 mai 1989, B.9. *Rappr.* J. VELAERS, *o.c.*, 1999, p. 834, n° 23 et la jurisprudence citée.
- 139 Voy. notamment B. JADOT, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1989, n° 13, p. 1082 et F. VAN REMOOR-TERE, «La question de la responsabilité pénale des personnes morales en droit de l'environnement», *Rev. dr. pén.*, 1991, n° 67, p. 356 et 357 (en cas de nette contrariété au livre Ier); R. ANDERSEN, *o.c.*, 1993, p. 154 et 155; B. BRONDERS, *o.c.*, 1994, n° 10, p. 96 et p. 102, n° 33; M. VERDUSSEN, *o.c.*, 1995, p. 231 à 233; J. VELAERS, *o.c.*, 1999, p. 833, n° 17 et la jurisprudence citée.
- 140 J. VELAERS, *o.c.*, 1999, p. 834, n° 22 et la jurisprudence citée.

La Cour de cassation, de son côté, a indiqué que «l'obligation de verser une somme (...), majorée de décimes additionnels, à titre de contribution au Fonds spécial pour l'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence lors de chaque condamnation à une peine criminelle ou correctionnelle est de nature *sui generis* et ne constitue pas une peine, ni une partie des frais de justice»¹⁴¹.

11.4. *Le mythe du livre Ier du Code pénal.* Au-delà de cette abondante jurisprudence, qui permettra sans doute au législateur germanophone d'éviter les mauvaises expériences de ses homologues, il reste une question latente mais cruciale en droit pénal dès lors qu'à regrets, une série de principes généraux du droit pénal n'ont pas été expressément inscrits dans le fameux livre Ier du Code pénal, tant ils paraissent évidents à leurs auteurs qui se sont contentés d'en faire la théorie dans les travaux préparatoires du Code pénal belge de 1867¹⁴². L'on songe, en particulier, à la théorie de l'élément moral distinguant les différentes catégories de cet élément constitutif essentiel de l'infraction, au principe général de la responsabilité pénale pour faute également applicable aux contraventions, au principe général de l'état de nécessité, à celui de l'erreur invincible, etc.

Or, le paradoxe créé par le législateur spécial avec l'article 11 est d'avoir voulu assurer l'unité du droit pénal général en sacralisant, au moins dans un premier temps, le livre Ier du Code pénal alors pourtant qu'il n'est pas exhaustif sur ce point¹⁴³. Que faire, le cas échéant, si la Communauté germanophone décidait de déroger à l'un de ces principes généraux du droit pénal non écrits dans le livre Ier dudit code? La question est moins cruciale que naguère lorsque l'obligation de conformité était générale. Il reste néanmoins, d'une part, à s'interroger dans chaque cas s'il s'agit ou non d'une nouvelle peine ou pénalisation requérant un avis conforme du Conseil des ministres ... c'est-à-dire, en fin de compte, si le principe non expressément formulé, auquel il serait dérogé, peut être considéré comme faisant partie intégrante du livre Ier du Code pénal ou découlant à tout le moins de l'une de ses dispositions ... Il s'impose, d'autre part et dans tous les cas de figure, de recourir aux articles 10 et 11 de la Constitution pour vérifier la légitimité de la dérogation dès lors que, pour la Cour d'arbitrage, les droits et libertés reconnus aux Belges, qui doivent être assurés sans discrimination, contiennent les garanties résultant des principes généraux du droit pénal¹⁴⁴ ... Dans certains cas précis, les articles 10 et 11 pourront être combinés avec l'une ou l'autre disposition de la Convention européenne des droits de l'homme ou du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

141 Cass., 29 octobre 2002, précité, la Cour précisant qu'il ne ressort en l'occurrence d'aucune disposition que l'employeur serait civilement responsable de cette contribution à laquelle sont condamnés les préposés ou mandataires.

142 Voy. notamment C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *o.c.*, 3e éd., 2003, p. 6, 7 et 315, n° 343.

143 La question est différente lorsque le principe est consacré dans un texte international nanti d'un effet direct dès lors qu'il ne peut y être dérogé par aucun législateur interne, le cas échéant.

144 Voy. sur ce point *supra*, note 106.

C. Une compétence fédérée limitée en procédure fédérale, mais sans tutelle fédérale

12. Trois compétences précises en matière de procédure fédérale. Les limites – déjà dépassées – imparties à la présente contribution empêchent d'approfondir le sujet autant que celui consacré au droit pénal général. On se limitera dès lors aux constats suivants.

Les compétences communautaires et régionales en matière de procédure fédérale ouvrent une nouvelle ère en droit pénal *sensu largo* dès lors qu'avant 1993, les entités fédérées en étaient totalement dépourvues. A l'époque, la Cour d'arbitrage excluait en effet toute compétence implicite dans une matière réservée au législateur fédéral par la Constitution et ce même si sur trois points au moins – précisément ceux ayant donné lieu à transfert de compétences – un débordement était, semble-t-il, nécessaire pour une gestion efficace des incriminations et peines fédérées: le pouvoir d'accorder la qualité d'agent ou d'officier de police judiciaire¹⁴⁵ aux agents assermentés du gouvernement de communauté ou de région¹⁴⁶, de régler la force probante des procès-verbaux¹⁴⁷ et fixer les cas pouvant donner lieu à une perquisition.

Auparavant, la détermination des formes de la poursuite était réservée au législateur fédéral par l'article 12 de la Constitution et échappait entièrement à la sphère d'application de l'article 11 de la loi spéciale¹⁴⁸, y compris en ce qui concerne par exemple le règlement de la force probante des procès-verbaux qui intéresse la charge de la preuve¹⁴⁹, ou encore le fait d'accorder la qualité d'officier de police

145 Lors des travaux parlementaires, il a été rappelé que les officiers de police judiciaire ont une compétence générale de recherche alors que les agents ne disposent que de compétences spécifiques dans des matières voire réglementations particulières (un commissaire, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 197). Par contre, il n'a pas été répondu à la question de savoir si les décrets peuvent accorder la qualité d'auxiliaire du procureur du Roi (Mme MERCKX-VAN GOEY, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 106377, p. 67).

146 Cette qualité peut être également conférée à des agents assermentés d'organismes ressortissant à l'autorité ou au contrôle du gouvernement de communauté ou de région, sur la suggestion de la section de législation du Conseil d'Etat (S.L.C.E., avis du 6 janvier 1993, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-2, p. 7 et annexe 2, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 416).

147 Malgré les inquiétudes manifestées au parlement concernant les variations de force probante en l'absence de garanties procédurales minimales. Voy. un commissaire, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 197; M. BARZIN, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 3 juin 1993, p. 2779. La force probante peut être triple: jusqu'à inscription en faux (exceptionnellement), jusqu'à preuve du contraire ou simple renseignement. Selon M. CEREXHE, la possibilité de dérogation quant aux trois types de forces probantes d'un procès-verbal n'existerait pas dès lors que c'est le code de procédure criminelle qui règle la matière et non le livre premier du Code pénal (*Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 3 juin 1993, p. 2780).

