



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 60.893/3
van 27 maart 2017

avis 60.893/3
du 27 mars 2017

over

sur

een voorontwerp van
‘Strafwetboek - Boek I’

un avant-projet de ‘Code
Pénal - Livre Premier’

Op 24 januari 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 20 maart 2017, een advies te verstrekken over een voorontwerp van 'Strafwetboek - Boek I'.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 14, 24 en 28 februari 2017, en 7 en 17 maart 2017. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Wouter PAS, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Frank VERBRUGGEN, deskundige en hoogleraar strafrecht aan de KU Leuven en gastdocent aan de Universiteit van Hasselt, is bij toepassing van artikel 82, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, ter raadpleging geroepen.

Het verslag over de hoofdstukken 1 tot 4 van het ontworpen Boek 1 van het Strafwetboek is uitgebracht door Frédéric VANNESTE, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jo BAERT, kamervoorzitter en Jan SMETS, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Wouter PAS en Koen MUYLLE, staatsraden.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 27 maart 2017.

*

Le 24 janvier 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 20 mars 2017, sur un avant-projet de 'Code Pénal - Livre Premier'.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre les 14, 24 et 28 février 2017, et 7 et 17 mars 2017. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Wouter PAS, conseillers d'État, Jan VELAERS et Johan PUT, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Frank Verbruggen, expert et professeur de droit pénal à la KU Leuven et professeur invité à l'Université de Hasselt a été appelé en consultation en application de l'article 82, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

Le rapport sur les chapitres 1^{er} à 4 du Livre I^{er}, en projet, du Code Pénal a été présenté par Frédéric VANNESTE, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jo BAERT, président de chambre et Jan SMETS, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Wouter PAS et Koen MUYLLE, conseillers d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 27 mars 2017.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond,¹ alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling Wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het ontwerp heeft kunnen verrichten.

*

VOORAFGAANDE OPMERKING

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet betreft een fundamentele hervorming van de algemene beginselen van het Belgische strafrecht. De Raad van State, afdeling Wetgeving, juicht toe dat gestreefd wordt naar een globale en wetenschappelijke onderbouwde herschrijving van Boek I van het Strafwetboek. Een ontwerp met een zodanig maatschappelijk en juridisch belang vereist echter wel dat de door de grondwetgever en de wetgever ingestelde adviesorganen, zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, ten volle hun taak kunnen uitvoeren met het oog op een grondig onderzoek. De Raad van State moet evenwel vaststellen dat over het ontwerp op 24 januari 2017 om advies gevraagd is met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, dit is binnen een termijn van dertig dagen. Die termijn werd, na vraag tot verlenging ervan vanwege de Raad van State, slechts verlengd met een termijn die minder dan een maand bedraagt. De termijn van minder dan twee maanden waarbinnen het advies aldus dient te worden verleend, volstaat, ondanks de grondige voorbereiding van het ontwerp, evenwel geenszins om een onderzoek te kunnen voeren met de diepgang die een fundamenteel ontwerp als het voorliggende zou wettigen. De Raad van State kan niet anders dan dit te betreuren, temeer daar de inwerkingtreding van de aan te nemen wet slechts in een zeer verre toekomst is gelegen. Bovendien heeft het gegeven dat de adviezen van de organen waar de direct betrokken actoren vertegenwoordigd zijn, nog niet beschikbaar zijn,² de diepgang van het onderzoek evenmin bevorderd. Daarbij mag evenmin uit het oog worden verloren dat de Raad van State, afdeling Wetgeving, niet over de nodige middelen beschikt om ontwerpen zoals het voorliggende voorontwerp op gepaste wijze te onderzoeken én tegelijkertijd een constante instroom van een hoog aantal adviesaanvragen over ontwerpen van wetten, decreten en besluiten binnen de door de wetgever en de adviesaanvragers toegestane termijnen te behandelen. Dit is een reden temeer om bij adviesaanvragen over dergelijke omvangrijke en gewichtige ontwerpen voortaan een voldoende termijn in acht te nemen voor het onderzoek ervan.

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Zie hierover opmerkingen 6 en 7. De tijd die aan de Raad van State wordt gelaten om over dit belangrijke ontwerp te adviseren, staat overigens in schril contrast met de veel langere tijd die aan andere instanties wordt gelaten om over het ontwerp te adviseren (zie voetnoten 11 en 12).

STREKKING VAN HET ONTWERP³

3.1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt voornamelijk tot de invoering van een nieuw Boek 1 van het Strafwetboek (artikel 2) en is een eerste stap in de volledige herziening van het Strafwetboek en, ruimer nog, het strafproces- en strafuitvoeringsrecht. Het ontwerp bevat daarnaast een wijziging van het Militair Strafwetboek (artikel 3), een aantal opheffingsbepalingen die verband houden met het nieuwe Boek 1 van het Strafwetboek (artikel 4) en bepalingen inzake de inwerkingtreding van de aan te nemen wet (artikel 5), waaruit blijkt dat ook in een conversiemechanisme zal worden voorzien om de straffen opgenomen in de bijzondere straffwetten die zijn tot stand gekomen voor de inwerkingtreding van de aan te nemen wet, om te zetten naar één van de strafniveaus waarin wordt voorzien in het nieuwe Boek 1 van het Strafwetboek.

3.2.1. Het ontworpen nieuwe Boek 1 van het Strafwetboek bevat zeven hoofdstukken.

3.2.2. Het ontworpen hoofdstuk 1 bevat algemene bepalingen.

In dit hoofdstuk komt vooreerst de indeling van de misdrijven aan bod (ontworpen artikel 1): voortaan bestaan er enkel nog misdaden en wanbedrijven; de categorie van overtredingen vervalst. Bovendien verschuift de grens tussen de misdaden en de wanbedrijven, en is de omschrijving als misdaad of wanbedrijf definitief; de uiteindelijk opgelegde straf verandert hieraan niets meer.

Voorts bevat het hoofdstuk een aantal algemene beginselen (ontworpen artikelen 2 tot 5): het legaliteitsbeginsel in het strafrecht wordt in herinnering gebracht, er worden algemene beginselen inzake de temporele en de territoriale toepassing van de strafwet geformuleerd en ten slotte bevat het hoofdstuk de interpretatierichtlijnen dat de strafwet strikt moet worden geïnterpreteerd en dat analogieredeneringen verboden zijn.

3.2.3. Het ontworpen hoofdstuk 2 heeft betrekking op het misdrijf.

Vooreerst worden de bestanddelen van het misdrijf omschreven, zijnde het materiële bestanddeel, het schuldbestanddeel onder zijn mogelijke vormen en het verzwarende bestanddeel (ontworpen artikelen 6 tot 9).

De poging tot het plegen van het misdrijf wordt in beginsel in alle gevallen strafbaar gesteld en met dezelfde straffen bestraft als het voltooide misdrijf (ontworpen artikel 10). Ook wordt voorzien in een bestraffing van personen die op vasthoudende en zekere wijze voorstellen, aanbieden of ertoe aanzetten een bepaald misdrijf te plegen en van personen die een dergelijk voorstel, aanbod of aanzetting aanvaarden, terwijl dit geen uitwerking heeft gehad wegens omstandigheden onafhankelijk van hun wil.

³ Zie voor een situering en een uitgebreidere samenvatting J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, "Het voorstel van nieuw Boek I Strafwetboek. Na 150 jaar eindelijk tijd om 'de sprong' te wagen ...", *NC* 2017, 1-9, en "La proposition d'avant-projet de nouveau Livre I^{er} du Code pénal. Après 150 ans, une réforme bien nécessaire!", *JT* 2017/7, 129-134.

Ten slotte worden de rechtvaardigingsgronden omschreven: het gebod of de toelating van de wet, het bevel van de overheid, de noodtoestand, de wettige verdediging en het wettige verzet in geval van misbruik door de overheid (ontworpen artikelen 11 tot 16).

3.2.4. Het ontworpen hoofdstuk 3 handelt over de dader van het misdrijf.

Vooreerst wordt het beginsel van de individuele strafrechtelijke verantwoordelijkheid geponeerd (ontworpen artikel 16) en wordt de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, met uitzondering van een aantal publiekrechtelijke rechtspersonen, bevestigd, waarbij de decumulregeling die is vervat in het huidige artikel 5, tweede lid, van het Strafwetboek wordt opgeheven (ontworpen artikel 17). Voorts wordt de strafbare deelneming geregeld (ontworpen artikelen 18 en 19), waarbij het onderscheid tussen mededaders en medeplichtigen wordt verlaten en een regeling wordt ingevoerd betreffende de doorwerking van de verzwarende bestanddelen en de verzwarende omstandigheden naar de deelnemers. Daarna worden de schuldontheffingsgronden behandeld, zijnde de onweerstaanbare dwang en de onoverkomelijke dwaling (ontworpen artikelen 20 tot 22), en de gronden van niet-toerekeningsvatbaarheid, zijnde de geestesstoornis en de minderjarigheid (ontworpen artikelen 23 tot 25).

3.2.5. Het ontworpen hoofdstuk 4 heeft betrekking op de straffen, die voortaan in acht niveaus worden ingedeeld.

Vooreerst worden algemene bepalingen opgenomen omtrent de doelstellingen van de straf en de verzwarende en de verzachtende omstandigheden (ontworpen artikelen 26 tot 28), alsmede twee eerder strafprocesrechtelijke bepalingen betreffende de voorlichting van de gerechtelijke overheden en de advisering aan hen inzake de op te leggen straf voor seksuele delinquenten (ontworpen artikelen 29 en 30). Ook is een afdeling betreffende de verschoningsgronden opgenomen, in het raam waarvan het noodweerexces wordt geregeld (ontworpen artikelen 31 en 32).

De op de natuurlijke personen toepasselijke criminele en correctionele hoofdstraffen zijn respectievelijk de levenslange opsluiting of de opsluiting van twintig tot dertig jaar (wat betreft misdaden) en de gevangenisstraf (gaande van een jaar tot twintig jaar), de straf onder elektronisch toezicht, de werkstraf, de probatiestraf, de veroordeling bij schuldigverklaring, de geldboete, de verbeurdverklaring, de geldstraf vastgesteld op basis van het verwachte of uit het misdrijf behaalde voordeel, de uitsluiting van deelneming aan overheidsopdrachten of aan concessies en de veroordeling bij schuldigverklaring (wat betreft wanbedrijven) (ontworpen artikelen 33 en 34). Als bijkomende straffen kunnen worden opgelegd de geldboete, de verbeurdverklaring, de geldstraf vastgesteld op basis van het verwachte of uit het misdrijf behaalde voordeel, de ontzetting uit “de” rechten, het beroepsverbod, de uitsluiting van deelneming aan overheidsopdrachten of aan concessies, de bekendmaking van de beslissing tot veroordeling, de sluiting van de inrichting, het verval van het recht tot sturen en het woon- of contactverbod (ontworpen artikel 35).

De op rechtspersonen toepasselijke criminele en correctionele hoofdstraffen zijn de geldboete en, in niveau 2 of 1 als correctionele hoofdstraf, de dienstverleningsstraf ten gunste van de gemeenschap, de probatiestraf, de cumulatie van twee of meerdere straffen van niveau 1,⁴ de veroordeling bij schuldigverklaring, de ontbinding, het verbod om een activiteit die deel uitmaakt van het maatschappelijk doel uit te oefenen, de verbeurdverklaring, de geldstraf vastgesteld op basis van het verwachte of uit het misdrijf behaalde voordeel, de uitsluiting van deelneming aan overheidsopdrachten of aan concessies, de sluiting van de inrichting en de veroordeling bij schuldigverklaring (ontworpen artikelen 36 en 37). De bijkomende straffen voor rechtspersonen zijn de geldboete, de verbeurdverklaring, de geldstraf vastgesteld op basis van het verwachte of uit het misdrijf behaalde voordeel, het verbod om een activiteit die deel uitmaakt van het maatschappelijk doel uit te oefenen, de ontbinding, de uitsluiting van deelneming aan overheidsopdrachten of aan concessies, de sluiting van de inrichting en de bekendmaking van de beslissing tot veroordeling (ontworpen artikel 38). De ontworpen artikelen 39 tot 41 bevatten nadere regels betreffende de specifiek op rechtspersonen toepasselijke straffen.

Vervolgens worden nadere regels bepaald betreffende nagenoeg al de genoemde straffen, waarbij ook wordt voorzien in vervangende straffen wanneer bepaalde hoofdstraffen niet of slechts gedeeltelijk worden uitgevoerd (ontworpen artikelen 42 tot 58).

De volgende onderdelen van het ontworpen hoofdstuk 4 hebben betrekking op de straftoemeting en het uitstel van de tenuitvoerlegging van de straffen. Het gaat om bepalingen betreffende de herhaling, die voortaan beperkt is tot de bijzondere herhaling (ontworpen artikel 59), de een- en de meerdaadse samenloop (ontworpen artikelen 60 en 61) en het uitstel van de tenuitvoerlegging van de straffen (ontworpen artikel 62).

3.2.6. Het ontworpen hoofdstuk 5 heeft betrekking op wat de “burgerrechtelijke bepalingen” wordt genoemd. Het betreft het verbod, behoudens andersluidende wettelijke bepalingen, op het aansprakelijk stellen van personen voor de betaling van de geldelijke straf waartoe iemand anders is veroordeeld (ontworpen artikel 63), de teruggave en de schadevergoeding (ontworpen artikel 64), de hoofdelijkheid voor teruggave, schadevergoeding en betaling van de gerechtskosten (ontworpen artikel 65), de voorrangsregeling bij veroordeling tot vermogensstraffen, teruggave en schadevergoeding (ontworpen artikel 66) en de onwaardigheid om te erven (ontworpen artikel 67).

3.2.7. Het ontworpen hoofdstuk 6 betreft het tenietgaan van de straffen door de dood van de veroordeelde (ontworpen artikel 68), en de verjaring van de verschillende straffen (ontworpen artikel 69) en van de “burgerlijke veroordelingen” (ontworpen artikel 70, eerste lid). De onwaardigheid om te erven verjaart niet, maar kan door vergiffenis worden opgeheven (ontworpen artikel 70, tweede lid).

3.2.8. Het ontworpen hoofdstuk 7 bevat een regeling betreffende de gevolgen van veroordelingen die zijn uitgesproken in andere lidstaten van de Europese Unie en betreffende de toepassing van de bepalingen van Boek 1 van het Strafwetboek op de misdrijven die bij bijzondere wetten strafbaar zijn gesteld.

⁴ Wat betreft de straf van niveau 2.

BEVOEGDHEID

4. Krachtens artikel 11, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ zijn op de strafbaarstellingen en de straffen die de gemeenschappen en de gewesten binnen de grenzen van hun bevoegdheden op grond van die bepaling instellen, de bepalingen van Boek 1 van het Strafwetboek van toepassing, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere inbreuken bij een decreet (of een ordonnantie) kunnen worden gesteld. De mogelijkheid tot afwijking van Boek 1 van het Strafwetboek waarover de gemeenschappen en de gewesten beschikken, betreft in de logica van die bepaling enkel het materiële strafrecht. Het ontworpen Boek 1 van het Strafwetboek bevat evenwel ook bepaalde strafprocesrechtelijke regels⁵ en regels betreffende de strafuitvoering⁶, waarvan de gemeenschappen en de gewesten, behoudens toepassing van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 (impliciete bevoegdheden), niet vermogen af te wijken.⁷ Daargelaten de vaststelling dat zulke bepalingen ook omwille van de duidelijkheid en de consistentie niet thuishoren in Boek 1 van het Strafwetboek, dienen ze bovendien te worden weggelaten om geen verwarring over de strafrechtelijke bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten te doen ontstaan.

Mede om bevoegdheidsrechtelijke redenen zou eveneens op uitdrukkelijk wijze dienen te worden aangegeven wanneer een vorm van bijzondere verbeurdverklaring wordt beschouwd als een beveiligingsmaatregel:⁸ de gemeenschappen en de gewesten zijn immers zonder meer bevoegd om de toepassingsvoorwaarden van zo een maatregel te wijzigen, terwijl dit in het geval van een verbeurdverklaring als straf neerkomt op het invoeren van een nieuwe straf waarvoor krachtens artikel 11, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 het eensluidende advies van de Ministerraad vereist is.⁹

5. Uit artikel 5, tweede streepje (lees: 2°), van het ontwerp blijkt dat zal worden voorzien in een conversiemechanisme om de straffen opgenomen in de bijzondere strafwetten die zijn tot stand gekomen voor de inwerkingtreding van de aan te nemen wet, om te zetten in één van de strafniveaus waarin wordt voorzien in het nieuwe Boek 1 van het Strafwetboek. Vraag is of de federale wetgever ook bevoegd is om deze regeling in te voeren ten aanzien van de gemeenschappen en de gewesten.

De gemachtigde verklaarde in dit verband wat volgt:

“De omzettingstabellen hebben een algemene draagwijdte. De doelstelling van het conversiemechanisme is het uitwerken van een systeem waardoor de regels van het nieuwe Strafwetboek kunnen worden toegepast op wetten in de ruime betekenis van het woord (dus ook de decreten en ordonnanties) waarvoor geen uitdrukkelijke wettelijke

⁵ Zie bijvoorbeeld de ontworpen artikelen 29 en 30.

⁶ Zie bijvoorbeeld de ontworpen artikelen 39, §§ 3 en 4, 41, laatste lid, 45, § 3, 46, §§ 3 en 4, 47, §§ 4 en 5, telkens het laatste lid van de artikelen 49, 52, 53, 56, 57 en 58, en de artikelen 61, § 4, en 62, §§ 3 en 4.

⁷ De in het ontwerp opgenomen strafprocesrechtelijke regels behoren niet tot één van de drie aangelegenheden die de gemeenschappen en de gewesten vermogen te regelen op grond van artikel 11, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

⁸ zie opmerking 185.

⁹ Zie over de bevoegdheidsrechtelijke relevantie van het onderscheid en voor verwijzingen naar de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, M. FAURE en J. VANHEULE, *Milieustrafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, p. 39-42, nrs. 82-89.

‘vertaling’ heeft plaatsgevonden. Bij dit conversiemechanisme wordt getracht de wil van de wetgever bij het opstellen van deze bijzondere strafwet zoveel als mogelijk te benaderen en tegelijk de niet-aangepaste wet zoveel als mogelijk te integreren in de mogelijkheden die het nieuwe Strafwetboek biedt. De regels van het nieuwe Strafwetboek zijn dus van toepassing op deze wetten voor feiten gepleegd vanaf de inwerkingtreding van het nieuwe Strafwetboek (en voor feiten van voorheen indien het nieuwe systeem *in concreto* (cf. rechtspraak EHRM) tot een mildere straf leidt, aangezien de conversie geen afbreuk doet aan de principes inzake toepassing van de strafwet in de tijd zoals neergelegd in artikel 2 oud Strafwetboek en artikel 3 nieuw Strafwetboek).

Ici, à nouveau, il doit être rappelé que les législateurs communautaire ou régional pourront prévoir des règles dérogatoires et qu’ils en auront l’occasion durant la période transitoire dont question ci-dessus. Le mécanisme de conversion peut également servir de repère pour ces législateurs des entités fédérées (soit ils l’adoptent, soit ils prévoient des règles dérogatoires).

O.i. kan de federale wetgever in het licht van art. 11 BWHI alleen een conversiemechanisme aannemen dat ook geldt voor de gemeenschappen en gewesten indien dit formeel deel wordt van Boek I. Dit zou dan ook in het voorontwerp van Boek II moeten opgenomen worden als een toevoeging aan de wet die Boek I invoert. O.i. kan dit worden verantwoord, aangezien de bevoegdheid over Boek I de opstelling van de straffen impliceert. Gemeenschappen en Gewesten kunnen immers slechts een nieuwe straf aannemen na eensluidend advies van de ministerraad. Het omzetten van straffen naar de strafniveaus kan dus worden beschouwd als een federale bevoegdheid.”