148 Rem. F. MEERSSCHAUT, *o.c.*, 1999, p. 47, n° 20.

149 A l'exclusion des missions de surveillance du respect des normes régionales et de la détermination de la manière dont ces fonctionnaires sont tenus de rapporter leurs constatations: C.A., n° 44/87, 23 décembre 1987, B.5, B.6 et B.7.f; C.A., n° 50/88, 17 mars 1988, B.3, B.4 et B.5.f; C.A., n° 11/89, 11 mai 1989, B.3 et B.5; C.A., n° 5/90, 17 janvier 1990, 3.B.2 et 3.B.4 (il n'appartient pas au législateur décentralisé de régler, «même en la confirmant» (!), la valeur probante des procès-verbaux établis par les officiers de police judiciaire); C.A., n° 18/89, 29 juin 1989, B.6 et B.8.f; C.A., n° 15/90, 5 avril 1990, B.16; C.A., n° 13/92, 27 février 1992, 4.B et

...

judiciaire¹⁵⁰. Il en allait de même à propos des visites domiciliaires réservées par l'article 15 de la Constitution en ce qui concerne les cas dans lesquels elles peuvent être ordonnées et la forme selon laquelle elles peuvent être réalisées¹⁵¹.

En 1993, toutefois, et plus encore qu'en droit pénal général, le législateur spécial a voulu tirer les conséquences de la jurisprudence stricte de la Cour d'arbitrage, comme d'ailleurs du fait que «le pouvoir national n'a jamais déployé beaucoup de bonne volonté pour l'aider (lire: le pouvoir fédéré) en cette matière»¹⁵². Il a cependant retenu un mode d'attribution différent à deux égards puisque, d'une part, celui-ci est nettement plus limité¹⁵³, à trois domaines très précis et, d'autre part, il n'est assorti ni d'une obligation (expresse mais bien réelle¹⁵⁴) de conformité – fût-ce partielle – avec le Code d'instruction criminelle ni d'une tutelle fédérale destinée à assurer une certaine cohérence ou unité.

A l'instar de ce que l'on connaît en droit pénal général, en revanche, les trois titres de compétences¹⁵⁵ sont limités à «ce qui concerne les actes ou comportements qu'elles érigent en infraction»¹⁵⁶, conformément aux termes «Dans les limites visées à l'alinéa 1er». En outre, l'intervention du législateur décentralisé est rendue obligatoire par l'article 11, alinéa 3 de la loi du 8 août 1980. Le principe de légalité en la matière est donc, également de ce point de vue, renforcé¹⁵⁷.

13. *Des compétences suffisantes?* L'évaluation du partage de compétences en 1999 a été l'occasion de commentaires pratiques surtout afférents à la politique de poursuite à l'égard des «pénalisations» décentralisées. De nombreuses dispositions pénales figurant dans les décrets resteraient en effet lettre morte en raison du manque de concertation entre les pouvoirs fédéraux (notamment les parquets) et les communautés et régions, notamment en matière de déchets, de gestion en matière de voirie, de transport et trafic ou encore dans le cadre de la législation environnementale¹⁵⁸. Pour y remédier, proposition a été faite d'associer les gouvernements de communauté et région au collège fédéral des procureurs généraux

...

5.B.2; C.A., n° 38/92, 7 mai 1992, B.2 et B.3.2; C.A., n° 92/99, 15 juillet 1999, B.6. Rem. concernant les mesures qui ne vont pas au-delà de l'exercice d'un simple contrôle et de la conservation de pièces: C.A., n° 44/87, 23 décembre 1987, B.7.b; C.A., n° 50/88, 17 mars 1988, B.5.b; C.A., n° 18/89, 29 juin 1989, B.8.b.

150 C.A., n° 15/90, 5 avril 1990, B.14.

151 C.A., n° 44/87, 23 décembre 1987, B.7.a; C.A., n° 50/88, 17 mars 1988, B.5.a; C.A., n° 11/89, 11 mai 1989, B.4; C.A., n° 18/89, 29 juin 1989, B.8.a; C.A., n° 15/90, 5 avril 1990, B.15; C.A., n° 13/92, 27 février 1992, 4.B et 5.B.3; C.A., n° 92/99, 15 juillet 1999, B.7.

152 J. DARAS, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2698, concernant la qualité d'agent ou d'officier de police judiciaire.

153 C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 2003, p. 66.

154 En vertu du partage de compétences.

155 Voy. sur ce point spécialement M. VERDUSSEN, *o.c.*, 1995, p. 239 à 246; F. MEERSSCHAUT, *o.c.*, 1999, n° 22 à 25, p. 48 à 50 et la jurisprudence citée; J. VELAERS, *o.c.*, 1999, p. 834 à 837 et la jurisprudence citée.

156 S.L.C.E., avis du 6 janvier 1993, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-2, p. 6.

157 J. VELAERS, *o.c.*, 1999, p. 835, n° 25 et la jurisprudence citée.

158 Rapport fait par MM. CALUWÉ, COENE, DESMEDT et HOTYAT, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-99, n° 1333/1, p. 730 à 733.

– qui définit la politique générale en matière de poursuites y compris dans les compétences communautaires et régionales et donc dans cette mesure –, soit en transférant la politique des poursuites aux communautés et régions pour ce qui est de leurs compétences, soit en donnant aux communautés et régions la possibilité de se constituer directement partie civile (même sans intérêt ou préjudice propre) dans les enquêtes relatives aux normes qu'elles ont promulguées¹⁵⁹.

La question a également été posée de savoir si les communautés et régions ne devraient pas être habilitées à prévoir d'autres mesures d'instructions spécifiques que la perquisition ou les visites domiciliaires dans le cadre d'une enquête pénale, telles la saisie et la confiscation ou la perception immédiate des amendes pour les petites infractions, sans courir le risque de devoir remplir les conditions d'application de l'article 10 de la loi spéciale.

Dès 1993, à ce propos, le Conseil d'Etat avait tendu une perche au Parlement en lui indiquant que «L'attribution expresse (...) de certaines compétences en matière de recherche et de constatation des infractions soulève la question de savoir s'il sera ou non au pouvoir du législateur décentralisé de régler, (certes) en application de l'article 10 de la loi spéciale, d'autres aspects de la poursuite pénale. Il conviendrait de clarifier ce point»¹⁶⁰, ce qui, dans l'ensemble, semble avoir été fait et limite l'incidence fédérée en ce qui concerne l'action publique¹⁶¹.

159 *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-99, n° 1333/1, p. 732 et 733 (combinées avec p. 84). La Constitution octroie au pouvoir exécutif fédéral un pouvoir d'injonction positive à l'égard des parquets et une modification de la Constitution s'imposerait donc si l'on optait pour la voie de la constitution de partie civile, selon P. COENRAETS.