De conversieregels dienen inderdaad te worden opgenomen in Boek 1 van het Strafwetboek opdat ze van toepassing zouden zijn op de gemeenschappen en de gewesten.¹⁰

VORMVEREISTEN

6. Volgens de gemachtigde is het ontwerp om advies voorgelegd zowel aan de Hoge Raad voor de Justitie¹¹ als aan het College van de hoven en rechtbanken en het College van Procureurs-generaal¹², maar zijn die adviezen nog niet verleend. Het verplichte overleg met de gemeenschappen over zekere bepalingen van het ontwerp lijkt nog niet te hebben plaatsgevonden (zie opmerking 7). Ook zou er volgens de gemachtigde blijvend worden overlegd met de gemeenschappen en de gewesten, al kon hieromtrent geen nadere toelichting worden verschaft.¹³

¹⁰ Zie ook opmerking 240 over de noodzakelijke tijd die aan de gemeenschappen en de gewesten moet worden gelaten om eventueel in bijzondere bepalingen in afwijkingen te voorzien met betrekking tot deze conversieregels.

¹¹ Volgens de gemachtigde hebben de experts die hebben meegewerkt aan de redactie van het ontwerp, op 18 januari 2017 een uiteenzetting gehouden voor de leden van de Hoge Raad voor de Justitie en zou de algemene vergadering van die raad einde mei 2017 een advies over het ontwerp verstrekken.

¹² Volgens de gemachtigde is door de experts die hebben meegewerkt aan de redactie van het ontwerp, reeds op 22 september 2016 aan het College van Procureurs-generaal een uiteenzetting erover gegeven en zou dit college einde maart 2017 zijn advies verstrekken.

¹³ Luidens artikel 11, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 zijn de bepalingen van Boek I van het Strafwetboek van toepassing op de decreten die de niet-naleving van hun bepalingen strafbaar stellen, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere inbreuken bij een decreet kunnen worden ingesteld, terwijl luidens artikel 11, tweede lid, van die wet het eensluidende advies van de Ministerraad vereist is voor “iedere beraadslaging in de Gemeenschaps- of Gewestregering over een voorontwerp van decreet waarin een straf of een strafbaarstelling is opgenomen waarin Boek I van het Strafwetboek niet voorziet”. In acht genomen de aanzienlijke impact die de

In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat, al kan het nog niet vervuld zijn van vormvereisten sinds de wijziging van de wetten op de Raad van State bij de wet van 2 april 2003 niet meer leiden tot de niet-ontvankelijkheid van de adviesaanvraag, het aanbeveling blijft verdienen dat de afdeling Wetgeving pas om advies wordt gevraagd dan nadat het betrokken ontwerp alle achtereenvolgende stadia van de administratieve voorbereiding heeft doorlopen en het tot het vaststellen van het ontwerp bevoegde orgaan de mogelijkheid heeft gehad het ontwerp eventueel aan te passen in het licht van de vervulde vormvereisten.¹⁴ Aldus wordt vermeden dat de Raad van State advies zou uitbrengen over een niet-definitieve ontwerptekst en wordt gewaarborgd dat het advies kan worden uitgebracht met volledige kennis van alle ter zake relevante elementen.

7. Krachtens artikel 6, § 3bis, 4°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 dient overleg te worden gepleegd over de wijziging van de opdrachten bedoeld in artikel 5, § 1, III, van die wet. Krachtens artikel 2, derde lid, van het samenwerkingsakkoord van 17 december 2013 ‘tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap met betrekking tot de uitoefening van de opdrachten van de justitiehuizen’¹⁵ dient binnen de Interministeriële Conferentie voor de Justitiehuizen overleg te worden gepleegd over de wijziging van de opdrachten van de justitiehuizen en over alle initiatieven van de partijen die een impact hebben of kunnen hebben op “de uitvoeringscapaciteit van de Justitiehuizen in de uitoefening van hun opdrachten”. Het ontwerp bevat een aantal bepalingen van die aard, zodat de genoemde bepalingen erop van toepassing zijn.

invoering van een nieuw Boek 1 van het Strafwetboek gelet op deze bepalingen heeft op de strafrechtelijke bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten, en op de algemene filosofie van artikel 11bis van de genoemde bijzondere wet, is het een vereiste van behoorlijke regelgeving om de gemeenschappen en de gewesten nauw te betrekken bij de totstandkoming van de hervorming van het strafrecht, het strafprocesrecht en het strafuitvoeringsrecht. Daarnaast dient te worden gewezen op de verplichte vormen van samenwerking voortvloeiend uit de artikelen 6, § 3bis, 4°, en 92bis, § 4undecies, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en uit het samenwerkingsakkoord van 17 december 2013 ‘tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap met betrekking tot de uitoefening van de opdrachten van de justitiehuizen’.

¹⁴ Adv.RvS 41.417/AV tot 41.420/AV van de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State van 6 oktober 2006 over voorontwerpen die geleid hebben tot de wet van 10 mei 2007 ‘tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden’, de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen’, de wet van 10 mei 2007 ‘ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie’ en de wet van 10 mei 2007 ‘tot aanpassing van het Gerechtelijk Wetboek aan de wetgeving ter bestrijding van discriminatie en tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden’, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2720/001, 130-131; adv.RvS 58.729/AV van 26 januari 2016 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 27 april 2016 ‘inzake aanvullende maatregelen ter bestrijding van terrorisme’ (*Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1727/001, 89-90).

¹⁵ Dat is gesloten met toepassing van artikel 92bis, § 4undecies, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Volgens de gemachtigde heeft dat overleg plaatsgevonden op 5 september 2016, maar in het dossier dat aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, is voorgelegd, was geen document opgenomen met het verslag van die vergadering.¹⁶ Hierover nader bevraagd, bezorgde de gemachtigde het verslag van de vergadering van de genoemde interministeriële conferentie van 5 september 2016, waarin het volgende staat te lezen:

“AGENDAPUNT 5: VOORONTWERP STRAFWETBOEK

De Gemeenschappen vragen om tijdig te kunnen overleggen over het ontwerp van het nieuwe strafwetboek. Kabinet Justitie deelt mee dat er nog geen geconsolideerde teksten voorhanden zijn en stelt voor dat de experts van het voorontwerp van strafwetboek een toelichting geven aan de Gemeenschappen. De toelichting zal plaatsvinden op 20 september 2016 om 13.30 uur.

De minister van Justitie specificeert dat het enkel Boek I van het strafwetboek betreft en dat er nog geen akkoord van de regering is omtrent het ontwerp van teksten.

De IMC neemt er kennis van dat de experts van het voorontwerp strafwetboek van 20 september 2016 een toelichting zullen geven aan de Gemeenschappen.”

Uit dit verslag blijkt dat op de genoemde vergadering het ontwerp enkel is aangekondigd, maar helemaal niet is besproken (er wordt zelfs gemeld dat er nog geen “geconsolideerde teksten” beschikbaar zijn), en dat er op 20 september 2016 enkel een toelichting zou worden gegeven door de experts die meewerken aan de opstelling van het nieuwe wetboek, wat uiteraard op geen enkele wijze kan worden gelijkgesteld met het bij artikel 6, § 3bis, 4°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en bij artikel 2, derde lid, van het samenwerkingsakkoord van 17 december 2013 vereiste overleg.

Dat overleg zal derhalve alsnog dienen plaats te vinden. In dit verband wordt overigens gewezen op artikel 30bis van de bijzondere wet van 6 januari 1989 ‘op het Grondwettelijk Hof’, dat luidt:

“Art. 30bis. Voor de toepassing van de artikelen 1 en 26, § 1, worden als regels bedoeld in 1° van deze twee bepalingen, beschouwd het overleg, de betrokkenheid, het geven van inlichtingen, de adviezen, de eensluidende adviezen, de akkoorden, de gemeenschappelijke akkoorden en de voorstellen waarvan sprake is in de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, de samenwerkingsakkoorden bedoeld in artikel 92bis van voornoemde wet uitgezonderd, alsook in de bijzondere wet betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten of in elke andere wet genomen ter uitvoering van de artikelen 39, 127, § 1, 128, § 1, 129, § 1, 130, § 1, 135, 136, 137, 140, 166, 175, 176 en 177 van de Grondwet.”

Uit dit artikel blijkt dat de miskenning van de in artikel 6, § 3bis, 4°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 opgenomen overlegverplichting kan leiden tot de vernietiging of strijdigverklaring met de bevoegdheidverdelende regels van de bepalingen waarop dat overleg betrekking diende te hebben.

¹⁶ In de nota aan de Ministerraad wordt bovendien vooropgesteld dat er geen overleg met de gemeenschappen of de gewesten noodzakelijk is.

8. Het om advies voorgelegde ontwerp heeft ook aanleiding gegeven tot het uitvoeren van een regelgevingsimpactanalyse (RIA). Dat is een verplichting op grond van artikel 6, § 1, van de wet van 15 december 2013 ‘houdende diverse bepalingen inzake administratieve vereenvoudiging’. De Raad van State stelt zich vragen bij de ernst waarmee dit is gebeurd: volgens de vermelding op het formulier “Geïntegreerde impactanalyse” zou er geen enkele impact van de maatregelen te verwachten zijn.

Hierover ondervraagd, antwoordde de gemachtigde:

“De RIA of ReguleringImpactAnalyse impliceert dat de positieve en negatieve effecten van beleidsopties in kaart worden gebracht. De vooropgestelde hervorming zal zeker geen ongunstig effect hebben op de meest kwetsbaren van de samenleving, wel integendeel. Zo betreft een van de uitgangspunten dat de vrijheidsstraf het *ultimum remedium* moet zijn. Zo is er een categorie van misdrijven waarbij de toevlucht tot de gevangenisstraf niet kan worden gerechtvaardigd. Ook wordt er niet langer meer voorzien in de vervangende gevangenisstraf bij de geldboete. Dit is immers een onrechtvaardige, discriminatoire straf, aangezien zij niet de weerspanningen viseert doch wel de armen. De lange vrijheidsstraffen geïntroduceerd door de Potpourri-II-wet worden eveneens verlaten. Volgens wetenschappelijke literatuur staat het buiten kijf dat de vrijheidsstraf in vele gevallen een nefaste werking heeft die de zwakkeren uit de samenleving het meeste treft. De literatuur (nationale en internationale) is hierover eenduidig. Bijkomend onderzoek lijkt in dit stadium dan ook overbodig. Bovendien laat het voorontwerp omwille van de flexibiliteit toe dat een straf (hoofd- en bijkomende straf) kan worden gekozen die het best is aangepast aan de persoonlijke situatie van de beklaagde. Vele uitgetekende straffen zijn een vorm van spiegelbestrafing waarbij het gepleegde misdrijf of de daderproblematiek bepalend zijn voor de inhoud van de straf. Gedragsbeïnvloeding met het oog op de terugdringing van recidive wordt beoogd met spiegelbestrafing. De rechtspsychologische/criminologische literatuur toont aan dat de aanwezigheid van een duidelijk causaal verband tussen het misdrijf en de straf een cognitieve factor is die de effectiviteit van de straf bevordert. Deze beleidskeuze zou o.i. dan ook globaal gezien een positieve impact moeten hebben. (zie hierover uitgebreid J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH, ‘De spiegelstraf herontdekt: een nieuw wapen in de strijd tegen de ineffectiviteit van de bestraffing?’, RW 2016-2017, 243-257). Il convient de noter que la proposition faite par le Commissaire LEGROS et reprise par la Commission de réforme instituée par le ministre d’appliquer au montant de l’amende un multiplicateur en fonction de la capacité financière de l’auteur de l’infraction (afin que les personnes plus fortunées se voient infliger une amende plus élevée que les moins fortunés) n’a pas été retenue par le Gouvernement.

Meer algemeen is het bijzonder moeilijk om een volledig juiste impactanalyse te maken in het raam van bestraffing. Het meten van effectiviteit is gemakkelijker gezegd dan gedaan. (...) Idealiter moeten mensen met een vergelijkbaar profiel willekeurig worden verdeeld over een experimentele en een controlegroep. Het is maar wanneer die groepen verschillend worden behandeld dat een accurate effectiviteitsmeting kan worden gehouden. Dit is niet voor de hand liggend in een strafrechtelijke setting waar de strafrechter in eer en geweten een aan het feit en de dader aangepaste sanctie moet uitspreken. Een strafrechter kan bezwaarlijk omwille van wetenschappelijke doeleinden een bepaalde straf opleggen wanneer in zijn ogen eigenlijk een andere straf meer gerechtvaardigd is. Bovendien is de notie ‘effectiviteit’ geen eenduidig begrip (Zie J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH, ‘De spiegelstraf herontdekt: een nieuw wapen in de strijd tegen de ineffectiviteit van de bestraffing?’, RW 2016-2017, 245-246).”

Uit de in het antwoord van de gemachtigde aangehaalde voorbeelden blijkt duidelijk dat er wel degelijk een impact is op een aantal domeinen die in een regelgevingsimpactanalyse aan bod dienen te komen.¹⁷ Dat die impact positief is, of het gegeven dat sommige effecten moeilijk te meten zijn, ontslaat niet ervan de regelgevingsimpactanalyse ook op die gebieden op een degelijke manier uit te voeren. De stellers van het ontwerp zullen dan ook dienen te beoordelen of de regelgevingsimpactanalyse niet dient te worden aangevuld.

9. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van de nog te vervullen vormvereisten wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of de toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

10. Het kan worden toegejuicht dat wordt geopteerd voor een globale en wetenschappelijk onderbouwde herschrijving van Boek 1 van het Strafwetboek, waarbij wordt gestreefd naar accuraatheid, coherentie en eenvoud, en dat deze hervorming deel uitmaakt van een geplande globale hervorming van het straf-, strafproces- en strafuitvoeringsrecht. De hervorming van Boek 1 van het Strafwetboek kan gelet op dat laatste dan ook niet worden gezien en beoordeeld los van deze globale hervorming. Aangezien nog geen concrete voorontwerpen of zelfs krachtlijnen betreffende Boek 2 van het Strafwetboek, een wetboek van strafprocesrecht en een wetboek van strafuitvoering beschikbaar zijn, is het niet mogelijk de coherentie tussen de verschillende onderdelen van het materiële en het formele strafrecht en de inpassing van het nieuwe Boek 1 van het Strafwetboek binnen het globale strafrechtelijke systeem te beoordelen.¹⁸ Dit advies dient met dit belangrijke voorbehoud te worden gelezen.

11. In het ontworpen Boek 1 van het Strafwetboek worden een aantal algemene beginselen in herinnering gebracht die voortvloeien uit hogere rechtsnormen, zoals het legaliteitsbeginsel in strafzaken en het beginsel van de niet-retroactiviteit van de zwaardere strafwet en de toepassing van de mildere strafwet. Al kan deze werkwijze niet worden afgekeurd nu bij de interpretatie en de toepassing van de strafwet met die beginselen rekening zal moeten worden gehouden, dient men zich ervan bewust te zijn dat, enerzijds, niet alle beginselen die voortvloeien uit hogere rechtsnormen (uitdrukkelijk) in herinnering worden gebracht,¹⁹ wat niet ontslaat van de naleving ervan, en, anderzijds, van beginselen voortvloeiend uit een hogere rechtsnorm niet kan worden afgeweken bij wet, bij decreet of bij ordonnantie.²⁰ Teneinde

¹⁷ Daarnaast kan bij wijze van voorbeeld ook nog worden verwezen naar de impact van de vermogensstraffen op de sociale situatie van de veroordeelden.

¹⁸ Zo hangt het onderscheid tussen misdaden en wanbedrijven samen met het lot van het Hof van Assisen.

¹⁹ Zo wordt geen gewag gemaakt van het evenredigheidsbeginsel (opgenomen in artikel 49, lid 3, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) en van het beginsel van het persoonlijke karakter van de straffen (al vloeit dat laatste beginsel wel voort uit de ontworpen artikelen 16 en 63).

²⁰ Wanneer de decreetgever of ordonnantiegever in bijzondere gevallen op grond van artikel 11, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 afwijkt van de in het ontworpen Boek 1 van het Strafwetboek bepaalde gevallen.

onduidelijkheid of verwarring te vermijden, verdient het in ieder geval aanbeveling het ontwerp op dit vlak aan te vullen of hierop in de memorie van toelichting in te gaan.

12. Het ontworpen Boek 1 van het Strafwetboek houdt een zeer grote uitbreiding in van de strafbaarheid en een verzwaring van de bestraffing. Zo wordt de poging, behoudens afwijkende bepalingen, in alle gevallen strafbaar²¹ en wordt ze gestraft met dezelfde straffen als het misdrijf (ontworpen artikel 10, derde lid), wordt op algemene wijze ook het voorstellen, het aanbieden en het aanzetten een bepaald misdrijf te plegen en het aanvaarden daarvan terwijl er geen uitwerking is geweest wegens omstandigheden buiten de wil van de persoon die het misdrijf zou plegen, bestraft, bovendien met dezelfde straffen als het misdrijf zelf (ontworpen artikel 10, vierde lid),²² wordt niet langer een onderscheid gemaakt tussen mededaders en medeplichtigen (ontworpen artikel 18), en wordt afgestapt van de rechtsfiguur van het voortgezet misdrijf.

Vraag is of alle gevolgen van deze fundamentele optie wel correct zijn ingeschat²³ en sommige van de genoemde regels niet dienen te worden herbekeken. Gelet op de vragen die deze hervorming kan doen rijzen op het vlak van de conformiteit met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie²⁴ en met het beginsel van de evenredigheid van de straffen, dat niet alleen voor de rechter, maar ook voor de wetgever geldt, verdient het eveneens aanbeveling om in de memorie van toelichting diepgaander dan thans het geval is op deze kwestie in te gaan, temeer daar de grote uitbreiding van de strafbaarheid en bestraffing moeilijk te verenigen lijkt met het in de memorie van toelichting in herinnering gebrachte (en deels in het ontworpen artikel 26 uitgedrukte) beginsel van subsidiariteit van het strafrecht.

13. Het woord “wet” wordt in het ontworpen Boek 1 van het Strafwetboek in verschillende betekenissen gehanteerd, waarbij het kan gaan om de formele wet, om de materiële wet,²⁵ om zowel de federale wet, het decreet als de ordonnantie,²⁶ of zelfs alleen om het decreet of de ordonnantie,²⁷ of om hogere rechtsnormen (in het geval van rechtvaardigingsgronden). De Raad van State begrijpt dat het, gelet op de verscheidenheid van de gevallen die kunnen bestaan, moeilijk is om telkens in de tekst hieromtrent verduidelijking te verschaffen, maar het zou toch

²¹ Thans is enkel de poging tot het plegen van een misdaad altijd strafbaar (artikel 52 van het Strafwetboek), terwijl de poging tot het plegen van een wanbedrijf slechts wordt bestraft wanneer de wet dit uitdrukkelijk bepaalt (artikel 53 Strafwetboek). Ook in de meeste Europese landen wordt de poging niet altijd bestraft en waar ze wel strafbaar is, veelal met een lichtere straf dan het misdrijf zelf.

²² Zie ook opmerkingen 59 en 60.

²³ Zie opmerkingen 52, 56, 59, 60 en 90.

²⁴ Wezenlijk verschillende situaties worden geheel op gelijke voet behandeld, waarvoor een afdoende verantwoording dient te bestaan.

²⁵ Bijvoorbeeld het ontworpen artikel 12.

²⁶ In de meeste gevallen, gelet op de werking van artikel 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Uit dit artikel volgt immers dat waar Boek I van het Strafwetboek, wat de strafbaarstelling en de straffen betreft, voorziet in een regeling bij wet, de gemeenschappen en de gewesten, binnen de grenzen van hun bevoegdheden, ter zake ook bij decreet of ordonnantie kunnen optreden.