160 S.L.C.E., avis du 6 janvier 1993, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-2, p. 7. En revanche, M. BARZIN proposait de supprimer toute compétence régionale ou communautaire en matière de perquisition en l'absence de garantie concernant cette atteinte à l'inviolabilité du domicile dont il convient d'assurer qu'elle ne peut avoir lieu que si elle est expressément autorisée par une ordonnance du juge d'instruction, sauf consentement ou flagrant délit (n° 558-32, D, p. 2, amendement rejeté n° 558-5, p. 200 et *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 10 juin 1993, p. 2957; *adde Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 197 et 198 et M. BARZIN, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 3 juin 1993, p. 2779; amendement relayé par M. SIMONET, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/2, p. 9, rejeté n° 1063/7, p. 69 et *Ann. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 77, 14 juillet 1993, p. 3.438). A moins d'étendre la tutelle de l'avis conforme en la matière (M. SIMONET, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 63 et 69 impl.). A la question posée par Mme MERCKX-VAN GOEY de savoir si la formulation de la proposition signifie que «des décrets peuvent déterminer la forme d'une perquisition, c'est-à-dire de quelle manière et à quelles conditions une perquisition peut avoir lieu» (la procédure), le Premier ministre a indiqué, en commission de la Chambre, que seuls les cas pouvant donner lieu à perquisition peuvent être fixés par décrets (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 67). Comp. M. LALLEMAND, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2706: définir des cas spécifiques, les réduire, les délimiter davantage c'est-à-dire «régler le problème de la perquisition d'une autre manière que ne le prévoit la loi» et modifier certains termes de la loi qui existe aujourd'hui.

A noter que, déjà pour le législateur fédéral, déroger aux règles ordinaires de la perquisition et aux garanties constitutionnelles et internationales prévues à son égard ne peut être qu'exceptionnel et doit être justifié par des raisons propres aux infractions qu'elles concernent (voy. not. C.A., n° 140/98, 16 décembre 1998, B.2).

161 Mme MERCKX-VAN GOEY, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 66 et 67, approuvée sans réserve par le Premier ministre p. 67.

14. *Des compétences encadrées par les règles de la procédure fédérale.* Pour le reste, le principe reste donc, même si – et précisément parce qu'il n'est pas formellement exprimé sur un mode mineur à l'instar de ce que l'on connaît avec le livre Ier du Code pénal – l'application du Code d'instruction criminelle et des règles relatives à la procédure fédérale aux agents des communautés et régions¹⁶², sauf sur les trois points précis énumérés par l'alinéa 3 de l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980¹⁶³ et pour lesquels l'interprétation se doit d'être stricte.

A cet égard, la Cour d'arbitrage a par exemple eu l'occasion d'indiquer que n'entre pas sous le champ d'application de l'article 11 la norme qui rend le président du tribunal de première instance compétent pour constater l'existence d'un acte constituant une infraction manifeste envers – ou une menace sérieuse pour – la réglementation relative à la protection de l'environnement¹⁶⁴.

§ 2. L'APPLICATION SUPPLEMENTIVE DU LIVRE Ier DU CODE PENAL

15. *Position du problème.* Le tour de piste que l'on vient de faire dans les dédales de la réforme de l'Etat au sujet des compétences fédérées en matière pénale montre à quel point l'utilisation de chaque mot pour déterminer le partage des compétences doit être pesé et sous-pesé dès lors que, confronté à la pratique du terrain, il donne généralement lieu à controverses, c'est-à-dire à contentieux, qui mobilisent beaucoup d'énergie et durant lesquels l'on s'occupe finalement d'autre chose que de régler les problèmes de fond.

Parmi les controverses, il en est une qui ne semble pas avoir été tranchée de manière définitive et certaine depuis 1993 et qui concerne l'application aux incriminations fédérées des règles relatives à la participation et aux circonstances atténuantes. La question est liée à l'interprétation donnée par la Cour d'arbitrage, avant 1993, à

162 M. ERDMAN, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2694; M. LALLEMAND, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, 2 juin 1993, p. 2707. Voy. aussi Cass., 14 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, 592; *De Gemeente*, 1995, p. 482 et *T.M.R.*, 1995, p. 251 sur base de l'ancienne version de l'art. 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 et concernant les prescriptions du Code forestier concernant la fonction de police et les poursuites judiciaires. *Adde M.S.D.*, note sous Cass., 23 février 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 206.

163 Voy. aussi J. VELAERS, o.c., 1999, p. 834 à 837 et la jurisprudence citée.

164 C.A., n° 168/2004, 28 octobre 2004, B.4.2 et B.4.3 dans lequel la Cour privilégie un contrôle au regard de la compétence fédérale en matière de règles relatives à la compétence des juridictions et à la procédure applicable devant celles-ci et de la compétence régionale en matière d'environnement et d'aménagement du territoire. La compétence contrôlée concerne également celle d'ordonner la cessation d'actes dont l'exécution a déjà commencé ou imposer des mesures de démolition et des interdictions d'exploitation (plus généralement des mesures destinées à prévenir leur exécution ou à éviter une détérioration de l'environnement). Rapp. C.A., n° 57/2002, 28 mars 2002, B.5.1 et B.5.2; C.A., n° 139/2002, 9 octobre 2002, B.3.3 et B.4.2; C.A., n° 152/2002, 15 octobre 2002, B.5.1 et B.5.2; C.A., n° 154/2003, 26 novembre 2003, B.2.4 et B.3.1 concernant les mesures permettant de restaurer le bon aménagement du territoire lorsqu'il a été perturbé.

l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 et à la portée de celui-ci compte tenu de l'article 100 du Code pénal.

Les deux dispositions étaient en effet difficiles à articuler. A l'époque, pour mémoire, l'émiettement du droit pénal faisait figure de spectre et aucune dérogation au livre Ier du Code pénal n'était donc admise de la part des législateurs fédérés, en quelque sorte «condamnés» à légiférer «conformément au livre Ier du Code pénal». Le problème est que, dans le livre Ier du Code pénal figure un article 100 – apparemment passé inaperçu au fil des réformes –, article qui permet précisément à des lois et règlements particuliers de déroger au livre Ier du Code pénal¹⁶⁵. L'application stricte des deux dispositions revenait donc à paralyser le dispositif de l'article 11. Le respect du livre Ier du Code pénal aurait produit l'effet contraire à celui programmé si la Cour d'arbitrage n'était pas intervenue pour tenter de concilier les deux dispositions dans le respect de la hiérarchie des *volontés*.

16. Le point de vue de la Cour d'arbitrage avant 1993. A l'estime de la Cour, en effet, «L'article 11 ne permet (...) pas au législateur décrétoal de déroger aux dispositions du Livre Ier du Code pénal. Les Communautés et les Régions ne peuvent dès lors recourir à l'article 100 du Code pénal, même si cette disposition est intégrée dans le Livre Ier dudit Code. Le législateur spécial a voulu que les règles contenues dans le Livre Ier restent uniformes et que les Communautés et les Régions

165 «A défaut de dispositions contraires dans les lois et règlements particuliers, les dispositions du premier livre du présent Code seront appliquées aux infractions prévues par ces lois et règlements, à l'exception du chapitre VII, et de l'art. 85». Ainsi, «La responsabilité pénale propre des personnes morales, telle qu'elle est réglée à l'art. 5 du Code pénal, s'applique à toutes les infractions, sauf disposition contraire dans les lois pénales particulières (art. 100 du Code pénal). Rien n'empêche le législateur de déroger, dans un cas particulier, à la règle générale, à la condition qu'existe pour ce faire une justification objective et raisonnable» (C.A., n° 145/2002, 15 octobre 2002, B.3.1 et C.A., n° 104/2003, 22 juillet 2003, B.5).