²⁷ Zie het ontworpen artikel 25.

aanbeveling verdienen om op deze kwestie in de memorie van toelichting in te gaan. Daarnaast kan de vermelding van het woord “wet” in een aantal gevallen beter weggelaten worden.²⁸

14. In een aantal gevallen wordt aangegeven dat sommige regels gelden “behoudens de bij wet bepaalde gevallen” of wordt een gelijkaardig voorbehoud gemaakt (bijvoorbeeld de ontworpen artikelen 4, eerste en tweede lid, 35, inleidende zin, 38, inleidende zin, en 42, eerste lid), in andere gevallen dan weer niet. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of er daarvoor een bijzondere reden bestaat, en in voorkomend geval die te verduidelijken in de memorie van toelichting, ermee rekening houdend dat een wet steeds kan afwijken van een regel die in een andere wet is opgenomen. Indien zo een reden niet bestaat, dient de genoemde vermelding te worden weggelaten.

15. Er is noch in de tekst van het ontworpen Boek 1 van het Strafwetboek, noch in de memorie van toelichting voldoende rekening gehouden met grensoverschrijdende delinquentie. Zo kunnen op dit vlak vragen rijzen inzake de territoriale gelding van de strafwet (lokalisering van bestanddelen op het Belgische grondgebied) of naar het effect van in buitenlandse regelgeving opgenomen rechtvaardigingsgronden. Wat dat laatste betreft rijst bijvoorbeeld de vraag of rechtvaardigingsgronden die zijn opgenomen in buitenlandse wetgeving niet zouden moeten gelden wanneer het zwaartepunt van het misdrijf in het buitenland ligt.²⁹ De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of het ontwerp of de memorie van toelichting op dit vlak aanvulling behoeven.

16. In het ontwerp komen in het geheel geen overgangsbepalingen voor, terwijl er toch tal van vragen zullen rijzen bij de overgang van het oude naar het nieuwe stelsel, bijvoorbeeld ten gevolge van de invoering van nieuwe of anders opgevatte straffen,³⁰ de afschaffing van de terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank (zie opmerking 35.3), het verlaten van het concept “voortgezet misdrijf”, de overgang van strafrechtelijke bejegening naar sanctionering op burgerrechtelijk of administratief vlak (ten gevolge van de afschaffing van de misdrijfcategorie “overtredingen”) of op het vlak van de verhouding tussen Boek 1 van het Strafwetboek en de bijzondere strafwetten. Deze lacune dient op het gepaste ogenblik te worden verholpen.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

HOOFDSTUK 1 – VOORAFGAANDE BEPALING

17. Bij hoofdstuk 1 van het ontwerp zijn geen opmerkingen te maken.

²⁸ Zie hiervoor bijvoorbeeld opmerkingen 24, 63, 108 en 141.

²⁹ De verklaringen van de gemachtigden zijn op dit punt niet gelijklopend.

³⁰ In artikel 5, tweede streepje (lees: 2°), van het ontwerp wordt weliswaar een conversiemechanisme aangekondigd, dat volgens de gemachtigde zal worden opgenomen in het ontworpen Boek 1 van het Strafwetboek.

HOOFDSTUK 2 – HET STRAFWETBOEK

Artikel 2

18. Het is wetgevingstechnisch het meest eenvoudig het huidige Boek I van het Strafwetboek te vervangen door het nieuwe boek dat vervat is in artikel 2 van het ontwerp.³¹ In dat geval dienen de artikelen 1 tot 99bis van het Strafwetboek niet meer te worden opgeheven in artikel 4, 1°, a), van het ontwerp. In de inleidende zin van artikel 2 van het ontwerp schrijve men bovendien in de Nederlandse tekst “Boek 1” en in de Franse tekst “Livre 1^{er}”.³² Het ontwerp van Boek 1 van het Strafwetboek (hierna: OSw) dat wordt weergegeven na die inleidende zin, dient te worden voorzien van dezelfde vermeldingen, gevolgd door een opschrift.³³

Ontworpen Boek 1 van het Strafwetboek

Hoofdstuk 1 – Algemene bepalingen

Algemene opmerking

19. Het ontworpen artikel 1 vangt onmiddellijk aan met de indeling van de misdrijven in twee categorieën, terwijl in het ontworpen artikel 6 alleen de bestanddelen van het misdrijf worden aangegeven. Het ontwerp zou evenwel het best aanvangen met een omschrijving van het begrip “misdrijf” zelf, waarin het misdrijfconcept waarvan wordt uitgegaan, wordt geëxpliciteerd. Daarbij zou ook aandacht moeten worden besteed aan de omschrijving van het begrip “wederrechtelijkheid”³⁴ en de opheffing van de wederrechtelijkheid, dat nu pas in het ontworpen artikel 11, eerste lid, aan bod komt.

Door de invoeging van zo een definitie zou in het wetboek op een eenvormige wijze kunnen worden verwezen naar “misdrijf” (in plaats van naar “feit” of “gedrag”) en het begrip “wederrechtelijkheid” op eenvormige wijze kunnen worden gehanteerd. De definitie moet ook duidelijk maken dat er een verschil bestaat tussen de constitutieve bestanddelen van het misdrijf en de strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor het misdrijf.

³¹ De in de volgende voetnoot aangehaalde handleiding wetgevingstechniek schrijft weliswaar voor dat opeenvolgende artikelen van wetgevende teksten (anders dan voor besluiten) moeten worden gewijzigd met telkens een wijzigingsartikel voor elk te wijzigen artikel (zie de aanbevelingen 118, 120 en 121), maar gezien de omvang van het aantal te vervangen artikelen en gelet op het belang van de vlotte leesbaarheid van het ontwerp is het begrijpelijk dat de stellers van het ontwerp daarvan hebben afgezien. Eenmaal die keuze gemaakt, is het eenvoudiger om ineens het onderdeel waartoe de te vervangen artikelen behoren (namelijk Boek I) te vervangen, veeleer dan een reeks artikelen te vervangen en de ‘overtollige’ artikelen op te heffen.

³² *Beginnelsen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbeveling 64, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

³³ Thans luidt dat opschrift “De misdrijven en de bestraffing in het algemeen”.

³⁴ Hoewel het niet uitdrukkelijk in afdeling 1 van hoofdstuk 2 staat, blijkt uit de memorie van toelichting en uit een negatieve formulering in een aantal artikelen (ontworpen artikelen 12 (“*is er geen misdrijf*”), 13, 14 en 15), en *a contrario* uit de ontworpen artikelen 20 en 23 dat ook wederrechtelijkheid vereist is opdat er een misdrijf zou zijn.

Het ontworpen artikel 6 zou in dat nieuwe artikel 1 kunnen worden geïntegreerd. Daarna kunnen de ontworpen artikelen 2 tot 5 worden opgenomen, evenals een artikel over de uitsluitingen van strafrechtelijke verantwoordelijkheid, terwijl het ontworpen hoofdstuk 2 zou kunnen aanvangen met het huidige ontworpen artikel 1.

Artikel 1 OSw

20. Bij een eerste artikelaanduiding wordt het woord “artikel” voluit geschreven. Men schrijve derhalve “Artikel 1.” in plaats van “Art. 1.”.

21. Artikel 1 bevat de indeling van de misdrijven in twee categorieën, zijnde misdaden en wanbedrijven. Wanneer verder in het wetboek gewag wordt gemaakt van een regel die geldt voor zowel de misdaden als de wanbedrijven, wordt dan ook het best gewag gemaakt van misdrijven in het algemeen, zonder naar de twee categorieën te verwijzen. Deze opmerking geldt voor het ontworpen artikel 2, eerste lid, voor het opschrift van afdeling 2 van hoofdstuk 3, en voor de ontworpen artikelen 18, derde lid, 41, eerste lid, en 56, eerste lid, van het Strafwetboek, alsook voor het ontworpen artikel 14*quiquies*, eerste lid, van het Militair Strafwetboek (artikel 3 van het ontwerp).

22. In het ontworpen artikel 1 wordt enkel rekening gehouden met de straffen voor natuurlijke personen, terwijl in de ontworpen artikelen 36 en 37 voor rechtspersonen nochtans wordt voorzien in “criminele” en “correctionele” hoofdstraffen die op misdaden en wanbedrijven toepasselijk zijn. Logischerwijze zou dit een vertolking dienen te krijgen in het ontworpen artikel 1. Zo zou kunnen worden geschreven “waarop bij de wet een criminele straf wordt gesteld” in plaats van “waarop de wet een straf van levenslange opsluiting of opsluiting van twintig tot dertig jaar stelt”.

23. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 1, tweede lid, schrappe men het woord “de” voor de woorden “verzachtende omstandigheden”.

24. Luidens het ontworpen artikel 1, vierde lid, bepaalt de wet de straffen die van toepassing zijn op de dader.³⁵ De Raad van State vraagt zich af wat de meerwaarde is van deze bepaling. Dat het element straf is gekoppeld aan het bestaan van een misdrijf, blijkt reeds uit het ontworpen artikel 1, tweede lid, en zou ook kunnen worden opgenomen in de in te voeren definitie van het begrip “misdrijf”. Het is bovendien een evidentie dat wanneer de wetgever een handelen of verzuim als misdrijf bestempelt, hij ook de straf dient te bepalen die op dat handelen of verzuim staat. Zo men beoogt te herinneren aan het legaliteitsbeginsel dat ook inzake straffen geldt, hoort de genoemde bepaling thuis in het ontworpen artikel 2, waarvan het tweede lid overigens overlapt met het ontworpen artikel 1, vierde lid.

³⁵ De Franse tekst van die bepaling is niet correct waar staat geschreven “à leur auteur” nu het woord “leur” uiteraard niet kan slaan op het woord “peines”.

25. Onverminderd de vorige opmerking, dient erop te worden gewezen dat niet enkel de daders van een misdrijf kunnen worden bestraft, maar ook de deelnemers eraan (zie het ontworpen artikel 18).³⁶

Artikel 2 OSw

26. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 2, derde lid – evenals in het ontworpen artikel 3, eerste lid – wordt telkens het begrip “nalaten” gehanteerd, terwijl in het ontworpen artikel 7 het begrip “verzuim” wordt gebruikt. De stellers van het ontwerp dienen erop toe te zien dat doorheen het ontwerp een uniforme terminologie wordt gehanteerd.

27. Als het de bedoeling is de rechtsmacht die België heeft ingesteld ten aanzien van de misdrijven bedoeld in het ontworpen artikel 2, derde lid, ook toe te passen op extraterritoriale gedragingen die hebben plaatsgevonden vooraleer die rechtsmacht werd ingesteld, wordt dat het best duidelijk in de memorie van toelichting aangegeven en verantwoord.

Artikel 3 OSw

28. Conform de in het ontworpen artikel 2 gehanteerde terminologie, schrijve men in het ontworpen artikel 3, eerste lid, “gestraft” in plaats van “veroordeeld”.

29. Luidens het ontworpen artikel 3, tweede lid, kan geen zwaardere straf worden opgelegd dan die waarin ten tijde van het plegen van het misdrijf bij wet was voorzien. Omwille van de rechtszekerheid zouden algemene regels dienen te worden opgenomen om te kunnen uitmaken wat de zwaarste straf is, waarbij de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie ter zake³⁷ met elkaar dienen te worden verzoend. Daarbij dient rekening te worden gehouden met het gegeven dat in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof³⁸ bij de beoordeling

³⁶ Dat ze op dezelfde wijze worden bestraft als de daders, betekent niet dat ze zelf ook daders zijn.

³⁷ Zie hierover: K. BEIRNAERT, “Werkstraf op verzet na geldboete bij verstek : lacune in de wet ?”, noot bij GwH 11 januari 2007, nr. 4/2007, RW 2007-08, (360), 362-363; K. BEIRNAERT en B. INSEL, “Arbitragehof gaat bevoegdheden te buiten, *Juristenkrant* 2007, afl. 147, 1 en 8; J. DE CODT, “Cassation et renvoi préjudiciel: nul ne peut servir deux maîtres”, in F. DERUYCK e.a. (eds.), *De wet voorbij. Liber Amicorum Luc Huybrechts*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (49) 54-55; A. DE NAUW, “Onderzoek naar de oorzaken van de uiteenlopende rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie in het strafrecht en het strafprocesrecht”, RW 2010-11, (2), 14; S. DERRE, “Application de la loi dans le temps en matière de roulage: Cour de Cassation versus Cour d’arbitrage”, *JLMB* 2005, 511-513; C. MARR, “L’application de la loi pénale dans le temps après intervention de la Cour constitutionnelle”, *JT* 2010, 713-716; F. MOLINE, “L’échelle des peines à l’aune des droits fondamentaux”, in P. MARTENS e.a. (eds.) *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l’homme, Liber Amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, (673), 682-683; A. MONSIEURS, “De zwaarte van de straf volgens het Hof van Cassatie, het Grondwettelijk Hof en het Europees Hof voor de rechten van de Mens”, *Nullum Crimen* 2008, 225-244; P. POPELIER, “Art. 2 Sw. mag niet steeds de regel zijn in strafzaken”, noot bij GwH 23 februari 2005, nr. 45/2005, RW 2005-06, (219), 220; X, “Quand la Cour d’arbitrage interprète : premières suites judiciaires d’un surprenant arrêt relatif à la gravité de la peine”, noot bij GwH 23 februari 2005, nr. 45/2005, RDP 2005, 787-788 en T. VANDROMME, “De vernieuwde straffen voor huisjesmelkerij : Hof van Cassatie en Grondwettelijk Hof zijn het opnieuw oneens over welke straf als de minst zware moet worden beschouwd”, RW 2010-11, 18-21.

³⁸ Waarbij erop acht dient te worden geslagen dat bepaalde door het Hof van Cassatie toegepaste regels door het Grondwettelijk Hof in bepaalde omstandigheden ongrondwettig zijn bevonden (want daar komt de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof op neer).

van wat de zwaarste straf is, ook de bedoeling van de wetgever in aanmerking wordt genomen³⁹ (die noodzakelijkerwijze voor elke wettelijke regeling afzonderlijk moet worden beoordeeld) en hoofd- en bijkomende straffen worden gecombineerd. Dit kan weliswaar het stellen van algemene regels bemoeilijken, maar neemt de noodzaak niet weg om in dat verband regels te stellen.⁴⁰ Daarbij dient ook te worden nagegaan of wat betreft de bijkomende straffen geen gradatie kan worden uitgewerkt.⁴¹⁻⁴²

30. Luidens het ontworpen artikel 3, derde lid, gelden bij een wijziging van de strafwet na het plegen van het misdrijf de voor de dader meest gunstige bepalingen. Met deze bepaling wordt allicht niet alleen naar strafbaarstellingen en straffen verwezen, maar ook naar rechtvaardigingsgronden, schuldontheftingsgronden en verschoningsgronden, wat beter kan worden gespecificeerd. Alle bepalingen die voor de betrokkene een gunstige uitwerking hebben, moeten immers in beginsel⁴³ worden geacht onder de toepassing van de mildere strafwet te vallen.

31. Op het beginsel dat is opgenomen in het ontworpen artikel 3, derde lid, worden in de rechtspraak een aantal temperingen aangebracht, namelijk voor gelegenheidswetten, tijdelijke wetten en gewijzigde uitvoeringsreglementen (zoals verkeersreglementen) van ongewijzigde kaderwetten.⁴⁴ Vraag is of de stellers van het ontwerp die temperingen of sommige ervan willen behouden. Zo dat het geval is, en het behoud van (sommige van) die gevallen in overeenstemming kan worden geacht met internationaalrechtelijke normen,⁴⁵ zou er uitdrukkelijk

³⁹ Zie: GwH 23 februari 2005, nr. 45/2005, B.8.3 en B.8.4; GwH 19 juli 2005, nr. 138/2005, B.5.3 en B.5.4; GwH 5 oktober 2005, nr. 151/2005, B.4.3 en B.4.4; GwH 5 oktober 2005, nr. 153/2005, B.5.3 tot B.5.5; GwH 17 maart 2010, nr. 27/2010, B.8.4 en B.8.5.

⁴⁰ Evenmin staat het gegeven dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens steeds een oordeel velt in een concreet geval (zie bijv. EHRM (Grote Kamer) 18 juli 2013, *Maktouf en Damjanović t. Bosnië-Herzegovina*) eraan in de weg dat uit die rechtspraak algemeen toepasbare regels kunnen worden afgeleid die de wetgever zouden kunnen inspireren bij het uitvaardigen van algemene regels voor het bepalen van de zwaarte van de straffen.

⁴¹ Volgens de gemachtigde kunnen de bijkomende straffen niet worden onderverdeeld in categorieën naargelang zwaarte omdat ze op elk van de hoofdstraffen van toepassing kunnen zijn. Dit neemt niet weg dat zo een indeling in ieder geval toch relevant is om bij oplegging van eenzelfde hoofdstraf gecombineerd met een andere bijkomende straf de zwaarte van de globale straf te bepalen, of voor het geval dat bij aanneming van verzachtende omstandigheden een bijkomende straf in de plaats komt van de hoofdstraf (zie de ontworpen artikelen 34, laatste lid, en 37, laatste lid).

⁴² Zie voor een concreet voorstel F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en Strafprocesrecht voor bachelors*, 2016, Leuven, Acco, 398-400, nr. 1696.

⁴³ Zie de nuancering die het Hof van Cassatie in een arrest van 3 oktober 2000 aanbracht bij de invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen (Cass. 3 oktober 2000, P.00.0432.N).

⁴⁴ P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, 69-72; Ch. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET en S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 119-120, met verdere verwijzingen.

⁴⁵ In de rechtsleer worden daar vraagtekens bij geplaatst (zie Ch. CONINGS, “Retroactieve toepassing van de mildere strafwet”, noot bij Corr. Gent 9 april 2013, *NJW* 2013, 610; A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 27, nr. 61; P. POPELIER, o.c., 128-129; B. SPRIET, “Het strafrechtelijk retroactiviteitsbeginsel toegepast op een gunstige wijziging van de uitvoeringsreglementering” in *Liber amicorum Armand Vandeplas*, Gent, Mys en Breesch, 1994, (349) 365-367; F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal: aspects juridiques et criminologiques*, Brussel, Kluwer, 2005, 242; O. VANDEMEULENBROECKE, “Propos sur la rétroactivité des incriminations pénales (art. 2, al. 2 du Code pénal)”, in *Liber amicorum José Vanderveeren*, Brussel, Bruylant, 1997, 184; E. VAN MUYLEM, “Gunstige wijziging van het verkeersreglement – Toepassing van het retroactiviteitsbeginsel”, noot bij Cass. 21 februari 1995, *AJT* 1995-96,

gewag van moeten worden gemaakt in de genoemde bepaling. Zo niet, wordt in de memorie van toelichting het best vermeld dat de genoemde uitzonderingen worden verlaten en om welke redenen dat gebeurt.

32. Volgens het Grondwettelijk Hof geldt de in het ontworpen artikel 3, derde lid, opgenomen regel ook wanneer het gaat om bijkomende veroordelingen die een strafrechtelijk karakter hebben in de zin van artikel 7 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens.⁴⁶ Het verdient aanbeveling die rechtspraak in de memorie van toelichting in herinnering te brengen.

33. De gemachtigde verschaft nog de volgende verduidelijking bij het ontworpen artikel 3, derde lid:

“Artikel 3, derde lid betreft de wettelijke verankering van eenduidige jurisprudentie en doctrine. De geldingsduur van strafwetten strekt zich uit over een periode die begint op het ogenblik waarop de strafwetten in werking treden en die eindigt op het ogenblik waarop zij worden opgeheven of vernietigd. Wanneer wordt bepaald dat de nieuwe wet maar van toepassing is vanaf een bepaalde dag, betekent dit dat de inwerkingtredingsdatum van de kwestieuze strafwet overeenstemt met die welbepaalde dag. Om uit te maken welke wet van toepassing is, moet men kijken naar de wet die op het tijdstip van het plegen van het misdrijf van kracht was; latere wetten kunnen toepassing vinden als zij worden aangemerkt als ‘mildere strafwet’ en in werking zijn getreden op het moment van de berechting. M.a.w. gelden dan de meest gunstige bepalingen. De term ‘wijziging van de strafwet’ heeft een algemene draagwijdte: deze overkoepelt zowel de wijziging op niveau van de strafbaarstelling als op niveau van de straf. Hierover is zowel de rechtspraak als de rechtsleer eenduidig. Dit moet o.i. dan ook niet in de wettekst worden geëxpliciteerd.”

Eventueel kan deze toelichting in de memorie van toelichting worden opgenomen.

34. De vraag rijst of ook niet het lot dient te worden geregeld van definitieve straffen voor gedrag dat ten gevolge van wijziging aan de strafwet niet langer strafbaar is.

35.1. De vraag rijst wat het gevolg is van het niet langer behouden van de terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank.

De terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank, die thans is geregeld bij de artikelen 34*bis* tot 34*quiquies* van het Strafwetboek en bij de artikelen 95/2 tot 95/30 van de wet van 17 mei 2006 ‘betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten’, is een bijkomende straf⁴⁷ die “in de door de wet bepaalde gevallen moet of kan worden uitgesproken met het oog op de bescherming van de maatschappij tegen de personen die bepaalde ernstige feiten plegen die de integriteit van personen aantasten”. Deze

(139) 140-142). Gelet op de uiterst korte termijn die hem wordt toegemeten voor het verlenen van zijn advies (zie opmerking 2), heeft de Raad van State deze kwestie niet verder kunnen onderzoeken.

⁴⁶ GwH 19 december 2007, nr. 157/2007, B.6 tot B.10.

⁴⁷ Cass. 22 juli 1955, *Arr.Verbr.* 1955, 959; Cass. 17 juni 1975, *Arr.Cass.* 1975, 1103; Cass. 17 februari 1976, *Arr.Cass.* 1976, 707; Cass. 4 april 1978, *Arr.Cass.* 1978, 884.

bijkomende straf gaat in na het verstrijken van de hoofdgevangenisstraf of van de opsluiting. Zij kan zowel vrijheidsbeneming als invrijheidsstelling onder toezicht inhouden (artikel 95/2 van de wet van 17 mei 2006). De gemachtigde verklaarde in dit verband dat in het toekomstige Boek 2 van het Strafwetboek mogelijk in zwaardere hoofdstraffen zal worden voorzien voor misdrijven die thans in aanmerking komen voor de oplegging van de bijkomende straf van de terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank, wat inderdaad een meer eenvoudige en coherente benadering is.

Twee vragen dienen in dit verband te worden onderscheiden. Ten eerste rijst de vraag welke gevolgen het ontworpen artikel 3 heeft wanneer de feiten zijn gepleegd onder de gelding van de huidige regeling, maar worden berecht na de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 1 van het Strafwetboek. Ten tweede rijst de vraag of de opheffing van de terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank een impact heeft op de reeds bevolen of lopende terbeschikkingstellingen, en zo ja welke.

35.2. De eerste vraag lijkt genuanceerd te moeten worden beantwoord. Aangezien de strafmaat van de hoofdstraf wordt verzwaard, kan de nieuwe hoofdstraf niet worden toegepast, maar blijft de oude strafmaat voor die hoofdstraf als mildere strafwet gelden. Volgens de abstracte leer van het Hof van Cassatie over de zwaarte van de straf zou de terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank als bijkomende straf daarentegen zonder meer kunnen worden toegepast omdat de strafbepalingen van het – door het Hof uitsluitend op basis van de relatieve zwaarte van de hoofdgevangenisstraf bepaalde –⁴⁸ meest gunstige wettelijke stelsel integraal en in al hun onderdelen moeten worden toegepast.⁴⁹ De toepassing van die rechtspraak kan evenwel als gevolg hebben dat een veel langere vrijheidsbeneming kan worden toegepast dan op grond van de nieuwe strafwet mogelijk is (namelijk wanneer de strafuitvoeringsrechtbank beslist dat de terbeschikkingstelling vrijheidsbeneming inhoudt voor een langere periode dan mogelijk op grond van de nieuwe straf). Dat gevolg is in strijd met het beginsel van de niet-retroactiviteit van de strafwet zoals opgevat door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Grondwettelijk Hof in de reeds aangehaalde arresten,⁵⁰ die een effectieve rechtsbescherming beogen⁵¹ die niet kan worden bereikt door het aanwenden van een volledig abstract criterium en die ertoe noodzaakt in bepaalde gevallen hoofd- en bijkomende straffen samen te nemen bij de beoordeling van de zwaarte van de straf.

Wel zou de wetgever als overgangsmaatregel kunnen voorschrijven dat voor de genoemde gevallen een terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank nog steeds mogelijk is, maar dan beperkt tot de duur van het verschil tussen de duur van de oude en de duur van de nieuwe vrijheidsbenemende hoofdstraf.

⁴⁸ Cass. 11 februari 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 808; Cass. 11 februari 2003, P.02.0734.N; Cass. 15 juni 2005, P. 05.0278.F; Cass. 19 mei 2009, P.08.1164.N; Cass. 22 december 2009, P.09.0701.N.

⁴⁹ Cass. 19 mei 2009, P.08.1164.N.

⁵⁰ Zie opmerking 29.

⁵¹ Zie bijv.: EHRM (Grote Kamer) 12 februari 2008, *Kafkaris t. Cyprus*, § 145; EHRM (Grote Kamer) 18 juli 2013, *Maktouf en Damjanović t. Bosnië-Herzegovina*, § 66.

35.3. Een andere vraag is wat de mogelijke impact is van de afschaffing van de terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank op de reeds lopende⁵² of de reeds bevolen terbeschikkingstellingen.

Hierover ondervraagd, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“O.i. dient toepassing te worden gemaakt van de Del Rio Prada rechtspraak van 21 oktober 2013. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens erkent in dit arrest een retroactiviteitsverbod voor die (zwaardere) wijzigingen met betrekking tot de strafuitvoering die in het leven zijn geroepen nadat de straf werd opgelegd of terwijl de straf wordt uitgevoerd waarover men niet over een appreciatiebevoegdheid beschikt om ze toe te kennen en die resulteren in een herdefiniëring of aanpassing van de inhoud van de straf zoals deze opgelegd door het vonnisgerecht. *A contrario* moet dan wel toepassing worden gemaakt van de retroactieve werking van de mildere strafwet wanneer het gaat om een nieuwe wet die de uitvoering van de straf verlicht of kan verlichten (wat wordt bewerkstelligd met de afschaffing van de TBS).

Uit het arrest del Rio Prada volgt immers dat bij wet bepaalde maatregelen die een aanzienlijke vermindering van de duur van de straf die moest worden ondergaan met zich meebrengen en waarbij de rechter geen appreciatiebevoegdheid meer heeft, worden beschouwd als maatregelen die de straf zoals bedoeld in artikel 7 EVRM herdefiniëren. De discussies die in het verleden in België zijn gerezen hadden veeleer te maken met een verzwaring van de strafuitvoering.

Een voorbeeld is de wet van 26 april 2007 betreffende de terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank. Veroordeelden die voor de inwerkingtreding van de wet reeds ter beschikking van de regering waren gesteld, worden door deze wet zonder meer ter beschikking van de strafuitvoeringsrechtbank gesteld. Van een echte overgangsregeling is geen sprake. Artikel 12 Wet Terbeschikkingstelling Strafwitvoeringsrechtbank stelt enkel: ‘Bij de inwerkingtreding van deze wet worden de dossiers van de ter beschikking van de regering gestelden waarin de minister van Justitie hetzij een beslissing tot internering, hetzij een beslissing tot invrijheidstelling op proef heeft genomen ambtshalve en zonder kosten ingeschreven op de algemene rol van de strafuitvoeringsrechtbanken. De minister maakt de dossiers over aan de griffier van de bevoegde strafuitvoeringsrechtbank (...)’. Het Hof van Cassatie (Cass. 17 april 2012, TGR 2012, 347-348) leidde uit deze bepaling af dat vanaf 1 januari 2012 de strafuitvoeringsrechtbanken uitsluitend bevoegd zijn met betrekking tot de uitvoering van de terbeschikkingstelling. De omstandigheid dat de Wet Terbeschikkingstelling Strafwitvoeringsrechtbank de mogelijkheid tot aanvraag tot invrijheidstelling door de ter beschikkinggestelde heeft afgeschaft en vervangen door voor een van zijn vrijheid benomen terbeschikkinggestelde qua termijn minder gunstige procedure, doet hieraan volgens het Hof van Cassatie geen afbreuk.

De wetgever heeft nochtans wel (...) de in 2013 de toepassing van de wetgeving met betrekking tot de verstrenging van de tijdsdrempels voor voorwaardelijke invrijheidstelling uitdrukkelijk beperkt voor veroordelingen van na de inwerkingtreding van de wet. Artikel 21, lid 1 van de wet van 17 maart 2013 stelt immers dat: ‘de artikelen (...) zijn van toepassing op de veroordelingen die in kracht van gewijsde zijn getreden na de inwerkingtreding van deze wet’. (Zie hierover b.v. B. GROOTAERT, « De

⁵² Omdat een definitief opgelegde terbeschikkingstelling pas ingaat na het verstrijken van de – vaak erg lange – vrijheidsstraffen, is het mogelijk dat een terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank pas ingaat lange tijd na de inwerkingtreding van de nieuwe wet.

(on)toelaatbaarheid van de retroactieve toepassing van de strengere strafwet inzake de uitvoering van de straf (noot onder EHRM 21 oktober 2013, NC 2014, 194-206).

Tenslotte dient opgemerkt te worden dat het toekomstige Boek II mogelijk zal zwaardere hoofdstraffen voorzien voor misdrijven die thans in aanmerking komen voor de oplegging van de bijkomende straf van de terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank.”

In het genoemde arrest *Del Río Prada* oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens onder meer wat volgt:

“88. La Cour tient à souligner que le terme ‘infligé’ figurant à la seconde phrase de l’article 7 § 1 ne saurait être interprété comme excluant du champ d’application de cette disposition toutes les mesures pouvant intervenir après le prononcé de la peine. Elle rappelle à cet égard qu’il est d’une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d’une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoires (*Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], n° 27765/09, § 175, CEDH 2012, et *Scoppola*, précité, § 104).

89. Au vu de ce qui précède, la Cour n’exclut pas que des mesures prises par le législateur, des autorités administratives ou des juridictions après le prononcé d’une peine définitive ou pendant l’exécution de celle-ci puissent conduire à une redéfinition ou à une modification de la portée de la ‘peine’ infligée par le juge qui l’a prononcée. En pareil cas, la Cour estime que les mesures en question doivent tomber sous le coup de l’interdiction de la rétroactivité des peines consacrée par l’article 7 § 1 in fine de la Convention. S’il en allait différemment, les États seraient libres d’adopter – par exemple en modifiant la loi ou en réinterprétant des règles établies – des mesures qui redéfiniraient rétroactivement et au détriment du condamné la portée de la peine infligée, alors même que celui-ci ne pouvait le prévoir au moment de la commission de l’infraction ou du prononcé de la peine. Dans de telles conditions, l’article 7 § 1 se verrait privé d’effet utile pour les condamnés dont la portée de la peine aurait été modifiée *a posteriori*, et à leur détriment. La Cour précise que pareilles modifications doivent être distinguées de celles qui peuvent être apportées aux modalités d’exécution de la peine, lesquelles ne relèvent pas du champ d’application de l’article 7 § 1 in fine.

90. Pour se prononcer sur la question de savoir si une mesure prise pendant l’exécution d’une peine porte uniquement sur les modalités d’exécution de celle-ci ou en affecte au contraire la portée, la Cour doit rechercher au cas par cas ce que la ‘peine’ infligée impliquait réellement en droit interne à l’époque considérée ou, en d’autres termes, quelle en était la nature intrinsèque. Ce faisant, elle doit notamment avoir égard au droit interne dans son ensemble et à la manière dont il était appliqué à cette époque (*Kafkaris*, précité, § 145).”⁵³

Bij de stelligheid van de *a contrario*-redenering van de gemachtigde past voorbehoud. Er dient immers op te worden gewezen dat het geval waarover het arrest *Del Río Prada* handelde, verschilt van het hier besproken geval. Het arrest betrof immers de voorzienbaarheid van een tijdens de uitvoering van een lange vrijheidsstraf ontstane ommekeer in de rechtspraak over de betrokken maatregel zelf, die als feitelijk gevolg had dat de straf(uitvoering) in het concrete geval aanzienlijk werd verzwakt. Het besproken geval gaat over de vraag of de afschaffing van een (bijkomende) straf na de definitieve strafoplegging gevolgen

⁵³ EHRM (Grote Kamer) 21 oktober 2013, *Del Río Prada t. Spanje*. Vgl. EHRM (Grote Kamer) 12 februari 2008, *Kafkaris t. Cyprus*.

moet hebben op definitief uitgesproken straffen. Over de impact van zo een afschaffing op de nog lopende (definitieve) straffen heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich nog niet uitdrukkelijk principieel uitgesproken. Anderzijds blijkt wel dat men bij de toetsing aan artikel 7 van het Europees Verdrag over de rechten over de mens niet steeds abstractie mag maken van (onder meer) wettelijke maatregelen die tot stand zijn gekomen na de definitieve uitspraak over de straf.⁵⁴

Bij de beantwoording van de gestelde vraag moet ook rekening worden gehouden met arrest 160/2013⁵⁵ van het Grondwettelijk Hof, waarin het volgende is beslist:

“B.9. Bij gebrek aan specifieke overgangsbepalingen voor strafrechtelijk veroordeelde personen die vóór de inwerkingtreding van de wet van 26 april 2007 ter beschikking van de regering waren gesteld en die, indien zij na 1 januari 2012 zouden zijn veroordeeld, onder de gelding van de nieuwe wetgeving niet meer ter beschikking van de strafuitvoeringsrechtbank zouden kunnen worden gesteld, worden die personen niettemin ter beschikking van de strafuitvoeringsrechtbank gesteld.

B.10.1. Volgens een fundamenteel beginsel van onze rechtsorde, kunnen rechterlijke beslissingen niet worden gewijzigd dan ingevolge de aanwending van rechtsmiddelen.

B.10.2. Aan dat beginsel wordt geen afbreuk gedaan door de invoering van een mildere strafwet. De terugwerkende kracht van zulk een wet geldt enkel in zoverre er geen strafrechtelijke einduitspraak is. Is de strafrechtelijke beslissing onherroepelijk geworden, dan kan de opgelegde straf worden uitgevoerd, ook al zou de strafwet inmiddels milder geworden zijn.

B.10.3. In die zin werd in de parlementaire voorbereiding van de wet van 26 april 2007 aangegeven dat de terbeschikkingstellingen met een duur van 20 jaar zullen worden voortgezet op basis van die termijn, en dat personen die veroordeeld zijn tot een terbeschikkingstelling zich bij genademaatregel zullen kunnen beroepen op de meest gunstige strafbepaling die de maximumtermijn terugbrengt tot 15 jaar (Parl. St., Kamer, 2006-2007, DOC 51-2999/003, p. 16).

B.11. Aangezien de in het geding zijnde bepaling tot doel heeft de in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraken te eerbiedigen en te doen eerbiedigen, ligt aan haar een dwingende reden van algemeen belang ten grondslag en is ze derhalve redelijk verantwoord.”

De vraag rijst evenwel of dit arrest geheel in overeenstemming kan worden gebracht met de leer van het arrest *Del Río Prada* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens waaruit, zoals reeds is opgemerkt, blijkt dat bij de beoordeling van de conformiteit met artikel 7 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens niet in alle gevallen abstractie mag worden gemaakt van na de definitieve strafoplegging tot stand gekomen maatregelen. Weliswaar is het zo dat de wetgever niet rechtstreeks definitieve rechterlijke beslissingen ongedaan kan maken, maar de vraag rijst of, zeker in het raam van de strafuitvoering waar de strafuitvoeringsrechtbank reeds uitgebreide bevoegdheden bezit die kunnen worden uitgeoefend

⁵⁴ EHRM (Grote Kamer) 21 oktober 2013, *Del Río Prada t. Spanje*, § 88.

⁵⁵ GwH 21 november 2013, nr. 160/2013. Al dateert het arrest van het Grondwettelijk Hof van na het arrest *Del Río Prada*, heeft het Grondwettelijk Hof gelet op het geringe tijdsverloop tussen beide arresten allicht geen rekening kunnen houden met dat laatste arrest, dat in arrest 160/2013 alvast niet wordt vermeld.

na de strafoplegging, aan een rechter niet de bevoegdheid kan worden gegeven om uitspraak te doen over de gevolgen van de afschaffing van een straf op de lopende straffen.

Volledigheidshalve kan in dit verband ook worden gewezen op een recent arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat wel expliciet over de toepassing van later tot stand gekomen mildere strafwetten op definitieve straffen handelt,⁵⁶ maar waar het Hof het vraagstuk niet op een definitieve wijze heeft beslecht, maar vooral steunt op de eigenheden van het betrokken nationale rechtssysteem om op een andere grond tot een schending van de artikelen 7 en 14 van het Europees verdrag over de rechten van de mens te besluiten.

In ieder geval verdient het aanbeveling dat de wetgever uitdrukkelijk stelling zou innemen omtrent de vraag wat het lot moet zijn van de definitief uitgesproken, maar op het moment van de afschaffing van de terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank nog niet of nog niet volledig uitgevoerde terbeschikkingstellingen. Onder voorbehoud van andersluidende beslissingen van de hoogste rechtscolleges, lijkt het hierbij raadzaam een rechter te laten beslissen over het lot van de uitgesproken terbeschikkingstellingen (via het creëren van een bijzonder rechtsmiddel gelet op overweging B.10.1 van arrest 160/2013 van het Grondwettelijk Hof). Ook dient te worden nagegaan of de maximumduur van de nieuwe vrijheidsstraffen niet de bovengrens voor het behoud van de terbeschikkingstelling zou moeten vormen.

Artikel 4 OSw

36. Het opschrift bij het ontworpen artikel 4 zou beter luiden “Territoriale toepassing van de strafwet” in plaats van “Toepassing van de strafwet in de ruimte”.

37. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan welke overlappings er zijn tussen het ontworpen artikel 4 en de artikelen 6 en volgende van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, waarbij erover moet worden gewaakt alle bepalingen van materieel strafrecht in het Strafwetboek op te nemen.⁵⁷

38. In het ontworpen artikel 4, derde lid, wordt beter geschreven “Het misdrijf is op het Belgische grondgebied gepleegd” in plaats van “Het misdrijf wordt geacht op het grondgebied van het Rijk te zijn gepleegd”. Het gaat er immers om te bepalen wanneer een misdrijf in België is gepleegd, en niet om gevallen van gelijkstelling met deze situatie te bepalen.

39. In het ontworpen artikel 4, derde lid, is er een discordantie tussen de Nederlandse en de Franse tekst, waar in de Nederlandse tekst gewag wordt gemaakt van “daadwerkelijk”, en in de Franse tekst van “matériellement”. Die laatste term past in ieder geval niet met betrekking

⁵⁶ EHRM 12 januari 2016, *Gouarré Patte t. Andorra*.

⁵⁷ In dit opzicht kan de optie om de opsomming van de gevallen van extraterritorialiteit te behandelen in de bepalingen met betrekking tot de strafrechtspleging (zie memorie van toelichting, commentaar bij artikel 4, *in fine*) niet worden bijgevalen: de vraag naar de gelding van het Belgische strafrecht is een vraag van materieel strafrecht; enkel procedurele voorwaarden, zoals de verplichte tussenkomst van de federale procureur, dienen derhalve in het raam van de strafprocedure te worden geregeld.

tot het schuldbestanddeel bedoeld in het ontworpen artikel 8. Los daarvan rijst de vraag wat de meerwaarde is van het hanteren van de genoemde termen.⁵⁸ Het ontworpen artikel 4, derde lid, dient op dit vlak te worden herbekeken.