Initialement, la disposition comportait un second alinéa afférent au droit pénal fiscal, mais abrogé en 1986 (voy. sur ce point ci-dessous, n° 17). Quant au premier alinéa, il comportait comme exceptions non seulement le chapitre VII et l'art. 85, mais aussi «des §§ 2 et 3 de l'art. 72, du § 2 de l'art. 76» (dispositions qui autorisaient les juges à mettre à la disposition du gouvernement les délinquants âgés de moins de seize ans ou sourds-muets, et acquittés pour défaut de discernement).

Les dispositions particulières, dans ces matières, doivent être appliquées de préférence aux dispositions générales (...) quand même elles seraient antérieures à ces dernières» (J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, T. 1, 3e éd., Gand, A. Hoste, 1879, n° 119, resp. p. 73, note 9 et p. 74: *In toto jure generi per speciem derogatur*). Tel n'est cependant pas le cas si un décret ou une ordonnance a disposé en la matière avant l'entrée en vigueur de la réforme de 1993 dès lors que les communautés et régions étaient incompétentes à cet égard, selon la Cour d'arbitrage. Quant aux lois fédérales particulières non encore abrogées ou modifiées par décret dans une matière transférée, elles continuent à emporter la pleine application de l'art. 100 du Code pénal dans l'intervalle (voy. P. COENRAETS, «Les conséquences de la réforme de l'Etat en droit pénal de l'environnement», obs. sous C.A., n° 50/92, 18 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1992, n° 5, p. 130, note 9). Enfin, la compétence pénale des communautés et régions leur permet d'adopter des dispositions rétroactives favorables emportant par exemple amnistie (F. MEERSCHAUT, o.c., 1999, n° 4, p. 37).

n'y dérogent pas. Il a dès lors précisé expressément que l'ensemble des matières comprises dans le Livre Ier du Code pénal ressort (relève) de la compétence du législateur national. Il n'appartient pas au législateur décrétoal de régler ces matières.»¹⁶⁶.

On le comprend: le nœud de la difficulté, pour la Cour d'arbitrage, était de combiner l'article 11 de la loi spéciale avec l'article 100 du Code pénal. Mais au lieu de priver d'effet une partie seulement de l'article 100 du Code pénal, la Cour d'arbitrage a préféré ignorer l'ensemble de la disposition, au risque de ne pas choisir la voie la plus rationnelle et la plus proportionnelle.

Pourtant, une solution médiane¹⁶⁷ existait, était parfaitement envisageable et permettait de préserver l'effet utile de la compétence fédérale en matière de principes généraux. Cette solution aurait pu consister à priver d'application l'unique partie de la disposition qui était source de contradiction, à savoir la possibilité d'établir des dérogations aux matières elles-mêmes¹⁶⁸. Selon cette voie, les deux «principes d'exception» n'auraient pas été considérés comme étant d'office applicables aux infractions fédérées, tout en permettant aux communautés et régions de prescrire leur application, mais sans pouvoir y apporter aucune modification.

Avec le recul, cette alternative était davantage conforme au texte même de la disposition spéciale que la solution plus radicale dès lors que refuser l'application de l'article 100 revenait à imposer l'application aux législations décrétoales de l'article 85 du Code pénal et de la participation, ce qui, en soi, n'est plus du tout

166 C.A., n° 44/87, 23 décembre 1987, B.5; C.A., n° 50/88, 17 mars 1988, B.3; C.A., n° 51/88, 17 mars 1988, B.3; C.A., n° 11/89, 11 mai 1989, B.3; C.A., n° 18/89, 29 juin 1989, B.5; C.A., n° 5/90, 17 janvier 1990, B.2; C.A., n° 13/92, 27 février 1992, B.2; C.A., n° 38/92, 7 mai 1992, B.2; C.A., n° 48/93, 17 juin 1993, B.3; C.A., n° 92/99, 15 juillet 1999, B.5 (formulé à l'imparfait).

167 A noter qu'à l'époque une série d'auteurs avaient légitimement revendiqué la solution radicale inverse, prenant au pied de la lettre le renvoi à l'ensemble du livre Ier du Code pénal qui autorise expressément des dérogations dans son art. 100: Y. LEJEUNE, «La protection des droits et libertés», in F. DELPÉRÉE (dir.), *La Cour d'arbitrage. Actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 351, n° 337 («le raisonnement de la Cour s'apparente à une pétition de principe»); J. MESSINNE, F. TULKENS et C. VAN DEN WYNGAERT, o.c., *J.T.*, 1992, p. 858 et note 7 (ambiguïté); P. COENRAETS, o.c., *J.L.M.B.*, 1992, n° 4 et 5, p. 1305 et 106 et la jurisprudence inédite, d'ailleurs divergente, citée note 10; P. COENRAETS et E. MARON, o.c., 1994, p. 158. Rapp. M. FAURE, «Het milieustrafrecht in rechtvergelijkend perspectief», *Panopticon*, 1991, p. 326; B. BRONDERS, o.c., 1994, n° 7 à 9, p. 94 et 95 et n° 30 et 31, p. 101 et 102 (l'auteur remarquant au demeurant que certaines dispositions du livre Ier requièrent expressément une loi particulière pour trouver application, comme les art. 31 et 53 du Code pénal); N. DE SADELEER, o.c., *A.P.T.*, 1994, p. 188 et 189 (une interprétation étroite). Comp. F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, o.c., 6e éd., 2003, p. 190 et 191, suivi par P. TRAEEST, o.c., *R.W.*, 1993-94, n° 10, p. 1196: une position discutabile au regard des textes mais cohérente eu égard à la disparité observée du droit pénal particulier à laquelle le législateur a voulu remédier en abrogeant en 1986 l'al. 2 de l'art. 100 du Code pénal.

168 Rapp. J. DELVA et J. SMETS, «De Staatsvorming in het strafrecht», in *Liber amicorum Marc Châtel*, Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, n° 11, p. 96. *Contra* M. VERDUSSEN, o.c., 1995, p. 229; F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *Recueil d'études sur la Cour d'arbitrage 1980-1990*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 104, n° 72.

«conforme»¹⁶⁹ au livre Ier du Code pénal. En outre, le raisonnement opéré revenait à donner une trop large portée à ce qui n'est en fin de compte qu'une exception – à savoir une réserve de compétence fédérale¹⁷⁰.

Pourtant, chaque fois que la Cour d'arbitrage a été confrontée à un article qui «règle la mesure dans laquelle les dispositions du Livre premier du Code pénal sont applicables au présent décret» – en précisant par exemple que toutes les dispositions du Livre I du Code pénal, excepté les chapitres V et VII, mais y compris l'article 85, sont applicables aux délits prévus par le présent décret, comme dans l'arrêt n° 44/87; ou en stipulant dans le sens de la Cour que toutes les dispositions du Livre I du Code pénal, sans exception des chapitre VII, et article 85, sont applicables aux délits prévus par le présent décret –, la Cour a pris soin de rappeler – encore récemment – qu'«Il n'appartient pas au législateur décréteur de prendre ces dispositions, que ce soit en (y) dérogeant ou en les confirmant ou encore en les déclarant applicables ou non¹⁷¹. Ces dispositions ne ressortissant en effet pas à la compétence du législateur décréteur: comme les autres dispositions, les chapitres V¹⁷² et VII du Livre Ier du Code pénal, tout comme l'article 85 de celui-ci s'imposent au législateur décréteur»¹⁷³. Le cas échéant, cet article viole, par conséquent, les règles déterminant le partage des compétences. Il doit être invalidé ou annulé, selon le contentieux préjudiciel ou de l'annulation.

169 Au sens de l'expression «conformément au Livre Ier du Code pénal», expression générale et tout sauf claire sur le point de savoir si le législateur spécial a voulu inclure ou non l'art. 100 du Code pénal dans les principes généraux du droit pénal applicables aux infractions décrétales, ce qui cependant, *de facto*, aurait permis aux décrets et ordonnances de prévoir des dispositions contraires à celles du premier livre du Code pénal les concernant.

170 Dans le sens d'une interprétation stricte commandée par le caractère d'exception de la réserve: B. JADOT, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1989, p. 1076, n° 5; M. VERDUSSEN, *o.c.*, 1994, n° 349, p. 302, note 208 et n° 353, p. 304 et *o.c.*, 1995, p. 217 et 218 (une politique criminelle globale) et 229, note 2 (mais rem. p. 233: «autre chose qu'une simple 'atténuation'»). Comp. P. TRAEEST, *o.c.*, *R.W.*, 1993-94, n° 10 et 11, p. 1195 et 1196.

171 «Il n'appartient pas au législateur décréteur de régler ces matières, quand bien même il ne ferait que reproduire les dispositions nationales existantes», prend simplement la peine d'indiquer la Cour dans certains arrêts: C.A., n° 5/90, 17 janvier 1990, 3.B.2 (le dispositif de l'art. 100 du Code pénal était simplement reproduit dans le décret en incluant les exceptions); C.A., n° 13/92, 27 février 1992, 4.B; C.A., n° 38/92, 7 mai 1992, B.2 et C.A., n° 48/93, 17 juin 1993, B.3 (*idem* n° 5/90); C.A., n° 92/99, 15 juillet 1999, B.5 (le tout formulé à l'imparfait).

172 La référence au chapitre V ne doit pas étonner car celui-ci contient les règles de la récidive auxquelles il était en l'occurrence tenté de déroger ou d'échapper, selon le cas. Contrairement aux apparences, cela ne signifie pas que ce chapitre figurait également, à l'époque, parmi les exceptions de l'art. 100.

173 C.A., n° 44/87, 23 décembre 1987, B.15. De manière quasi identique: C.A., n° 50/88, 17 mars 1988, B.13; C.A., n° 51/88, 17 mars 1988, B.5; C.A., n° 11/89, 11 mai 1989, B.10. Voy. aussi C.A., n° 5/90, 17 janvier 1990, 3.B.6 et C.A., n° 15/90, 5 avril 1990, B.17 et B.21, dans lesquels la Cour reprend les deux premières phrases (en réalité le paragraphe) pour conclure ensuite que «Selon l'art. 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les art. 1er à 99 du Livre Ier du Code pénal, en ce compris (le chapitre VII et) l'art. 85, sont d'application aux manquements réprimés par les décrets» (l'art. 85 était excepté dans la première disposition attaquée du second arrêt, ce qui explique les parenthèses); rapp. C.A., n° 38/92, 7 mai 1992, B.4.2 (les art. 1er à 99 et *par conséquent* les exceptions ... pourtant, l'art. 11 de la loi spéciale fait référence à l'ensemble du livre Ier).

A supposer que cette interprétation soit correcte, l'intérêt d'invalider ou d'annuler une disposition qui confirmerait la portée de l'article 100 en en reproduisant les termes peut paraître théorique ou artificiel dès lors que concrètement, le plus souvent, cela ne change rien au régime juridique applicable, si ce n'est identifier que seul l'article 11 de la loi spéciale sort ses effets, au détriment de l'article 100 du Code pénal. Le plus souvent, en effet, les législations fédérées ne reproduisent pas le contenu de l'article 100 du Code pénal, mais bien sa portée telle qu'interprétée par la Cour d'arbitrage avant 1993 s'agissant du droit pénal spécial particulier d'ordre fédéré¹⁷⁴. Le seul intérêt pratique, le cas échéant, pourrait être d'ordre légistique, à savoir permettre d'éviter qu'une modification ultérieure de l'article 11 de la loi spéciale¹⁷⁵ ne vienne contredire les législations fédérées – fût-ce formellement – sur un point qui échappe, en principe, à leur compétence.

17. *Le maintien du point de vue de la Cour d'arbitrage malgré la réforme de 1993.* Logiquement, la jurisprudence de la Cour d'arbitrage devrait avoir évolué suite à la nouvelle rédaction de l'article 11 de la loi spéciale et pour tenir compte de l'extension des compétences pénales des communautés et régions intervenue en 1993 qui leur permet désormais de modifier le livre Ier du Code pénal dans la mesure décrite dans les pages qui précèdent. Dès lors que l'unité du droit pénal général n'est plus assurée par l'article 11, en effet, plus rien ne justifie – et certainement pas la référence indirecte au livre Ier du Code pénal pour ce qui concerne l'avis conforme uniquement – d'empêcher l'article 100 du Code pénal, dans son ensemble, de sortir ses effets, y compris en ce qui concerne les incriminations décrétales. Dans ce nouveau contexte légal, prévoir expressément par décret l'application des chapitre VII et article 85 du Code pénal ne s'apparente d'ailleurs même pas à des pénalisations requérant l'avis conforme du Conseil des ministres fédéral puisque, le cas échéant, elles ne seraient pas nouvelles...

Néanmoins, il semble que la Cour d'arbitrage soit résolue à confirmer sa prime jurisprudence sans tenir compte de la réforme de 1993 et de la modification de l'article 11. Dans un arrêt n° 127/2000, la Cour avalise en effet le point de vue – défendu par les requérants mais aussi par le Gouvernement flamand – selon lequel «les dispositions des articles 1er à 99 du Code pénal, en ce compris l'article 85 relatif aux circonstances atténuantes», sont applicables aux sanctions pénales prévues par le législateur décréteur «conformément à l'article 11, alinéa 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, remplacé par l'article 5 de la loi spéciale

174 Rem. ainsi Cass., 29 octobre 2002, précité en introduction: le moyen, en cette branche, fût-il fondé, ne saurait entraîner la cassation dès lors que ce n'est pas en vertu de la disposition décréteur – fût-elle entachée d'excès de compétence en ce qu'elle dispose l'application de l'ensemble du livre Ier du Code pénal – que les art. 66 et 85 de celui-ci sont applicables aux pénalisations et peines fédérées, mais bien en vertu de l'art. 11, al. 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 directement.