40. In de memorie van toelichting wordt vooropgesteld dat indien het misdrijf uit een onthouding⁵⁹ bestaat, het wordt geacht te zijn gepleegd op de plaats waar aan de niet-nageleefde verplichting tot handelen had moeten worden voldaan. Die regel wordt het best ook in het ontworpen artikel 4 uitgedrukt.

41. Er wordt het best verduidelijkt of het ontworpen artikel 4, derde lid, wanneer het gaat om misdrijven waarbij het intreden van een bepaald gevolg deel uitmaakt van de misdrijfomschrijving, ook van toepassing is wanneer dat gevolg plaatsvindt op het Belgische grondgebied.

Artikel 5 OSw

42. Luidens het ontworpen artikel 5 moet de strafwet restrictief worden geïnterpreteerd en kan ze niet bij analogie worden toegepast. De vraag rijst of die interpretatieregels niet al te ongenueanceerd zijn geformuleerd en zodoende de bedoeling van de stellers van het ontwerp wel correct weergeven.

Enerzijds geldt, zoals ook in de memorie van toelichting in herinnering wordt gebracht en door de gemachtigde wordt bevestigd, het verbod van analogische interpretatie enkel wanneer die interpretatie in het nadeel van de beschuldigde of de beklaagde is, maar niet wanneer ze hem tot voordeel strekt.

Anderzijds dient ook de regel van de strikte interpretatie te worden genuanceerd.

Zoals ook in de memorie van toelichting wordt aangegeven, is een evolutieve interpretatie van de strafwet niet verboden.⁶⁰

In de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt weliswaar geoordeeld dat het legaliteitsbeginsel in strafzaken “commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, par exemple par analogie” en dat “une infraction doit être clairement définie par le droit”, maar daar wordt onmiddellijk aan toegevoegd dat het laatste vereiste is vervuld wanneer de burger “peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux et d'un avis

⁵⁸ In de rechtspraak van het Hof van Cassatie komen zij niet voor (zie bijv.: Cass. 23 januari 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 575; Cass. 24 januari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 167), en evenmin in het Franse Strafwetboek.

⁵⁹ In de Nederlandse tekst van het ontwerp worden de termen “nalaten” of “verzuim” gehanteerd. Over de noodzaak van een uniforme terminologie, zie opmerking 26.

⁶⁰ Zie ook L. ARNOU, “De teleologische wetsinterpretatie als baken voor de rechtstoepassing in het strafrecht: over Hell's Angels en privé-milities”, in F. VERBRUGGEN e.a. (eds.), *Strafrecht als roeping. Liber Amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, 11-30.

juridique éclairé, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale”⁶¹, waarbij wordt geoordeeld dat “il existe immanquablement un élément d’interprétation judiciaire” omdat het altijd noodzakelijk zal zijn “[d’]élucider les point douteux *et [de] s’adapter aux changements de situation*”⁶², waaraan het volgende werd toegevoegd:

“155. (...) D’ailleurs il est solidement établi dans la tradition juridique des États parties à la Convention que la jurisprudence contribue nécessairement à l’évolution progressive du droit pénal. On ne saurait interpréter l’article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l’interprétation judiciaire d’une affaire à l’autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l’infraction et raisonnablement prévisible (S.W. c. Royaume-Uni, 22 novembre 1995, § 36, série A no 335-B, C.R. c. Royaume-Uni, 22 novembre 1995, § 34, série A n° 335-C, Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne [GC], n^{os} [34044/96](#), [35532/97](#) et [44801/98](#), § 50, CEDH 2001-II, K.-H.W. c. Allemagne, précité, § 45, Jorgic c. Allemagne, n° [74613/01](#), § 101, CEDH 2007-III, et Kononov, précité, § 185).”⁶³

In andere arresten luidt het als volgt:

“Aussi clair que le libellé d’une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d’interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s’adapter aux changements de situation. D’ailleurs il est solidement établi dans la tradition juridique du Royaume-Uni comme des autres Etats parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l’évolution progressive du droit pénal. On ne saurait interpréter l’article 7 (art. 7) de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l’interprétation judiciaire d’une affaire à l’autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l’infraction et raisonnablement prévisible.”⁶⁴

en

“92. En raison même du caractère général des lois, le libellé de celles-ci ne peut pas présenter une précision absolue. L’une des techniques-types de réglementation consiste à recourir à des catégories générales plutôt qu’à des listes exhaustives. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l’interprétation et l’application dépendent de la pratique (Kokkinakis, précité, § 40, et Cantoni, précité, § 31). Dès lors, dans quelque système juridique que ce soit, aussi clair que le libellé d’une disposition légale puisse être, y compris une disposition de droit pénal, il existe inévitablement un élément d’interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s’adapter aux changements de situation. En outre, la certitude, bien que hautement souhaitable, s’accompagne parfois d’une rigidité excessive ; or, le droit doit savoir s’adapter aux changements de situation (Kafkaris, précité, § 141).

93. La fonction de décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l’interprétation des normes (ibidem). D’ailleurs, il

⁶¹ EHRM 11 februari 2016, *Dallas t. Verenigd Koninkrijk*, § 69; EHRM 24 januari 2017, *Koprivnikar t. Slovenië*, §§ 46-47.

⁶² EHRM 27 januari 2015, *Rohlena t. Tsjechië*, § 92; EHRM 1 september 2016, *X en Y t. Frankrijk*, § 55.

⁶³ EHRM (Grote Kamer) 20 oktober 2015, *Vasiliauskas t. Litouwen*. In dezelfde zin EHRM (Grote Kamer) 17 mei 2010, *Kononov t. Letland*, § 155.

⁶⁴ EHRM 22 november 1995, *S.W. t. Verenigd Koninkrijk*, § 36; EHRM 22 november 1995, *C.R. t. Verenigd Koninkrijk*, § 34; EHRM 22 maart 2001, *Streletz, Kessler en Krenz t. Duitsland*, § 50.

est solidement établi dans la tradition juridique des États parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal (Kruslin c. France, 24 avril 1990, § 29, série A no 176-A). On ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible (S.W. c. Royaume-Uni, précité, § 36, et C.R. c. Royaume-Uni, précité, § 34, Streletz, Kessler et Krenz, précité, § 50, K.-H.W. c. Allemagne [GC], n° [37201/97](#), § 85, 22 mars 2001, Korbely c. Hongrie [GC], n° [9174/02](#), § 71, CEDH 2008, et Kononov c. Lettonie [GC], no [36376/04](#), § 185, CEDH 2010). L'absence d'une interprétation jurisprudentielle accessible et raisonnablement prévisible peut même conduire à un constat de violation de l'article 7 à l'égard d'un accusé (voir, pour ce qui est des éléments constitutifs de l'infraction, Pessino c. France, n° [40403/02](#), §§ 35-36, 10 octobre 2006, et Dragotoni et Militaru-Pidhorni c. Roumanie, n° [77193/01](#) et [77196/01](#), §§ 43-44, 24 mai 2007 ; voir, pour ce qui est de la peine, Alimuçaj c. Albanie, n° [20134/05](#), §§ 154-162, 7 février 2012). S'il en allait autrement, l'objet et le but de cette disposition – qui veut que nul ne soit soumis à des poursuites, condamnations ou sanctions arbitraires – seraient méconnus.”⁶⁵

In dezelfde lijn aanvaardde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat “en raison de la nécessité d'éviter une rigidité excessive et de s'adapter aux changements de situation”, wetten min of meer vage formules kunnen bevatten waarvan de draagwijdte kan worden verduidelijkt door de rechtspraak waarbij kan worden voorbijgegaan aan de letterlijke formulering van de wettekst,⁶⁶ en dat door rechterlijke interpretatie de libellering van de wettekst kan worden aangepast naargelang de evolutie van de omstandigheden.”⁶⁷

De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, hoewel in zijn principiële formulering enigszins strikter,⁶⁸ luidt niet anders, nu erin ruimte wordt geboden aan een beoordelingsvrijheid voor de rechter teneinde de strafwetten te kunnen toepassen op “de uiteenlopende situaties waarop ze van toepassing zijn” en ze te kunnen aanpassen aan “de evolutie van de gedragingen die zij bestraffen”.⁶⁹

Ook het Hof van Cassatie gaat uit van deze benadering. Het voegt aan de hiervoor weergegeven overwegingen toe dat de beoordelingsvrijheid van de rechter mede wordt bepaald door de complexiteit van de te regelen materie en het fundamentele karakter van het te beschermen rechtsgoed, die een grotere marge voor de rechter kunnen verantwoorden, en dat bij de beoordeling van de redelijke voorzienbaarheid (die een grens vormt ten aanzien van de interpretatieruimte van de rechter) onder meer rekening mag worden gehouden met “de

⁶⁵ EHRM (Grote Kamer) 21 oktober 2013, *Del Rio Prada t. Spanje*.

⁶⁶ EHRM 24 mei 1988, *Müller e.a. t. Zwitserland*, § 29.

⁶⁷ EHRM 8 juli 1999, *Başkaya and Okçuoglu t. Turkije*, § 39; EHRM 7 februari 2002, *E.K. t. Turkije*, § 52.

⁶⁸ J. ROZIE, “Beklaagde alwetend. Over het criterium van de redelijke voorzienbaarheid als maatstaf van het *lex certa*-principe in strafzaken”, *RW* 2012-13, (802), 807-808.

⁶⁹ Zie bijv.: GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.18.1; GwH 28 februari 2013, nr. 20/2013, B.8; GwH 5 december 2013, nr. 163/2013, B.9.3; GwH 26 maart 2015, nr. 41/2015, B.12; GwH 21 mei 2015, nr. 61/2015, B.3.1; GwH 17 september 2015, nr. 110/2015, B.3.3; GwH 29 oktober 2015, nr. 153/2015, B.3.3; GwH 14 januari 2016, nr. 1/2016, B.5.3; GwH 18 februari 2016, nr. 25/2016, B.18.2; GwH 25 mei 2016, nr. 72/2016, B.5.1.

interpretatie van de strafbepaling in het licht van de doelstellingen van de wetgever en de wetsgeschiedenis”.⁷⁰ In een ander arrest was het Hof van Cassatie van oordeel dat “de rechter de strafwet niet altijd [moet] uitleggen in een zin die gunstig is voor de vervolgte persoon. Alleen wanneer de rechter er niet in slaagt de geest van de wet te doorgronden, zodat die onzeker blijft, moet hij de wet uitleggen in de voor de beklaagde meest gunstige zin. Ofschoon de analogische toepassing van de strafwetten verboden is, volgt daaruit niet dat de rechter, bij de interpretatie ervan, de in de wet gebruikte bewoordingen altijd in de meest enge betekenis dient op te vatten. Hij dient aan die bewoordingen alleen de betekenis te geven die de wetgever eraan heeft willen toekennen.”⁷¹

Ook in een groot deel van de rechtsleer wordt het principe van de strikte interpretatie in twijfel getrokken⁷² of in min of meerdere mate genuanceerd.⁷³

In het voorontwerp van de Commissie voor de herziening van het Strafwetboek (de commissie Legros), waarnaar in de memorie van toelichting wordt verwezen, worden in verband met de “strikte” interpretatie de volgende nuanceringen aangebracht:

“(…)

a) de strikte interpretatie geschiedt in verband met de wil van de wetgever, op redelijke wijze begrepen en niet door uitlegging van de woorden:

(…)

c) twijfel werkt in het voordeel van de beschuldigde of de beklaagde, wanneer hij de feiten betreft (...) Slaat hij op de toepassing van de wet, dan moet de rechter evenwel de zin die aan die tekst moet gegeven worden, nagaan en bevestigen”.⁷⁴

Het opnemen van dergelijke interpretatieregels is van essentieel belang om de juiste draagwijdte van het ontworpen artikel 5 te onderkennen. Dat artikel dient dan ook in het licht van de bedoeling van de stellers van het ontwerp te worden herzien.

⁷⁰ Cass. 29 november 2011, *Arr.Cass.* 2011, 2444, concl. adv.-gen. TIMPERMAN; Cass. 22 mei 2012, P.11.1723.N, *RW* 2012-13, 819, concl. eerste adv.-gen. M. DE SWAEF.

⁷¹ Cass. 22 februari 2012, P.11.1809.F, concl. procureur-generaal J.-F. LECLERCQ.

⁷² A. DE NAUW en F. DERUYCK, *o.c.*, pp. 19-20, nr. 42; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1989- 90, 119-123.

⁷³ CH. HENNAU en J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Brussel, Bruylant, 2003, 101-110; F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, Brussel, Larcier, 2009, 232-240; Ch. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET en S. VANDROMME, *o.c.*, 83, 85 en 86; F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 270-271 en 274-276; zie ook J. ROZIE, *l.c.*, 802-817; anders D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, Brussel, la Chartre, 2015, 35-37.

⁷⁴ R. LEGROS, *Beschouwingen van de commissie over het voorontwerp van Strafwetboek*, Brussel, Ministerie van Justitie, 1986, 38.

Hoofdstuk 2 – Misdrijf

Afdeling 1 – Bestanddelen van het misdrijf

Artikel 6 OSw

43. Het ontworpen artikel 6 draagt hetzelfde opschrift als de afdeling waarin dat artikel is ondergebracht, en wordt daarom beter gewijzigd in “Algemeen” of “Definitie van het misdrijf”.

44. Het ontworpen artikel 6, eerste lid,⁷⁵ dient te worden geïntegreerd in het nieuwe artikel 1. Dienaangaande wordt verwezen naar opmerking 19.

Artikel 7 OSw

45. Het materiële bestanddeel van het misdrijf kan ook bestaan uit het intreden van een gevolg, wat in het ontworpen artikel 7 tot uiting zou moeten komen. Ook dient er in dat artikel rekening mee te worden gehouden dat ook rechtsfeiten (bijvoorbeeld de leeftijd van het slachtoffer bij bepaalde seksuele delicten of het toebehoren van een zaak aan iemand anders bij diefstal) een bestanddeel van het misdrijf kunnen zijn.

Artikel 8 OSw

46. Het ontworpen artikel 8 bevat nadere regels inzake het schuldbestanddeel. Dit artikel roept een aantal vragen op, waarbij het de Raad van State niet duidelijk is of alle consequenties en de onderlinge samenhang of de samenhang met andere bepalingen van de ontworpen regeling voldoende ingeschat zijn.

46.1. De stellers van het ontwerp hanteren bij de indeling van de schuldbestanddelen een mengeling van het bestaande recht en van de leer van Legros.

De klassieke leer, waarvan het eerste lid van het ontworpen artikel 8 lijkt uit te gaan, vereist hetzij opzet, hetzij *culpa* (fout of onachtzaamheid). Die visie gaat terug op J.J. Haus, een van de auteurs van het Strafwetboek van 1867. Ze betekent dat er bij het stilzwijgen van de wetgever nog steeds opzet of schuld vereist is: “*Un fait purement matériel, un acte qui ne peut être imputé ni au dol, ni à la faute de l’auteur ne constitue ni crime, ni délit, ni contravention.*”⁷⁶ Volgens deze klassieke leer mogen noch opzet, noch onachtzaamheid worden vermoed, maar moeten ze worden bewezen. Niets belet echter de rechter het bestaan af te leiden uit de feiten zelf, wanneer daaruit de schuld vanzelf blijkt.

⁷⁵ Waar overigens in de Nederlandse tekst dient te worden geschreven “Er is slechts een misdrijf zo ...” in plaats van “Opdat er sprake zou zijn van een misdrijf moet ...”.

⁷⁶ Titre X – Des contraventions, II, Exposé des motifs, in J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou commentaire et complément du code pénal belge*, III, Brussel, Bruylant, 1868, 771, nr. 3.

Het voorstel van professor Legros, die als Koninklijk Commissaris in 1985 een aantal van de stellingen uit zijn proefschrift uit 1952 over *L'élément moral dans les infractions* hernam, lijkt echter ook gedeeltelijk te worden overgenomen. Legros was van mening dat algemeen opzet een nutteloos begrip is, dat moet verdwijnen. Ook vormen en graden van opzet (bijzonder, eventueel opzet, ...) zijn volgens hem nutteloze en kunstmatige begrippen die moeten worden verlaten.⁷⁷ De schuld bestaat in de totstandkoming van het strafbare feit, in de niet-gerechtvaardigde overtreding van de strafwet zelf. In de wet moeten enkel de gevallen worden verduidelijkt waarvoor een bijzonder opzet is vereist of waarvoor onvoorzichtigheid volstaat.

In het ontworpen artikel 8, tweede lid, lijkt onder het tweede streepje (lees: 2°), het algemeen opzet te worden vereist, zoals dat in de ons omringende landen de norm is. De combinatie van “*het wetens en willens aannemen van het strafbaar gestelde gedrag*” met het laatste lid, dat bepaalt dat “[d]e loutere wil en kennis, kenmerkend voor het vrije gedrag, worden steeds vermoed aanwezig te zijn, behoudens rechtvaardiging, schuldonthefing of niet-toerekeningsvatbaarheid”, verwijst evenwel naar de leer van professor Legros.

Ook het derde streepje (lees: 3°) verwijst naar de leer van de materiële inbreuken. De gemachtigde verklaarde in dit verband:

“L’avant-projet et l’exposé des motifs sont très clairs (...) : Toute infraction requiert le constat d’un élément fautif (voy. les articles 6 et 8). Comme le précise l’exposé des motifs, la faute (aussi légère soit elle) consiste ici dans le fait que l’agent n’a pas respecté le prescrit légal. Sur le plan de l’administration de la preuve, la preuve de la faute résulte du constat que, sans justification, l’agent n’a pas respecté le prescrit légal et que, ce faisant, il a commis une faute (L. KENNES, D. VANDERMEERSCH et A. WEYEMBERG, ‘L’élément fautif comme élément subjectif de l’infraction : tentative de clarification des notions’, in C. GUILLAIN, P. JADOUL et J.-F. GERMAIN (s.l.d.), Questions spéciales en droit pénal, 58).”

Volgens de stellers van het ontwerp is de aanwezigheid van schuld derhalve wel nodig, maar is die bewezen doordat het objectieve gedrag is gesteld. Enkel een rechtvaardigingsgrond, een schuldonthefingsgrond of een strafonthefende verschoningsgrond (die de verdachte moet aanvoeren) kan nog voor niet-strafbaarheid zorgen.

Zoals verder wordt opgemerkt, moet in het ontworpen artikel duidelijker tot uiting worden gebracht welk schuldbestanddeel als algemene regel wordt beschouwd, en welke vormen van schuld uitdrukkelijk moeten worden bepaald. Het louter naast elkaar plaatsen in de wettekst van de twee beschreven verschillende benaderingen is niet voldoende duidelijk.

46.2. Uit het ontworpen artikel 8 (opzetvermoeden), gelezen in samenhang met het ontworpen artikel 22 (onoverkomelijkheid van dwaling om schuldonthefend te werken) blijkt dat zelfs wie dwaalt over wezenlijke bestanddelen van het misdrijf, strafbaar zal blijven voor een *opzettelijk* misdrijf als die dwaling niet onoverkomelijk was.

De gemachtigde heeft dit uitdrukkelijk bevestigd:

“Conformément à l’article 22 de l’avant-projet, seule l’erreur invincible est retenue. L’exposé des motifs est explicite sur cette question : Il suffit de constater que

⁷⁷ R. LEGROS, *Voorontwerp van strafwetboek*, Brussel, Uitgaven van het Belgisch Staatsblad, 1985, 101.

l'agent a adopté, dans les faits, le comportement fautif, c'est-à-dire celui interdit par la loi pénale 'étant entendu cependant que l'auteur est mis hors cause lorsque la force majeure, l'erreur invincible ou une autre cause exclusive de culpabilité est démontrée ou à tout le moins n'est pas dépourvue de crédibilité'."