175 Non une modification de l'art. 100 du Code pénal – ou l'insertion d'une disposition comparable à un autre endroit du livre Ier du Code pénal – qui, à retenir l'interprétation de la Cour d'arbitrage, s'apparenterait à une modification du partage de compétences et requerrait une loi spéciale.

du 16 juillet 1993»¹⁷⁶. De la sorte, la Cour part en tous cas de ce point de vue pour comparer les amendes pénales établies par le décret concerné, avec des amendes administratives prévues par le même décret, mais sans prévoir de circonstances atténuantes concernant ces dernières, pour une même infraction.

Une telle position, certes implicite, est d'autant moins compréhensible que les termes de l'article 11 de la loi spéciale ne prescrivent plus aujourd'hui la conformité du droit pénal fédéré avec le livre Ier du Code pénal¹⁷⁷ et que l'interdiction de déroger à ce livre est un verrou que l'on a délibérément fait sauter. Depuis 1993, l'on a pris «une tout autre direction»¹⁷⁸ et les communautés et régions peuvent parfaitement modifier les règles dans les deux matières constitutives d'exceptions à l'article 100 du Code pénal, voire même, désormais, les déclarer inapplicables¹⁷⁹ – en réalité applicables, dès lors que l'article 100 prévoit toujours une exception sur ce point ... En aucun cas l'ancienne jurisprudence de la Cour d'arbitrage ne peut être analysée comme ayant entraîné une abrogation implicite¹⁸⁰ de l'article 100 du Code pénal par l'article 11 de la loi du 8 août 1980, au demeurant jamais déclarée par la Cour d'arbitrage. La jurisprudence de celle-ci procède même, au contraire, d'une conciliation implicite des articles. En outre, traiter les communautés et régions de manière différente, sur ce point, serait purement et simplement discriminatoire¹⁸¹ ...

176 C.A., n° 127/2000, 6 décembre 2000, B.6.3, combiné avec B.11.1 concernant les art. 57 à 59 du décret du 19 décembre 1998 contenant diverses mesures d'accompagnement du budget 1999. A noter que l'art. 100 fait référence aux dispositions du premier livre du Code pénal dans lequel figurent également l'art. 100bis depuis 1934 et l'art. 100ter depuis 2001. Les deux dispositions concernent toutefois des dispositions très spécifiques, le premier la participation à un crime ou délit réprimé par le Code pénal militaire (clairement de compétence fédérale), le second la notion de minorité limitée au livre II du Code pénal.

177 C'est en effet la dérogation à la règle de l'unité qui justifiait l'interdiction faite au législateur fédéré de déroger aux dispositions du livre Ier du Code pénal (pas plus d'ailleurs que de les confirmer ou de les déclarer inapplicables ou non). Voy. M. SIMONET, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 60.

178 F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 6e éd., 2003, p. 191: celle d'un «législateur particulier à part entière» (les auteurs n'indiquent cependant pas le sort qu'il convient de réserver aux deux exceptions de l'art. 100 du Code pénal comme suite à la modification de l'art. 11 de la loi spéciale), comme le remarquaient déjà J. MESSINNE, F. TULKENS et C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, J.T., 1992, p. 859. Voy. aussi J. MESSINNE, *o.c.*, R.I.C.P.T., 1994, p. 59.

179 Dans ce sens, Gouvernement flamand in C.A., n° 127/2000, 6 décembre 2000, A.13.3: «le fait de ne pas tenir compte de circonstances n'est pas la conséquence nécessaire de la distinction entre la sanction pénale et la sanction administrative d'un même fait. En effet, en vertu de l'art. 11, al. 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980, les régions peuvent déclarer inapplicables les dispositions du livre Ier du Code pénal, y compris donc l'art. 85 dudit Code, pour les infractions particulières qu'elles déterminent».

180 Sur l'abrogation implicite indésirable pour des motifs liés à la sécurité juridique, à la prévisibilité et à l'accessibilité du droit pénal, voy. M. NIHOUL, «Contre l'abrogation implicite en droit pénal en matière de responsabilité pénale des personnes morales au nom de la sécurité juridique», *C.D.P.K.*, 2004, p. 52 à 62 et in *o.c.*, 2005, n° 44 à 50, p. 76 à 85.

181 Comp. avec l'ancienne interdiction de prévoir des peines criminelles jugée non rationnelle ou dépourvue de sens car de très nombreuses infractions punies de peines criminelles se rapportent à des compétences transférées (M. VERDUSSEN, *o.c.*, 1994, n° 352, p. 304 et note 211 et *o.c.*, 1995, p. 224).

De ce dernier point de vue, l'interprétation de la Cour d'arbitrage paraît s'inscrire à contre-sens de l'histoire dès lors qu'en ce qui concerne les circonstances atténuantes, précisément, l'article 105 de la loi du 4 août 1986 portant des dispositions fiscales est venu abroger l'alinéa 2 de l'article 100 du Code pénal de manière à adapter les dispositions du droit pénal fiscal en fonction de celles du droit pénal commun, c'est-à-dire éviter toute distinction entre infractions et délinquant de droit commun, d'une part, et infractions et délinquant de droit commun, d'autre part. Au terme de cette disposition, l'article 85 du Code pénal ne pouvait s'appliquer aux infractions punies par des lois particulières lorsque cette infraction avait pour effet de réduire les peines pécuniaires établies pour assurer la perception des droits fiscaux¹⁸².

Ensuite et surtout, aucun élément fondé sur les compétences fédérées ne permet de justifier l'écartement de principe des exceptions de l'article 100 en ce qui concerne les infractions communautaires et régionales. La consultation des écrits de J.J. HAUS¹⁸³, artisan du Code pénal de 1867, révèle à ce sujet que les règles de la participation sont exceptées des lois et règlements particuliers, sauf dérogation expresse, parce que, «D'abord, l'intention criminelle qui est une condition de toute complicité, n'est pas généralement requise dans les infractions spéciales. Ensuite, la sévérité des lois qui les répriment et qui, le plus souvent, ne sont fondées que sur des motifs d'utilité publique, serait aggravée outre mesure, si les tribunaux étaient obligés de punir non seulement celui qui aurait commis le crime ou le délit, mais encore tous ceux qui y auraient participé sans avoir coopéré directement à son exécution»¹⁸⁴. Quant à la restriction de principe du droit conféré aux tribunaux de réduire les peines en cas de circonstances atténuantes en matière correctionnelle, elle s'explique par le fait que «La plupart des infractions spéciales qui emportent des peines correctionnelles, sont des faits que la loi érige en délits uniquement par des considérations d'utilité sociale (*délits positifs* ou *de convention sociale*). Si les tribunaux n'abusent pas de la faculté d'atténuation, lorsqu'il s'agit des faits réprouvés par la conscience humaine (délits naturels ou d'immoralité), il est à craindre qu'ils soient trop portés à n'appliquer que des peines minimales, quand ils sont appelés à réprimer des infractions qui ne blessent pas les lois naturelles.

182 Voy. C.A., n° 60/95, 12 juillet 1995, B.2.3; *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1985-86, n° 310/1, p. 25 et n° 310/2/2°, p. 3, 4 et 46; *Pasin.*, 1986, p. 882 et 883. Rapp. F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, «Certitudes et incertitudes dans l'évolution du droit pénal en Belgique (1976-1987)», *Arch. Pol. Crim.*, 1989, sp. p. 202 à 204.