De Raad van State wijst erop dat deze keuze afwijkt van wat in de meeste ons omringende landen het geval is, namelijk dat dwaling opzetteloos kan werken zelfs als ze overkomelijk is. Gelet op het gegeven dat ook bij overkomelijke dwaling het opzet feitelijk niet bestond, maar volgens de stellers van het ontwerp wettelijk toch moet worden vermoed, rijst de vraag of deze regeling als redelijk en evenredig kan worden beschouwd.

46.3. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of er moet worden voorzien in de bijkomende categorie van het "eventuele opzet" (ook het indirecte of mogelijke opzet geheten), dat erin bestaat dat de dader de handeling of het verzuim wil, zonder uitdrukkelijk de gevolgen ervan te willen, maar zijn wil doordrijft ondanks het feit dat hij voorziet dat het mogelijk of soms zelfs waarschijnlijk is dat een bepaald gevolg intreedt.⁷⁸

47. Het ontworpen artikel 8 mist duidelijkheid en coherentie.

47.1. Het ontworpen artikel 8, tweede lid, bevat slechts een opsomming van de mogelijke schuldbestanddelen, zonder dat wordt bepaald wat de algemene regel is.⁷⁹ Die lacune dient te worden verholpen, waarbij in voorkomend geval dient te worden aangegeven of op dit vlak een onderscheid bestaat tussen de misdrijven die zijn opgenomen in het (te herziene) Boek 2 van het Strafwetboek en misdrijven die zijn omschreven in de bijzondere straffenwetten.⁸⁰

47.2. De verhouding tussen het tweede en het derde lid van het ontworpen artikel 8 is niet duidelijk. Aan de gemachtigde werd gevraagd hoe volgens artikel 8, derde lid, de wil en de kennis steeds vermoed kunnen worden aanwezig te zijn, terwijl het bijzonder opzet en het wetens en willens aannemen van het strafbaar gestelde gedrag volgens de memorie van toelichting door de vervolgende partij bewezen moet worden. De gemachtigde antwoordde als volgt:

"L'élément fautif (dénommé aussi 'Elément moral' ou 'Elément intentionnel') est un des questions qui suscitent, en droit pénal, le plus de difficultés et de discussion.

L'article 8 pose d'abord le principe généralement admis suivant lequel toute infraction requiert l'existence d'un élément fautif (sans faute, il n'y a pas d'infraction).

Ensuite l'alinéa 2 de l'article 8 énumère les quatre types d'éléments fautifs qui peuvent caractériser une infraction (il revient au législateur, lorsqu'il incrimine un comportement, de déterminer quel est l'élément fautif retenu ; s'il le fait de façon implicite, c'est à la jurisprudence d'interpréter la loi à cet égard). Comme il s'agit d'un élément constitutif de l'infraction, il revient au ministère public, comme déjà actuellement, d'apporter la preuve de l'existence de l'élément fautif de l'infraction.

L'alinéa 3 ne concerne pas directement les éléments fautifs énumérés à l'alinéa 2 ou l'un d'entre eux mais se réfère de façon générale aux causes générales (extérieure) qui

⁷⁸ Zie L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, o.c., 255-256, die pleiten voor een wettelijke verduidelijking.

⁷⁹ In rechtsvergelijkend opzicht lijken de meeste wetboeken te bepalen dat opzet de norm is voor strafbaarheid en dat de strafbaarheid van onachtzaam gedrag de uitzondering vormt.

⁸⁰ Zie ook Commissie voor de Herziening van het Strafwetboek, *Verslag over de voornaamse grondslagen voor de hervorming*, Brussel, Ministerie van Justitie, 1979, 58.

peuvent exclure l'existence d'une faute dans l'agent (cause de justification, cause de non-imputabilité ou cause d'exemption de culpabilité). Autrement dit, le ministère public ne doit pas établir dans chacune des causes qui sont soumises au juge que le prévenu est bien sain d'esprit, qu'il n'a pas été victime d'une erreur invincible ou qu'il se trouvait en état de nécessité. C'est pourquoi il est indiqué qu'a priori, toute personne est censée agir librement (c'est-à-dire qu'elle est dotée d'une capacité de volonté et de connaissance). A cet égard, l'alinéa 3 se conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation : lorsqu'un prévenu invoque une cause de justification ou une cause de non-imputabilité, il ne doit certes pas en prouver l'existence, mais il lui revient d'établir que son allégation n'est pas dénuée de tout crédit (Cass., 5 janvier 2016, RG P.15.1203.N). Dans ce cadre, il lui appartient de fournir au juge les éléments de nature à rendre son allégation crédible (Cass., 24 février 2010, RG P.09.1614.F, Pas., 2010, n° 120) et il appartient au juge de décider sur la base des éléments de fait si la cause de justification invoquée par le prévenu n'est pas dépourvue de toute crédibilité. (Cass., 21 avril 1998, RG P.96.0727.N, Pas., 1998, n° 202).”

Het laatste lid van het ontworpen artikel 8 heeft aldus geen betrekking op de definiëring van het schuldbestanddeel. Volgens de gemachtigde heeft het betrekking op de algemene uitwendige oorzaken die het bestaan van een subjectief misdrijfbestanddeel uitsluiten (“causes générales (extérieures) qui peuvent exclure l'existence d'une faute dans [lees: dans le chef de] l'agent”). Uit de memorie van toelichting en de toelichting van de gemachtigde blijkt dat het derde lid vooral van belang is met het oog op de bewijslast.

Om dit duidelijker uit de tekst te laten blijken, alsook om het algemene karakter van het derde lid te verduidelijken, lijkt het raadzaam deze bepaling in een afzonderlijk artikel op te nemen.

47.3. Onverminderd de vorige opmerking dient erop te worden gewezen dat het voorhanden zijn van een rechtvaardigingsgrond geen verband houdt met het voorhanden zijn van “wil en kennis” inzake het misdrijf, zodat het ontworpen artikel 8, derde lid, in ieder geval niet accuraat is geformuleerd.

47.4. Om de gradatie tussen de verschillende vormen van schuld logisch weer te geven, dienen de bepalingen opgenomen onder het derde en het vierde streepje (lees: 3° en 4°) van het ontworpen artikel 8, tweede lid, onderling van plaats te wisselen.

47.5. De thans onder het derde streepje (lees: 3°) van het ontworpen artikel 8, tweede lid, beschreven categorie is volgens de memorie van toelichting van toepassing op zogenaamde reglementaire misdrijven. Behalve wanneer de wettekst het anders bepaalt, zouden de misdrijven ingesteld bij de bijzondere wetten tot de categorie van de zogenaamde reglementaire misdrijven behoren. De formulering van die misdrijven bevat, aldus de memorie van toelichting, in de regel enkel de omschrijving van het materieel bestanddeel van het misdrijf zonder specificering van een bijzonder schuldbestanddeel.

Uit de ontworpen bepaling blijkt dit alles evenwel niet uitdrukkelijk.

Nochtans is deze verduidelijking cruciaal om de draagwijdte van de bijzondere strafwetten (zowel de federale als die van de gemeenschappen en gewesten) te kennen. De gemachtigde verklaart in dit verband:

“Sauf lorsque le texte légal en dispose autrement, les infractions instituées par les lois particulières appartiennent à la catégorie des infractions dites réglementaires (F. KUTY, Principes généraux du droit pénal belge, I. La loi pénale, Bruxelles, Larcier, 2007, 412). La plupart des incriminations prévues par les législations régionales et communautaires sont donc des infractions dites réglementaires. La définition dans le Livre I^{er} de l'élément fautif propre à ce type d'infractions est de nature à apporter la clarté nécessaire pour une bonne perception de cet élément fautif.

Sans avoir fait des recherches à cet égard, il n'est pas exclu que certaines incriminations régionales ou communautaire vise un comportement par défaut de prévoyance ou de précaution. Si c'est le cas, il appartiendra au législateur des entités fédérées à décider s'il retient le défaut grave de prévoyance ou de précaution ou comme actuellement le défaut simple de prévoyance ou de précaution (qui inclut la culpa levissima).”

en

“Comme indiqué ci-dessus, sauf lorsque le texte légal en dispose autrement, les infractions instituées par les lois particulières appartiennent à la catégorie des infractions dites réglementaires. S'il veut prévoir un autre élément intentionnel, le législateur régional ou communautaire devra l'indiquer explicitement.”

Het verdient bijgevolg sterk aanbeveling in de wet uitdrukkelijk te bepalen op welke misdrijven het onder het derde streepje (lees: 3^o) van het ontworpen artikel 8, tweede lid, bedoelde schuldbestanddeel van toepassing is.

47.6. Wat betreft het onder het huidige vierde streepje (lees: 4^o) van het ontworpen artikel 8, tweede lid, opgenomen begrip “ernstig gebrek aan voorzorg of voorzichtigheid”, bevat de memorie van toelichting een discordantie waar eerst wordt vooropgesteld dat met het begrip wordt verwezen naar de gevallen van zware fout, en verderop dat met het begrip daarnaast ook wordt verwezen naar de gewoonlijke lichte fout. Die discordantie dient te worden weggewerkt. Voorts verdient het omwille van de rechtszekerheid en om beter te voldoen aan het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel aanbeveling deze explicitering van het begrip “ernstig” in het ontworpen artikel 8 op te nemen.

48. Onverminderd de voorafgaande opmerkingen, moeten in het ontworpen artikel enkele redactionele verbeteringen worden aangebracht.

48.1. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 8, eerste lid, schrijve men “bij de dader” in plaats van “in hoofde van de dader”.

48.2. De toevoeging “, overeenkomstig de bij wet bepaalde gevallen,” in de inleidende zin van het ontworpen artikel 8, tweede lid, heeft weinig meerwaarde en wordt dan ook beter weggelaten.

48.3. Op de vraag waarom enkel in het ontworpen artikel 8, tweede lid, derde streepje (lees: 3°), gewag wordt gemaakt van een mogelijke rechtvaardigingsgrond (“zonder rechtvaardiging”) antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“C’est dans un souci de précision pour bien indiquer que la faute résulte du constat que, sans justification, l’agent n’a pas respecté le prescrit légal (on aurait pu y ajouter sans cause d’exemption de culpabilité ou de non imputabilité mais cela alourdit le texte). En revanche, l’exposé des motifs est explicité sur ce point. Sur le plan de la preuve de cet élément fautif, la partie poursuivante peut se borner à établir, sans plus, le comportement fautif, à savoir le fait que l’agent n’a pas respecté le prescrit légal. Ce n’est que si l’agent invoque une cause de justification, une cause d’exemption de culpabilité ou encore une cause de non-imputabilité, non dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit, que le ministère public ou la partie civile devra, en outre, en prouver l’inexactitude.”

Het is evenwel verwarrend, enerzijds, enkel te refereren aan de rechtvaardigingsgronden, terwijl de schuldontheffingsgronden en de gronden van niet-toerekeningsvatbaarheid evenzeer van toepassing zijn, en, anderzijds, dit enkel te doen met betrekking tot één enkel mogelijk schuldbestanddeel.

Artikel 9 OSw

49. Aangezien de verhoging van de bestraffing met één of meer niveaus een wezenskenmerk is van het verzwarende bestanddeel,⁸¹ is het niet adequaat te schrijven dat de wet erin *kan* voorzien dat het misdrijf met een straf van één of meer niveaus hoger wordt bestraft *wanneer* één of meer verzwarende bestanddelen worden vastgesteld. Er dient veeleer te worden geschreven dat de wet kan voorzien in omstandigheden, verzwarende bestanddelen genoemd, die tot gevolg hebben dat het misdrijf met een straf van een of meer niveaus hoger wordt bestraft.

50. In het ontworpen artikel 9 wordt enkel van een “verzwarend bestanddeel” gewag gemaakt wanneer het misdrijf met één of meer niveaus hoger wordt bestraft. De vraag rijst evenwel of dit ook niet het geval moet zijn wanneer de minimumstraf wordt verhoogd.

Afdeling 2 – Strafbare poging

Opschrift

51. De vraag rijst of het woord “strafbare” niet kan worden weggelaten nu alle pogingen strafbaar zijn behoudens andersluidende bepaling.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van het opschrift van het ontworpen artikel 10.

⁸¹ Dat is namelijk het verschil met de verzwarende omstandigheden bedoeld in het ontworpen artikel 27, die worden gedefinieerd als “omstandigheden die de rechter in overweging moet nemen wanneer hij de straf of de maatregel en de zwaarte ervan kiest, *zonder dat hij de straf van een hoger niveau mag opleggen*” (ontworpen artikel 27 – zie ook de commentaren in de memorie van toelichting bij de ontworpen artikelen 9 en 27).

Artikel 10 OSw

52. De vraag rijst of het op volkomen algemene en uniforme manier bestraffen van de poging tot het plegen van een misdrijf te verenigen valt met het in strafzaken geldende proportionaliteitsbeginsel, op grond waarvan is vereist dat de straf in verhouding staat tot de gepleegde feiten.⁸²⁻⁸³

Hierover ondervraagd, verklaarde de gemachtigde wat volgt:

“In het huidige Strafwetboek staan er reeds tal van uitzonderingen waarbij de bestraffing van de poging op voet van gelijkheid wordt geplaatst met het voltooide misdrijf. De individualisering van de bestraffing laat toe een bestraffing op maat te voorzien. De flexibiliteit in de bestraffing die in het voorontwerp van Sw. wordt opgedreven, laat toe om te differentiëren.

In de andere zin zou ook kunnen worden beargumenteerd dat wanneer er sprake is van een voltooide poging of een mislukt misdrijf, de huidige bestraffing in wanverhouding staat met het voltooide misdrijf. Er is sprake van een mislukt misdrijf wanneer de dader alles in het werk heeft gesteld om de voltooiing van het misdrijf te bewerkstelligen, maar er buiten zijn wil om, er niet in geslaagd is, bv. het vuurschot mist het voorgenomen slachtoffer.

O.i. kan geen contra-argument uit het artikel 26 m.b.t. doelstellingen van de straf worden gepuurd. Wanneer de rechter opteert voor een straf kan hij een of meer doelstellingen beogen. Het herstel van de schade is een mogelijk strafdoel, hetgeen betrekking heeft op het immateriële en materiële herstel van de verstoorde relatie tussen het slachtoffer, de dader en de maatschappij. De doelstellingen van de straf sturen de rechter bij zijn keuze van de straf. Dit heeft geen betrekking op de vraag naar de al dan niet strafbaarheid van een gedraging (cf; de poging).

Met de gevolgen van het misdrijf zal wel degelijk rekening kunnen worden gehouden. In Boek II Sw. zal immers een systeem van verzwarende bestanddelen worden uitgewerkt, waartoe de arbeidsongeschiktheid – ngl. het geval – kan worden gerekend.”

Al is het zo dat de rechter een grote appreciatiebevoegdheid heeft bij het bepalen van de straf en daarbij rekening kan houden met de context van de mislukte poging en de verschillende gevolgen van de poging en het voltooide misdrijf,⁸⁴ toch blijft de vaststelling dat de

⁸² Zie bijv.: EHRM (Grote kamer) 9 juli 2013, *Vinter e.a. t. Verenigd Koninkrijk* (waar wel gewag wordt gemaakt van een “nette disproportion”); HvJ 3 december 2014, C-315/13, *De Clercq e.a.*, punt 73; HvJ 7 juni 2007, C-156/04, *Commissie t. Griekenland*, punt 72; GwH 7 juni 2007, nr. 84/07, B.8.1 tot B.9.4; GwH 30 oktober 2008, nr. 140/2008, B.8.1 tot B.9.4; GwH 4 februari 2010, nr. 8/2010, B.12; GwH 5 februari 2015, nr. 13/2015, B.20; adv.RvS 56.561/1/V van 3 september 2014 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van het Vlaamse Gewest van 19 december 2014 ‘tot wijziging van de Vlaamse Codex Fiscaliteit van 13 december 2013’, *Parl.St. Vl.Parl.* 2014-15, nr. 114/1, (285); zie ook EHRM, 11 januari 2007, *Mamidakis t. Griekenland* en GwH 4 februari 2010, nr. 8/2010, B.12 (betreffende tuchtstraffen; in arrest 13/2015 van 5 februari 2015 wordt naar dit arrest verwezen).

⁸³ Weliswaar oefent het Grondwettelijk Hof hierop slechts een marginale controle uit en verklaart het strafmaten slechts ongrondwettig indien ze kennelijk onredelijk zouden zijn of waar het gaat om onsamenvhangende of incoherente keuzes die leiden tot een kennelijk onredelijk verschil in behandeling (GwH 25 januari 2001, nr. 5/2001, B.6.4.2; GwH 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.67; GwH 10 mei 2006, nr. 71/2006, B.11; GwH 28 maart 2007, nr. 55/2007, B.3; GwH 18 april 2007, nr. 64/2007, B.3; GwH 31 juli 2008, nr. 110/2008, B.8.6; GwH 29 oktober 2009, nr. 167/2009, B.8; GwH 18 februari 2016, nr. 25/2016, B.20.1).

⁸⁴ In dat licht zou overigens in het ontworpen artikel 10, derde lid, tweede zin, kunnen worden geschreven “kan worden bestraft” in plaats van “wordt bestraft”.

minimumstraf die op de poging is gesteld, geheel dezelfde is als de minimumstraf voor het voltooide misdrijf. Nu ook de wetgever is gebonden door het beginsel van de evenredigheid van de straffen, dient er voor die optie een afdoende verantwoording te bestaan, die de Raad van State evenwel niet ziet. Thans wordt enkel verwezen naar het streven tot vereenvoudiging, wat evenwel op zich geen afdoende verantwoording verschaft voor de voorgenomen maatregel, en naar de beleidsoptie van de vroegere Commissie voor de Herziening van het Strafwetboek om de nadruk te leggen op het gevaar dat van de dader van een misdrijf uitgaat, veeleer dan op de ernst van het misdrijf, wat op zijn minst nadere uitwerking behoeft.

53. Het is niet geheel exact voorop te stellen dat er geen strafbare poging is in het geval dat het misdrijf niet is voltooid wegens omstandigheden die afhankelijk zijn van de wil van de dader. Er is immers wel degelijk een strafbare poging, maar de betrokkene kan ervoor niet bestraft worden wegens de vrijwillige terugtred, die eigenlijk werkt als een strafontheffende verschoningsgrond. De poging blijft, zo wordt in de memorie van toelichting vooropgesteld, immers strafbaar voor de deelnemers die geen verdienste hebben aan de terugtred.

De redactie van het ontworpen artikel 10, tweede lid, dient gelet hierop te worden aangepast.⁸⁵

54. Op de vraag of het ontworpen artikel 10, tweede lid, doorwerkt naar de deelnemers, verklaarde de gemachtigde wat volgt:

“Is er sprake van een strafbare poging [dan] geldt ook het algemeen principe van onzelfstandigheid van de strafbare deelneming. Men kan maar deelnemen aan iets dat een misdrijf is of in de fase van de poging is blijven steken. Dit is de essentie van de strafbare deelneming en moet niet worden benadrukt in de wettekst.

Wanneer er sprake is van vrijwillige terugtred, is het standpunt van de wetgever dat de vrijwillige terugtred niet zou mogen doorwerken naar de deelnemers, behalve als de desbetreffende voorwaarden ook voor hen gerealiseerd zijn. Dit wordt uitgewerkt in de memorie van toelichting.

De niet-doorwerking van de vrijwillige terugtred volgt echter ook uit de nieuwe formulering ‘Er is geen strafbare poging indien het misdrijf niet is voltooid wegens omstandigheden die afhankelijk zijn van de wil van de dader’. Hier moet de vrijwillige terugtred als strafontheffende verschoningsgrond worden aangemerkt. In de huidige versie van artikel 51 Sw. is de vrijwillige terugtred daarentegen een negatief constitutief bestanddeel in de wettelijke omschrijving van de poging. De kwalificatie van de vrijwillige terugtred als negatief constitutief bestanddeel wordt soms als argument gehanteerd om aan te geven dat de vrijwillige terugtred wél zou doorwerken naar de deelnemers. Dit standpunt moet o.i. worden verlaten. Vandaar de herformulering in het wetsartikel.”

⁸⁵ Zo zou kunnen worden geschreven “Wie terugtreedt wegens omstandigheden die afhankelijk zijn van zijn wil, is niet strafbaar.”

De niet-doorwerking van de vrijwillige terugtred naar de deelnemers blijkt evenwel enkel uit de memorie van toelichting, en niet uit de tekst van het ontworpen artikel 10, tweede lid, zelf, noch uit de tekst van het ontworpen artikel 18.⁸⁶ Tevens blijft de vraag hoe de deelnemer die weet heeft van de terugtred van de andere en die vervolgens zelf ook terugtreedt, van die vrijwilligheid kan doen blijken (en derhalve straffeloos zal blijven).

55. Luidens het ontworpen artikel 10, vierde lid, is de persoon die op vasthoudende en zekere wijze voorstelt, aanbiedt of ertoe aanzet een misdrijf te plegen en de persoon die dat voorstel of aanbod aanvaardt of ingaat op de aanzetting, ook strafbaar wanneer dat voorstel of aanbod of die aanzetting geen uitwerking heeft gehad wegens omstandigheden onafhankelijk van zijn wil.

Het komt de Raad van State voor dat de problematiek van het voorstellen en het aanbieden van of het aanzetten tot het plegen van een misdrijf niet dient te worden geregeld in het raam van de strafbare poging, maar wel in het raam van de deelneming of van (een) afzonderlijke strafbaarstelling(en).

In dit verband dient er overigens op te worden gewezen dat in het ontworpen artikel 18, dat over de strafbare deelneming handelt, ook reeds gewag wordt gemaakt van het (rechtstreeks) aanzetten tot het misdrijf, namelijk in het tweede lid, b) (lees: 2°). In de commentaar bij het ontworpen artikel 18 in de memorie van toelichting wordt (terecht) opgemerkt dat de aanzetting die zonder gevolg is gebleven, niet als deelneming zal kunnen worden aangemerkt. Vraag is evenwel hoe dit te rijmen valt met de algemene strafbaarstelling vervat in het ontworpen artikel 10, vierde lid.

56. Het is verregaand dat de personen bedoeld in het ontworpen artikel 10, vierde lid, in alle gevallen worden bestraft ongeacht of er een begin van uitvoering is van het misdrijf waartoe wordt aangezet of dat wordt aangeboden of voorgesteld, terwijl het voor de poging op zich essentieel is dat het voornemen om een misdrijf te plegen geopenbaard is door een begin van uitvoering. Aldus wordt een verschil in behandeling ingesteld dat niet te verantwoorden lijkt.

57. Er dient te worden gespecificeerd wat de draagwijdte is van het vereiste dat het in het ontworpen artikel 10, vierde lid, bedoelde voorstel of aanbod of de erin bedoelde aanzetting “op een vasthoudende en zekere wijze” worden geformuleerd. De gemachtigde verklaarde daaromtrent wat volgt:

“De terminologie ‘vasthoudende en zekere wijze’ betreft de geherformuleerde overname van de terminologie gehanteerd in het Voorontwerp Strafwetboek van Legros waarbij de Franse versie de volledige lading dekt (‘de vaste en bepaalde onderneming’ en in het Frans ‘l’instigation et l’offre ferme et précise’). Ook was het de bedoeling een algemene draagwijdte te geven aan de wetten van 7 juli 1875 en 25 maart 1891.

Er moet niet noodzakelijk sprake zijn van een zekere herhaling of een bepaalde duur. De gedraging moet alleen van die aard zijn dat ze geen twijfel laat bestaan over de bedoeling van de dader.”

⁸⁶ In de memorie van toelichting wordt nochtans terecht vooropgesteld dat de rechtszekerheid zou zijn gebaat met een duidelijke regeling.

Die toelichting verschaft evenwel geen volledige klaarheid over het genoemde begrip, dat ten aanzien van alle misdrijven geldt. In de memorie van toelichting dient ter zake volledige duidelijkheid te worden verschaft.

58. Ook is het niet geheel duidelijk wat de in het ontworpen artikel 10, vierde lid, opgenomen voorwaarde dat het voorstel, het aanbod of de aanzetting “geen uitwerking heeft gehad wegens omstandigheden afhankelijk van [de] wil [van de dader]” in deze context juist inhoudt nu er volgens de gemachtigde geen begin van uitvoering nodig is van het misdrijf dat wordt voorgesteld of aangeboden of waartoe wordt aangezet.

59. De personen die vallen onder het toepassingsgebied van het ontworpen artikel 10, vierde lid, worden in alle gevallen gestraft met de op het voltooide misdrijf gestelde straf.

Op de vraag of deze gelijke bestraffing te verenigen valt met het beginsel van de evenredigheid van de straffen, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“Er kan inderdaad worden beargumenteerd dat de vooropgestelde uitgangsstraf bij het louter voorstellen/aanzetten te hoog ligt. De experts hadden zich trouwens ook al afgevraagd of het niet gepast zou zijn om hiervoor een straf te voorzien van één niveau lager, aangezien er nog geen begin van uitvoering is (J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, M. DEBAUCHE, M. TAEYMANS, Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek, Brugge, die Keure, 2016, 2).”

De Raad van State ziet niet hoe het met het evenredigheidsbeginsel verenigbaar zou kunnen zijn dat het enkele voorstellen, aanbieden of aanzetten tot het plegen van gelijk welk misdrijf⁸⁷ of het daarop ingaan, zonder dat er enig begin van uitvoering is, op dezelfde manier zou worden gestraft als het voltooide misdrijf zelf.⁸⁸

60. De vraag rijst welke de verhouding is tussen het ontworpen artikel 10, eerste lid, naar luid waarvan de poging tot misdrijf strafbaar is wanneer het voornemen van de dader om het misdrijf te plegen zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard, en het ontworpen artikel 10, vierde lid, waar het voorstellen, het aanbieden of het aanzetten tot het plegen van een misdrijf en het daarop ingaan worden gestraft “terwijl dit geen uitwerking heeft gehad wegens omstandigheden onafhankelijk van [de] wil [van de betrokken persoon]”.

⁸⁷ Er wordt geen onderscheid gemaakt naargelang de aard van het misdrijf.

⁸⁸ Vgl. met artikel 1 van de wet van 7 juli 1875 ‘tot bestraffing van het aanbod of het voorstel om bepaalde misdrijven te plegen’, dat luidt: “Al wie rechtstreeks aanbiedt of voorstelt een met levenslange hechtenis of levenslange opsluiting, opsluiting van tien jaar tot vijftien jaar, gedurende een langere tijd strafbare misdaad te plegen of aan dergelijke misdaad deel te nemen; al wie dusdanig aanbod of voorstel aanneemt, wordt gestraft met gevangenisstraf van drie maanden tot vijf jaar en met geldboete van 50 frank tot 500 frank, behoudens de toepassing van artikel 85 van het Strafwetboek, indien er verzachtende omstandigheden bestaan. De schuldige kan bovendien worden veroordeeld tot ontzetting van rechten overeenkomstig artikel 33 van het Strafwetboek.

Het enkel mondeling gedaan aanbod of voorstel, dat noch gepaard ging met giften of beloften, noch aan giften of beloften was ondergeschikt, en de aanvaarding van dusdanig aanbod of voorstel, worden echter niet gestraft.”

De opheffing van deze wet, die voortvloeit uit het aan te nemen artikel 10, derde lid, zou als gevolg hebben dat de erin bepaalde straffen in een uiterst aanzienlijke mate (mogelijk van een gevangenisstraf van drie maanden naar levenslange opsluiting) zouden worden verhoogd.

Afdeling 3 – Rechtvaardigingsgronden

Artikel 11 OSw

61. In het ontworpen artikel 11, eerste lid, zijn de woorden “en deze gedraging geoorloofd of gerechtvaardigd maken”⁸⁹ overbodig nu daarvoor reeds wordt bepaald dat de rechtvaardigingsgronden de wederrechtelijkheid van de gestelde gedraging opheffen.

Artikel 12 OSw

62. Vraag is waarom in het ontworpen artikel 12 het gebod of de toelating bij (niet: van) de wet en het bevel van de overheid samen worden genomen, waar ze in het ontworpen artikel 11 als afzonderlijke categorieën worden beschouwd. Ter zake dient naar uniformiteit te worden gestreefd.

63. Het ontworpen artikel 12 is verwarrend en is in zijn algemene formulering logisch niet consistent. Volgens de gemachtigde wordt met de woorden “Behoudens in de gevallen bij wet bepaald” beoogd te verwijzen naar de misdrijven die thans zijn omschreven in het huidige Boek II, titel Ibis, van het Strafwetboek (“[e]rnstige schendingen van het internationaal recht”). Er wordt in dat geval beter een gelijkaardige formulering als in het huidige artikel 70 van het Strafwetboek gehanteerd.

64. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 12, eerste lid, schrijve men “opgelegd” in plaats van “geboden”.

Artikel 13 OSw

65. Over de vraag hoe zal worden bepaald of de waarde van het belang dat door het aannemen van het als misdrijf omschreven gedrag wordt gevrijwaard, hoger is dan het belang dat wordt opgegeven, verklaarde de gemachtigde wat volgt:

“Dit zal *in concreto* moeten gebeuren. Het betreft een feitelijke appreciatie van de bodemrechter met marginaal toetsingsrecht van het Hof van Cassatie. De discussie is als zodanig niet nieuw. In de huidige stand van zaken zal – om de rechtsfiguur van de noodtoestand te kunnen honoreren – ook *in concreto* moeten worden nagegaan of de belangen al dan niet gelijkwaardig zijn.”

66. Het is niet consistent te bepalen dat er *geen misdrijf* is wanneer enkel *door het plegen van een misdrijf* een hoger recht of belang kan worden gevrijwaard. Wellicht beoogt men met dit laatste te verwijzen naar een als misdrijf omschreven gedrag, welke terminologie dan ook het best wordt gehanteerd.

⁸⁹ Het is overigens onduidelijk wat het verschil is tussen “geoorloofd maken” en “gerechtvaardigd maken”.

67. *In fine* van het ontworpen artikel 13, eerste lid, schrijf men beter “aangetast” in plaats van “prijsgegeven”.

68. De wetgever dient uit te maken of de noodtoestand ook niet dient te gelden wanneer het te verdedigen recht of belang van een gelijke waarde is dan het door de strafwet beschermde recht of belang.

69. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 13, tweede lid, schrappe men conform de Franse tekst de woorden “aanleiding tot” en schrijf men “de betrokkene” in plaats van “men”.

Artikel 14 OSw

70. In het opschrift van het ontworpen artikel 14 en in het tweede lid ervan kan beter worden geschreven “gewettigde verdediging” of “gerechtvaardigde verdediging” in plaats van “wettige verdediging”.⁹⁰ Hoewel het begrip “wettige verdediging” is ingeburgerd, is het niet geheel correct nu het bedoelde gedrag op zich in strijd is met de wet (en derhalve niet “wettig”), maar wel gewettigd of gerechtvaardigd (ten gevolge van een bij de wet bepaalde rechtvaardigingsgrond).

71. Om duidelijk aan te geven dat de gerechtvaardigde verdediging steeds een aanval op de persoon betreft, schrijf men in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 14, tweede lid, “of tegen de persoon van een derde” in plaats van “tegen een derde”.

72. Aangezien de aanval die men wil ontwijken ook gericht kan zijn tegen een derde, zou het duidelijker zijn om in dezelfde bepaling te schrijven “het als misdrijf omschreven feit pleegt” in plaats van “zich (...) verweert”.

Artikel 15 OSw

73. Om dezelfde reden als aangegeven in opmerking 70 schrijf men in de Nederlandse tekst van het opschrift van het ontworpen artikel 15 “Gewettigd verzet” of “Gerechtvaardigd verzet” in plaats van “Wettig verzet”.

74. De rechtvaardigingsgrond van het wettige verzet tegen een kennelijk onwettige daad van de overheid geldt enkel wanneer op individuele wijze verzet wordt gepleegd tegen die daad. Op de vraag of deze rechtvaardigingsgrond ook niet moet gelden in geval van collectief verzet, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“Het collectief verzet is uit zijn aard niet verzoenbaar met de verschoningsgrond, aangezien een collectief verzet steeds een zekere mate van organisatie vereist die

⁹⁰ Vgl. ook met de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 32, waar gewag wordt gemaakt van “noodweerexces”.

onverenigbaar is met de toepassingsvoorwaarde dat een *onverwijld*e reactie noodzakelijk is.

La responsabilité pénale est toujours conçue dans notre droit de façon individuelle en telle sorte que la cause de justification est conçue aussi de façon individuelle. Dit belet echter niet dat verscheidene personen tegelijkertijd reageren tegen het misbruik door de overheid en dat dit zelfs enigszins in onderling overleg gebeurt. In dat geval kunnen alle betrokken actoren een beroep doen op deze rechtvaardigingsgrond.

De ruime interpretatie van rechtvaardigingsgronden in het belang van de beklaagde is overigens toegestaan.”

Vraag is of gelet op dit antwoord het woord “individueel” toch niet het best wordt weggelaten; dat een werkelijk georganiseerde reactie niet onder het toepassingsgebied van de rechtvaardigingsgrond valt, vloeit voort uit de voorwaarde dat het moet gaan om een “onverwijlde reactie”, terwijl het weglaten van het woord “individueel” er elke twijfel over zou wegnemen dat de rechtvaardigingsgrond ook van toepassing is wanneer het wettige verzet uitgaat van verschillende personen samen. In ieder geval dient de interpretatie van de gemachtigde in de memorie van toelichting te worden opgenomen.

75. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of de rechtvaardigingsgrond van het wettige (lees: gewettigde of gerechtvaardigde)⁹¹ verzet niet dient te worden uitgebreid tot het in afwachting van bijstand door de bevoegde overheidsinstanties gerechtvaardigde verzet tegen een kennelijk strafbare daad van een privépersoon.

Hoofdstuk 3 – Dader van het misdrijf

Afdeling 1 – Algemene bepalingen

Algemene opmerking

76. In het ontworpen hoofdstuk 3 wordt geen definitie van “dader” gegeven. Een definiëring van het begrip zou nochtans nuttig zijn, onder meer om het onderscheid met de deelneming aan het misdrijf af te bakenen.⁹² Het ontwerp wordt op dit vlak het best aangevuld.

77. Gevraagd waarom geen gewag wordt gemaakt van het middellijke daderschap en van het co-daderschap, verklaarde de gemachtigde wat volgt:

“De voorbeelden die in de vraag worden aangehaald zijn eigenlijk geen voorbeelden van deelneming; vandaar dat er werd geopteerd om hiervan geen gewag (meer) te maken in het artikel m.b.t. de strafbare deelneming.

Zij die het misdrijf hebben uitgevoerd (cf. huidig artikel 66, tweede lid Sw.) zijn in feite geen deelnemers, maar daders in de gebruikelijke en restrictieve betekenis van het woord. Hierover is de rechtsleer eenduidig. Het is mogelijk dat twee personen beiden voor zich de gehele delictsomschrijving vervullen. Het is ook mogelijk dat geen van de daders

⁹¹ Zie opmerkingen 70 en 73.

⁹² Zie in dit verband J. VANHEULE, *De rechtsfiguur van de strafbare deelneming in het Belgisch Strafrecht: tussen hamer en aambeel*, Gent, UGent. Faculteit Rechtsgeleerdheid, 2009, 989-991.

het gehele feit pleegt: de delictsbestanddelen zijn dan als het ware verspreid. Dit betreft dan het zgn. co-daderschap. Ook kan worden beargumenteerd dat de termen in het huidige artikel 66, tweede lid, laatste overweging ‘zij die aan de uitvoering rechtstreeks hebben meegewerkt’ in feite daders zijn (hierover is de rechtsleer echter niet altijd eenduidig). Ook hieronder zou eventueel het co-daderschap kunnen vallen.

Diegene die een derde als louter instrument gebruikt om een misdrijf te plegen is ook een uitvoerder van dat misdrijf en dus dader en geen deelnemer. Het gaat om de *middellijke dader* of de *doen pleger*. De derde is de *onmiddellijke dader* of de ‘*manus ministrae*’ (de hand van de meester) of het willoos werktuig en is niet strafbaar. De onmiddellijke dader zal vrijuit gaan, ofwel omdat het vereiste schuldbestanddeel in zijn hoofd ontbreekt dan wel omdat hij zich kan beroepen op een schuldontheffingsgrond (veelal van dwang). Hoewel het huidige Strafwetboek in Hoofdstuk VII van Boek I nergens refereert aan de rechtsfiguur van het middellijk daderschap, wordt deze toch wel aanvaard in de rechtspraak en de rechtsleer. De figuur van het middellijk daderschap moet wel worden losgezien van de rechtsfiguur van de aanzetting van het huidige artikel 66, vierde/vijfde lid Sw. (en overgenomen in het artikel 18 c) van het Voorontwerp). Het is m.b.t. een zaak van valsheid in geschriften dat het Hof van Cassatie deze rechtsfiguur voor het eerst heeft erkend. De eiser in cassatie werd door het bestreden arrest veroordeeld om valsheden te hebben doen plegen door personen die volledig te goeder trouw handelden in opdracht. Het Hof bepaalde dat diegene die een derde als louter instrument gebruikt om een misdrijf te plegen zelf de *uitvoerder* is van dat misdrijf in de zin van artikel 66, tweede lid Sw. (Cass. 9 maart 1993, *Arr.Cass.* 1993, 268). Om reden dat de middellijke dader geen deelnemer is, wordt er dus niet naar verwezen in het artikel 18 van het Voorontwerp.

(zie in dezelfde zin ook bv. A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 91-92; zie ook F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors – Deel I*, Antwerpen, Maklu, 2016, 100-101).

Conclusie: het artikel 18 a) van het Voorontwerp waar het refereert aan zij die rechtstreeks aan het misdrijf *deelnemen* viseert dus noch de middellijke daders, noch zij die het misdrijf hebben *uitgevoerd*, noch zij die aan de uitvoering rechtstreeks hebben *meegewerkt*, daar in het kwetsieuze artikel enkel de gevallen van deelneming worden geïnventariseerd. Vandaar dat er werd geopteerd voor de neutralere alomvattende omschrijving die onmiddellijk gelinkt kan worden aan de strafbare deelneming ‘*zij die rechtstreeks aan de uitvoering deelnemen*’. Co-daders zijn o.i. daders en geen deelnemers. Zoals geschreven is de rechtsleer hierover niet altijd eenduidig. Desgevallend zouden zij dan ook probleemloos onder de noemer ‘*zij die rechtstreeks aan de uitvoering deelnemen*’ van artikel 18 a) Voorontwerp kunnen vallen.”

Het verdient aanbeveling die verduidelijking, die overigens de noodzaak tot definiëring van het begrip “dader” bevestigt, in de memorie van toelichting te verwerken.

Artikel 16 OSw

78. In overeenstemming met het ontworpen artikel 7 dient in het ontworpen artikel 16, eerste lid, ook gewag te worden gemaakt van het verzuim of het nalaten.

79. Het ontworpen artikel 16, tweede lid, heeft geen betrekking op het beginsel van de individuele verantwoordelijkheid, maar bepaalt wie misdrijven kan plegen. Het hoort derhalve

niet thuis in een artikel met dat opschrift, en wordt daarom beter in een afzonderlijk artikel met een eigen opschrift opgenomen.

In de Nederlandse tekst van datzelfde tweede lid schrijve men bovendien “gepleegd” in plaats van “begaan”.