183 Rem. cependant F. GORLÉ, *o.c.*, 1983, p. 461 à 463 relatant le constat unanime selon lequel la plupart des législations spécifiques prévoient l'application sans exceptions du livre Ier du Code pénal. Un tel constat n'a toutefois pas pour effet de modifier le dispositif de l'art. 100 du Code pénal ...

184 J.J. HAUS, *o.c.*, T. I, 3e éd., 1879, n° 490, p. 371. L'explication contradictoire de J. MESSINNE selon laquelle les deux exceptions s'expliqueraient par «la mentalité des auteurs du code qui avaient inscrit dans le livre II les infractions qui leur paraissaient importantes, de sorte que celles qu'allaient prévoir les lois particulières ne méritaient pas qu'en principe on leur applique des règles qui auraient pour effet de les réduire» (*o.c.*, vol. I, 7e éd., 2000-01, p. 57) ne tient donc pas. Rem. aussi C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 2003, p. 61 et l'explication du caractère trop technique des règles de la participation.

L'application, en matière correctionnelle, du système des circonstances atténuantes, système qui permet aux tribunaux de ne prononcer que des pénalités de police, aurait donc pour effet d'affaiblir une répression jugée nécessaire et de jeter la perturbation dans notre législation économique ou fiscale.»¹⁸⁵.

Bref, il semble que, de ce double point de vue, ce qui vaut pour la loi particulière doit également valoir pour le décret ou l'ordonnance particuliers¹⁸⁶, derrière lesquels se cache évidemment chaque fois, en pratique, une série de citoyens.

A noter que les travaux préparatoires de 1993 convergent dans ce sens, spécialement lorsque Mme Merckx-Van Goey, approuvée sans réserve par le Premier ministre, indique expressément à la Chambre des représentants qu'«Il était nécessaire de donner au pouvoir décentralisé la même compétence complémentaire que celle que possède déjà actuellement, en vertu de l'article 100 du Code pénal, le législateur national lorsqu'il promulgue des lois spéciales» (lire: particulières). L'intéressée va plus loin encore puisqu'à l'opposé de l'interdiction d'invoquer l'article 100 du Code pénal faite par la Cour d'arbitrage aux entités fédérées, elle affirme que «le texte à l'examen étend la compétence pénale et renforce l'autonomie des entités fédérées et (...) est ainsi supprimé le décalage existant entre, d'une part, les compétences étendues des communautés et régions et, d'autre part, la compétence pénale»^{187 188}.

185 J.J. HAUS, *o.c.*, T. II, 3e éd., 1879, n° 850, p. 126 et 127. «Un grand nombre de lois spéciales accordent expressément aux juges le pouvoir de réduire les peines, si des circonstances de cette nature militent en faveur du prévenu. Les autres lois, au contraire, en gardant le silence sur la faculté d'atténuation, la refusent par cela même aux tribunaux. Par le même motif le juge de police ne peut réduire, du chef de circonstances atténuantes, que les amendes portées par le Code pénal, à moins que le droit d'atténuation ne lui soit expressément conféré par une loi ou un règlement particulier.» (p. 127).

186 En ce compris, *a priori*, l'application supplétive des exceptions de l'art. 100 du Code pénal si une modification décentralisée intervenait à propos d'une disposition contenue dans le titre II du Code pénal.

187 *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/7, p. 65, approuvée sans réserve par le Premier ministre p. 67. De même, M. ERDMAN, *Ann. parl.*, 2 juin 1993, p. 2694: «De uitsluiting van de regio's om hoofdstuk VII en artikel 85 van het Strafrechtboek toe te passen wordt dus weggevoerd». *Contra* in Rapport fait au nom de la Commission de la révision de la Constitution et des réformes des institutions, daté du 25 mai 1993: «En principe, les dispositions du livre premier du Code pénal sur les infractions et la répression en général et sur la participation criminelle, l'intention frauduleuse, etc., sont applicables dans ce cas, mais les décrets peuvent prévoir des exceptions pour des cas spéciaux» (*Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 71, nous soulignons). Rapp. discussion, n° 558-5, un membre évoquant que «les principes du livre Ier du Code pénal continuent bel et bien à régir les dispositions pénales des Communautés et des Régions, pour autant que celles-ci n'y dérogent pas pour des infractions particulières» (p. 189), après qu'un autre membre a mentionné les circonstances atténuantes, mais en général et non la participation, parmi les principes généraux du même livre pouvant être mis en cause par le législateur fédéré (caractérisation de l'infraction, circonstances aggravantes, causes de justification et d'excuse, tentative, récidive et concours d'infractions) (p. 188 et 189).

188 La proposition initiale de modification de l'art. 11 de la loi spéciale faisait une distinction formelle, quant à la faculté de déroger aux dispositions du livre Ier du Code pénal, entre les dispositions en matière de récidive, d'une part, et «les autres dispositions du même livre»,

.../...

La section de législation du Conseil d'Etat, de son côté, n'a pas vraiment apporté de clarté dans le débat dès lors que, dans son avis du 6 janvier 1993, elle a seulement indiqué que «les dispositions proposées auront pour effet de permettre des applications différenciées de la loi pénale pour des questions aussi importantes que, par exemple, la participation, la tentative, les circonstances atténuantes, les causes de justification»¹⁸⁹, c'est-à-dire en ce compris l'article 85 et le chapitre VII du livre Ier du Code pénal, mais sans rien indiquer concernant leur application supplétive ou non. Les décrets pourront en effet déroger aux peines¹⁹⁰, a-t-elle simplement confirmé, de même qu'à «toutes les autres dispositions du livre Ier du Code pénal»¹⁹¹.

Quant à la doctrine, pénale comme constitutionnelle et à quelques exceptions près, elle est restée jusqu'ici désespérément silencieuse sur le point précis de savoir si la réforme de 1993 est venue mettre en cause la jurisprudence de la Cour d'arbitrage à cet égard¹⁹². Seule la dérogation possible, y compris aux règles relatives à la participation et à l'article 85, semble acquise¹⁹³. Mais elle est évidente.

.../...

d'autre part. Selon la section de législation du Conseil d'Etat, toutefois, il n'apparaissait pas clairement «en quoi consiste précisément cette distinction, ni quel est le motif qui la justifie» (S.L.C.E., avis du 6 janvier 1993, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-2, p. 7). La proposition était effectivement étrangement libellée en ce qui concerne l'al. 2: «Sans préjudice des dispositions relatives à la récidive, reprises dans le décret, le livre Ier du Code pénal s'applique à ces dispositions pénales, sauf les exceptions qui peuvent être prévues par décret dans des cas particuliers». Le Conseil d'Etat y voyait «apparemment» la possibilité de déroger d'une manière générale aux dispositions relatives à la récidive, pour des cas particuliers seulement en ce qui concerne les autres dispositions (p. 6), ce que semblaient confirmer les commentaires de l'art. 5 de la proposition qui distinguaient clairement les deux catégories (la récidive étant assimilée aux nouvelles compétences en matière de procédure fédérale) dans deux paragraphes distincts (p. 35). La Commission du Sénat a tenu compte de cette remarque en écartant toute distinction entre la récidive et les autres principes généraux (*Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-5, p. 416). Rapp. *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/2, p. 10 et M. SIMONET, n° 1063/7, p. 61. La distinction a donc été abandonnée, sans que l'on puisse en tirer aucune conclusion, par analogie, en ce qui concerne le chapitre VII et l'art. 85 du Code pénal dès lors que la différence de traitement procède directement et expressément de l'art. 100 du Code pénal, en l'occurrence.

189 S.L.C.E., avis du 6 janvier 1993, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-2, p. 7, relayé par un amendement de M. BARZIN et crts, n° 558-14, p. 1, lui-même relayé à la Chambre par un amendement n° 22 de MM. SIMONET, REYNDERS et DUQUESNE, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-93, n° 1063/2, p. 10.

190 En l'occurrence «prévoir désormais n'importe quelle peine du livre Ier du Code pénal, y compris dès lors les peines criminelles», de même que «prévoir des peines autres que celles figurant au livre Ier du Code pénal», sous réserve de l'avis conforme (*ibid.*, p. 6).

191 S.L.C.E., avis du 6 janvier 1993, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-93, n° 558-2, p. 6 (nous soulignons).

192 Rem. surtout F. MEERSSCHAUT, *o.c.*, 1999, p. 42, n° 12.1 et note 41 pour qui le livre Ier du Code pénal s'applique en vertu de l'art. 11 de la loi spéciale directement en ce compris, depuis 1993, l'art. 100 (déclarer applicable ledit livre ne suffirait donc pas à voir appliquer le chapitre VII et l'art. 85 du Code pénal, comme le laisse parfois entendre la section de législation du Conseil d'Etat). Pour le reste, voy. tout au plus J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *o.c.*, D. 2, 2003, n° 1463, p. 964, impl., la complicité faisant partie des exemples donnés en note 219 parmi les principes généraux applicables aux décrets ou ordonnances; D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, 2003, p. 15, impl., l'auteur semblant mettre sur le même pied les

.../...

CONCLUSION

18. *Une compétence étendue mais contrôlée.* Exactement comme les autres communautés et régions du pays, la Communauté germanophone a vu ses compétences pénales renforcées en 1993, sans que la réticence générale à augmenter la compétence fédérée en matière pénale ne pose en fin de compte une difficulté particulière la concernant. Elle dispose depuis lors d'un outil efficace lui permettant, au-delà de la réglementation d'une matière déterminée, de faire respecter les règles qu'elle considère comme essentielles pour cette matière, en sanctionnant leur inobservation, qui troublerait l'ordre public. Il s'agit là d'une prérogative importante liée à la puissance publique et aux droits régalien.

Tout ne lui est pas permis pour autant, et point seulement parce que l'abus de droit pénal ne contribue pas à son efficacité. Les contours de sa compétence ont été soigneusement décrits dans les pages qui précèdent.

S'agissant d'une compétence accessoire, d'abord, elle est naturellement limitée par les autres compétences qui lui sont attribuées par la Constitution et les lois de réformes institutionnelles.

En matière de procédure fédérale, ensuite, le champ de liberté est limité à trois domaines bien précis dont l'interprétation stricte est commandée au titre d'exception à la compétence de principe du législateur fédéral et à l'application de principe des règles fédérales, spécialement du Code d'instruction criminelle: accorder la qualité d'agent ou d'officier de police judiciaire aux agents assermentés du gouvernement de communauté ou de région ou d'organismes ressortissant à l'autorité ou au contrôle du gouvernement de communauté ou de région; régler la force probante des procès-verbaux; fixer les cas pouvant donner lieu à une perquisition.

En matière de droit pénal général, enfin, la Communauté germanophone peut, comme les autres entités fédérées, se départir des principes généraux du droit pénal, notamment compris dans le livre Ier du Code pénal. S'en départir requiert cependant dans son chef de justifier son choix, dans les travaux préparatoires, au regard des critères imposés par les articles 10 et 11 de la Constitution, qui consacrent les principes d'égalité et de non-discrimination.

.../...

lois, décrets et règlements, sans mentionner les ordonnances. *Contra* P. COENRAETS et E. MARON, *o.c.*, 1994, p. 159, les auteurs écrivant à propos de la faculté reconnue aux décrets d'écarter certaines dispositions du livre Ier du Code pénal que «La loi spéciale transpose, en fait, le mécanisme prévu à l'art. 100 de ce Code. Elle ne contredit donc pas la jurisprudence constante de la Cour d'arbitrage, puisqu'elle se contente de modifier, pour l'avenir, la règle de répartition des compétences»; J. MESSINNE, *o.c.*, vol. I, 7^e éd., 2000-01, p. 58 dans le sens exprès de l'application du chapitre VII et de l'art. 85.

193 Voy. not. R. ANDERSEN, *o.c.*, 1993, p. 155; P. TRAEST, *o.c.*, *R.W.*, 1993-94, n° 12, p. 1197; N. DE SADELEER, *o.c.*, *A.P.T.*, 1994, p. 189; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 2003, p. 62.

19. *Une question en suspens.* Seule une question semble n'avoir pas été vraiment résolue depuis 1993. Elle concerne l'application supplétive du chapitre VII et de l'article 85 du Code pénal aux infractions particulières de type fédéré. Doctrine et jurisprudence semblent pencher dans ce sens alors que rien, dans l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980, ne permet de tirer une telle conclusion.

Avant 1993, déjà, il n'était pas nécessaire, comme l'a imposé la Cour d'arbitrage, de stipuler l'application des principes généraux relatifs à la participation et aux circonstances atténuantes afférentes aux peines correctionnelles dès lors qu'une voie médiane, plus respectueuse des textes et du principe de proportionnalité, permettait de n'autoriser les communautés et régions qu'à prévoir éventuellement l'application de ces deux matières, sans pouvoir y déroger.

Depuis 1993, cette application est d'autant moins justifiée encore que plus aucune conformité au livre Ier du Code pénal n'est imposée aux législateurs fédérés, si ce n'est à travers les principes d'égalité et de non-discrimination. Mais principes qui, aujourd'hui, commandent précisément *a priori* de traiter le citoyen de la même manière sous l'angle des principes généraux du droit pénal, qu'il soit régi par le droit fédéral, communautaire ou régional ...

Aussi, à notre estime et contrairement à une idée répandue, il s'agit donc, pour le législateur germanophone comme pour les autres législateurs fédérés, de préciser, lorsqu'ils établissent une infraction particulière dans le champ de leurs compétences et si telle est leur volonté, l'application, à cette infraction, du chapitre VII et de l'article 85 du Code pénal¹⁹⁴. A défaut, les règles de la participation et celles relatives aux circonstances atténuantes afférentes aux peines correctionnelles ne trouveront pas à s'appliquer. Et ce n'est que dans l'hypothèse où l'application de ces règles sera prescrite par l'un de ces législateurs (ou leur aménagement prévu) qu'il appartiendra à celui-ci de justifier son choix, dès lors que l'article 100 prévoit, à l'endroit de ces règles, une exception à l'application supplétive des principes généraux du livre Ier du Code pénal, en ce qui concerne le droit pénal spécial particulier.

¹⁹⁴ Il va sans dire qu'il peut aussi aménager ces règles.