Artikel 17 OSw

80. In het ontworpen artikel 17, dat handelt over de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, wordt de tekst van het huidige artikel 5 van het Strafwetboek overgenomen, met uitzondering van de “decumulbepaling”⁹³ die wordt geschrapt en een “cumulbepaling”⁹⁴ die wordt toegevoegd.

In de memorie van toelichting worden daarvoor een aantal beleidsmatige motieven aangebracht, maar ook in het licht van bepaalde richtlijnen van de Europese Unie is deze wijziging noodzakelijk.⁹⁵

De toerekening van misdrijven aan de rechtspersoon wordt overigens niet beperkt tot misdrijven van leidende figuren of gepleegd als gevolg van een gebrekkig toezicht of een gebrekkige controle door die leidende figuren, maar kan ook betrekking hebben op misdrijven gepleegd door werknemers of aangestelden. Daardoor wordt verder gegaan dan vereist door de genoemde richtlijnen, wat op zich toelaatbaar is, maar bij grensoverschrijdende misdrijven en voor buitenlandse rechtspersonen wel tot meer rechtsonzekerheid zou kunnen leiden dan in het geval dat meer zou worden aangesloten bij strengere, meer beperkende toerekeningscriteria.

81. Gelet op de verdere onderverdeling van hoofdstuk 3 van het ontworpen Boek 1 van het Strafwetboek, wordt het ontworpen artikel 17 beter in een afzonderlijke afdeling ondergebracht.

82. De gemachtigde verklaarde het volgende wat betreft het ontworpen artikel 17:

“De minister van Justitie heeft bijna een ontwerp klaar m.b.t. de hervorming van het vennootschapsrecht en dus m.b.t. de verschillende vormen van vennootschappen. Na aanvaarding door het Parlement zal dit artikel aangepast worden.”

⁹³ “Wanneer de rechtspersoon verantwoordelijk gesteld wordt uitsluitend wegens het optreden van een geïdentificeerde natuurlijke persoon, kan enkel degene die de zwaarste fout heeft begaan worden veroordeeld. Indien de geïdentificeerde natuurlijke persoon de fout wetens en willens heeft gepleegd kan hij samen met de verantwoordelijke rechtspersoon worden veroordeeld.”

⁹⁴ “De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersonen sluit die van de natuurlijke personen die daders zijn van dezelfde feiten of eraan hebben deelgenomen, niet uit.”

⁹⁵ Zie bijvoorbeeld artikel 6 van richtlijn 2008/99/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 ‘inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht’ en artikel 12 van richtlijn 2011/92/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 13 december 2011 ‘ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, en ter vervanging van Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad’.

Om te voldoen aan het bepaalde in artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, zal het gewijzigde ontworpen artikel 17 aan het advies van de Raad van State, afdeling Wetgeving, dienen te worden onderworpen.

83. In het ontworpen artikel 17, eerste lid, wordt beter geschreven “is strafbaar” in de plaats van “is strafrechtelijk verantwoordelijk”.

84. In het ontworpen artikel 17, derde lid, schrijve men “worden niet als strafrechtelijk verantwoordelijke rechtspersonen beschouwd” in plaats van “kunnen niet als strafrechtelijk verantwoordelijke rechtspersoon worden beschouwd”.

85. De vraag kan rijzen of de uitsluiting van de in het ontworpen artikel 17, derde lid, opgesomde publiekrechtelijke rechtspersonen verenigbaar is met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.⁹⁶ In dit verband kan worden verwezen naar de arresten 128/2002 en 31/2007 van het Grondwettelijk Hof waarin het Hof oordeelde dat “[h]et verschil in behandeling van rechtspersonen naargelang zij al dan niet een democratisch verkozen orgaan hebben, berust op een pertinent criterium” en dat de publiekrechtelijke rechtspersonen opgesomd in artikel 5, vierde lid, van het Strafwetboek “het bijzondere kenmerk [vertonen] dat zij hoofdzakelijk belast zijn met een essentiële politieke opdracht in een representatieve democratie, dat zij beschikken over democratisch verkozen vergaderingen en dat zij organen hebben die aan een politieke controle onderworpen zijn”. Het Hof was voorts van oordeel dat de wetgever redelijkerwijze “kon vrezen dat, indien hij die rechtspersonen strafrechtelijk aansprakelijk zou maken, een collectieve strafrechtelijke aansprakelijkheid zou worden uitgebreid tot situaties waarin ze meer nadelen dan voordelen vertoont, door onder meer klachten uit te lokken waarvan het werkelijke doel zou zijn via strafrechtelijke weg politiek strijd te voeren” en dat de wetgever in die bepaling geen immuniteit heeft toegekend die niet verantwoord zou zijn.⁹⁷⁻⁹⁸

86. De vraag rijst wat de juiste draagwijdte is van het ontworpen artikel 17, laatste lid, meer bepaald van de woorden “daders zijn van dezelfde feiten of eraan hebben deelgenomen”. Het is immers niet duidelijk of het woord “feiten” louter op het materiële bestanddeel van het misdrijf slaat, dan wel als een synoniem van het woord “misdrijf” fungeert, wat zou kunnen worden afgeleid uit de woorden “of eraan hebben deelgenomen”.

⁹⁶ Zie wat betreft de opheffing of de afzwakking van de uitzondering adv.RvS 57.901/1/V-57.902/1/V van 22 september 2015 over een voorstel van wet ‘tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen betreft’ en een voorstel van wet ‘tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen betreft’, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-0816/002 en nr. 54-1031/002.

⁹⁷ GwH 10 juli 2002, nr. 128/2002, B.7.5 en B.7.6 en GwH 21 februari 2007, nr. 31/2007, B.4.4. De laatste overweging komt niet uitdrukkelijk voor in arrest nr. 31/2007.

⁹⁸ Over de opname van de meergemeentenzones en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, zie GwH 21 februari 2007, nr. 31/2007, B.7.3. De vraag rijst of die laatste overweging wel kan worden uitgebreid tot de hulpverleningszones en de prezones die bij de wet van 15 mei 2007 ‘betreffende de civiele veiligheid’ zijn toegevoegd aan de opsomming die is opgenomen in het huidige artikel 5, vierde lid, van het Strafwetboek en die ook zijn vermeld in het ontworpen artikel 17, derde lid.

Als argument voor de afschaffing van de decumulbepaling, wordt in de memorie van toelichting terecht benadrukt dat het Belgische systeem steunt op een rechtstreekse toerekening aan de rechtspersoon en dat het niet gaat om een aansprakelijkheid die afgeleid is van de aansprakelijkheid van de natuurlijke persoon. De eigenheid en de onvergelykbaarheid van de respectievelijke fouten van de natuurlijke persoon en de rechtspersoon wordt erin benadrukt.

In het ontworpen artikel 17, laatste lid, wordt evenwel geen duidelijkheid verschaft over de aard van het daderschap van de rechtspersoon, met name over de subjectieve toerekening (het vereiste schuldbestanddeel in de zin van het ontworpen artikel 8). Zo is het niet duidelijk of opzettelijk gedrag van de natuurlijke persoon in combinatie met een gebrek aan toezicht bij de rechtspersoon tot gevolg heeft dat de rechtspersoon zal worden veroordeeld wegens hetzelfde opzettelijke misdrijf als de natuurlijke persoon, dan wel wegens de onopzettelijke variant als die ook een – ander – misdrijf oplevert.⁹⁹ Het gaat dan immers om dezelfde “feiten”, maar die verschillend worden gekwalificeerd, derhalve om verschillende misdrijven. In het licht van de autonome aansprakelijkheid van de rechtspersoon en van de subjectivering van daderschap en deelneming die luidens de memorie van toelichting worden beoogd, lijkt deze laatste interpretatie logischer, maar het is op basis van de tekst van de genoemde bepaling niet duidelijk of dit de bedoeling is.

Anders dan in bepaalde andere rechtssystemen komt de eigenheid van het daderschap van de rechtspersoon, en vooral dan het subjectieve element (schuldbestanddeel) bij die rechtspersoon, weinig aan bod. In het ontworpen artikel 17, eerste lid, wordt weliswaar het intrinsieke verband van het misdrijf “met de verwezenlijking van [het] doel [van de rechtspersoon] of de waarneming van zijn belangen” of de vaststelling dat het misdrijf “zoals blijkt uit de concrete omstandigheden, voor rekening [van de rechtspersoon is] gepleegd” benadrukt. Het is evenwel niet duidelijk of dat verband moet bestaan bij de dader die een natuurlijke persoon is dan wel bij de dader die een rechtspersoon is. In andere rechtssystemen kan de subjectieve ingesteldheid van leidinggevend met beslissingsmacht wél aan de rechtspersoon worden toegerekend, terwijl voor de overige werknemers, aangestelden en diegenen die feitelijk optreden voor die rechtspersoon, de “fout” in het gebrek aan controle of toezicht in de organisatie ligt en derhalve van een heel andere orde is.

Het verdient aanbeveling om over dit punt meer duidelijkheid te verschaffen, temeer daar de beantwoording van de vraag gelet op het ontworpen artikel 18, derde lid, ook gevolgen heeft bij het uitmaken of deelneming aan het misdrijf al dan niet strafbaar is.

⁹⁹ Zo is het ook mogelijk dat er bij de natuurlijke persoon een “ernstig gebrek aan voorzorg of voorzichtigheid” bestond in de zin van het ontworpen artikel 8, terwijl er bij de rechtspersoon weliswaar een gebrek aan voorzorg of voorzichtigheid bestond, dat echter niet *ernstig* was. Logischerwijze is in dat geval enkel de natuurlijke persoon strafbaar.

Afdeling 2 – Deelneming aan een misdaad of een wanbedrijf

Artikel 18 OSw

87. Luidens het ontworpen artikel 18, eerste lid,¹⁰⁰ zijn de bepalingen van afdeling 2 van hoofdstuk 3 van Boek 1 van het Strafwetboek zowel van toepassing op de rechtspersonen als op de natuurlijke personen.¹⁰¹ De vraag rijst evenwel waarom dit met betrekking tot afdeling 2 van hoofdstuk 3 uitdrukkelijk wordt bepaald, terwijl dit voor de volgende afdelingen niet het geval is.

88. In de Nederlandse tekst van de inleidende zin van het ontworpen artikel 18, tweede lid, wordt beter geschreven “bijdragen tot” in plaats van “deelnemen aan”, teneinde te vermijden dat het gedefinieerde begrip zelf in de definitie wordt gebruikt.

89. Het is niet geheel correct om in de inleidende zin van het ontworpen artikel 18, tweede lid, dat deel uitmaakt van het hoofdstuk omtrent de dader van het misdrijf en niet van het hoofdstuk betreffende de straffen, te schrijven dat de deelnemers “als daders worden gestraft” nu het mogelijk is dat iemand dader is, maar toch niet kan worden gestraft, bijvoorbeeld omwille van zijn minderjarigheid. Er wordt derhalve beter geschreven “worden als dader beschouwd en kunnen als zodanig worden gestraft”.

90. Luidens het ontworpen artikel 18, tweede lid, worden de deelnemers zoals omschreven in die bepaling “als daders” gestraft, waarbij geen onderscheid meer wordt gemaakt tussen mededaders en medeplichtigen, die thans met een lagere straf worden gestraft dan die waarmee de daders worden gestraft.¹⁰²

De gemachtigde verantwoordde deze volledige gelijkschakeling als volgt:

“In de huidige stand van zaken worden mededaders (die dan ook niet alle constitutieve bestanddelen hebben uitgevoerd) sedert de totstandkoming van het Strafwetboek in 1867 ook al gestraft alsof ze daders zijn. De rechtspraktijk – in het bijzonder ook de rechtspraak van het Hof van Cassatie – heeft het begrip mededaderschap zodanig ingevuld dat er voor medeplichtigheid *de facto* geen ruimte meer bestaat. De relatief noodzakelijke hulp, zelfs al was de verstrekte hulp/bijstand klein, wordt immers thans ook als een vorm van mededaderschap aangemerkt (dit wordt verder uitgewerkt in de memorie van toelichting).

(...)

De ruime straftoematingsvrijheid waarover de rechter beschikt in het ontwerp laat overigens toe een gepaste straf op te leggen, in verhouding tot de concrete bijdrage van de deelnemer aan het misdrijf.”

De vraag rijst evenwel of alle in het ontworpen artikel 18, tweede lid, opgesomde omstandigheden een (*in abstracto* bekeken) even zware bestraffing wettigen als het misdrijf zelf.

¹⁰⁰ Dat, aangezien de genoemde afdeling twee artikelen bevat, in een afzonderlijk artikel zou thuishoren.

¹⁰¹ In de tekst wordt de enkelvoudsvorm gehanteerd.

¹⁰² Zie artikel 69 van het Strafwetboek.

Ook hier dient te worden opgemerkt dat de ruime straftoemetingmogelijkheden waarover de rechter beschikt, niet wegnemen dat het gegeven dat ook de minimumstraffen geheel gelijk zijn voor daders en deelnemers, een probleem kan vormen.

91. Bevraagd over de draagwijdte van het begrip “vergemakkelijken” in het ontworpen artikel 18, tweede lid, b) (lees: 2°), verklaarde de gemachtigde wat volgt:

“O.i. is er geen strijdigheid met het materieel legaliteitsprincipe. Elke deelnemer moet worden beschouwd als diegene die een significante bijdrage heeft geleverd aan het eindresultaat. Het misdrijf zoals het werd gepleegd, zou m.a.w. nooit op dezelfde wijze tot stand gekomen zijn wanneer er geen sprake zou geweest zijn van een deelnemingshandeling. Zonder deelneming zou het misdrijf niet zijn gepleegd zoals het *in concreto* werd gepleegd. *A contrario* betekent dit dat wanneer het hoofdfeit zich op identieke wijze zou hebben voorgedaan zonder tussenkomst van anderen, er geen sprake kan zijn van strafbare deelneming.

Cela rejoint la jurisprudence de la Cour de cassation qui a jugé en ce sens: Sauf lorsque la qualité de l’auteur est un élément essentiel de l’infraction, toute personne qui a commis le fait infractionnel est punissable et il appartient au juge de déterminer l’agent de l’infraction; doivent être tenus pour auteurs d’une infraction, fût-elle une contravention ou une infraction prévue par une loi particulière, tous ceux qui, par leurs agissements personnels, ont directement coopéré à l’exécution du fait punissable, de manière telle que, sans la part prise par eux à cette exécution, l’infraction n’eût pas été commise telle qu’elle l’a été (Cass., 4 novembre 2015, RG P.15.682.F, Pas., 2015, à sa date).”

Volgens de uitleg van de gemachtigde is het nodig dat de betrokkene “een significante bijdrage heeft geleverd aan het eindresultaat”.¹⁰³ Ook in de memorie van toelichting wordt, meer in het algemeen betreffende de strafbare deelneming, eenzelfde benadering gehanteerd. De vraag rijst evenwel of hierbij het opgeven van het thans bestaande onderscheid tussen mededaderschap en medeplichtigheid – en het daaraan gekoppelde onderscheid tussen noodzakelijke en nuttige hulp – voldoende in rekening is gebracht. Het is mogelijk dat de hulp het strafbare feit of de voorbereiding ervan “vergemakkelijkt” (en zij derhalve nuttig was), maar zonder dat de hulp een “significante” bijdrage levert aan het eindresultaat.¹⁰⁴

Het ontworpen artikel 18 dient in het licht van wat voorafgaat te worden herbekeken en aangepast aan de bedoeling van de stellers van het ontwerp.

92. Luidens het ontworpen artikel 18, tweede lid, c) (lees: 3°), worden zij die *rechtstreeks* aanzetten tot het plegen van een misdrijf als deelnemers beschouwd.¹⁰⁵ Wellicht wordt bedoeld dat er een oorzakelijk verband dient te bestaan tussen de aanzetting en het

¹⁰³ Wat daaraan wordt gekoppeld, namelijk dat het misdrijf nooit op dezelfde wijze tot stand zou zijn gekomen zonder de deelnemingshandeling, heeft niet geheel dezelfde betekenis. Het is overigens onduidelijk wat bedoeld wordt met “op dezelfde wijze tot stand gekomen”. Slaat dat op het voltrekken van de constitutieve bestanddelen? In ieder geval is het verwarrend om die omschrijvingen op eenzelfde voet te plaatsen.

¹⁰⁴ Ook de toepassing van het andere criterium leidt tot moeilijkheden: een misdrijf kan, wat betreft het voltrekken van zijn constitutieve bestanddelen (als het dat is wat bedoeld is), geheel op dezelfde wijze zijn voltrokken, maar toch kan de hulp de voorbereiding ervan hebben vergemakkelijkt.

¹⁰⁵ Wat betreft de verhouding met het ontworpen artikel 10, vierde lid, zie opmerking 55.

gepleegde misdrijf,¹⁰⁶ maar de vraag is of dit op voldoende duidelijke wijze tot uiting komt door het hanteren van het woord “rechtstreeks”. Zo zou er twijfel kunnen ontstaan over de vraag of diegenen die via een tussenpersoon aanzetten tot het plegen van een misdrijf, bestraft kunnen worden als deelnemer. Het verdient derhalve aanbeveling de draagwijdte van de genoemde bepaling te expliciteren.

93. De Nederlandse en de Franse tekst van het ontworpen artikel 18, tweede lid, lopen niet geheel parallel en sporen taalkundig niet helemaal met de inleidende zin van die bepaling. Zo is in de Franse tekst van het ontworpen artikel 18, tweede lid, a) (lees: 1°), het equivalent van het in de Nederlandse tekst voorkomende woord “rechtstreeks” niet weergegeven, terwijl in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 18, tweede lid, b) (lees: 2°), het equivalent van de in de Franse tekst voorkomende woorden “de l’infraction” niet is opgenomen. De bepaling dient op dit vlak te worden nagekeken.

94. De gemachtigde verklaarde wat volgt betreffende het derde lid van het ontworpen artikel 18:

“Ceci étant dit, il n’existe pas d’objection à supprimer purement et simplement l’alinéa 3 de l’article 18 dès lors que l’acte de participation requiert, aux termes de l’alinéa 1^{er}, une participation ‘de façon délibérée et en connaissance de cause’, ce qui exclut *a priori* les infractions commises par défaut de prévoyance ou de précaution (l’alinéa 3 contient donc une précision qui peut être jugée superflue).”

Het ontworpen artikel 18, derde lid, is inderdaad overbodig en kan derhalve vervallen.

Artikel 19 OSw

95. In de Nederlandse tekst van het opschrift van het ontworpen artikel 19 wordt beter “Toerekening ... aan” geschreven” in plaats van “Doorwerking ... naar”.

96. Luidens artikel 19, eerste lid, is er doorwerking van een “objectief” verzwarende bestanddeel en “objectieve” verzwarende omstandigheden naar de deelnemer die kennis had of kennis had moeten hebben van dat bestanddeel en die omstandigheden en heeft volhard in zijn wil om mee te werken aan het plegen van het misdrijf.

Vooreerst dient te worden vastgesteld dat, in tegenstelling tot wat in de memorie van toelichting het geval is, in het ontworpen artikel 19 geen definitie van de genoemde begrippen is opgenomen. Die lacune wordt het best verholpen.

Voorts dient erop te worden gewezen dat het kennis hebben of moeten hebben van een objectief verzwarend bestanddeel of van een objectieve verzwarende omstandigheid *in concreto* zal moeten worden beoordeeld. In dit verband kan worden verwezen naar het

¹⁰⁶ In die zin: A. De NAUW en F. DERUYCK, o.c., 93, nr. 212; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, o.c., 326.

arrest *Iasir* tegen België van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waarin het volgende wordt geoordeeld:

“27. La Cour note ensuite que dans l'affaire Haxhishabani, précitée (§§ 22, 34 et 40), le requérant se plaignait que les juges du fond ne s'étaient pas prononcés sur son implication individuelle dans la circonstance aggravante réelle de meurtre, mais avaient appliqué la théorie de l'emprunt matériel de criminalité et automatiquement répercuté sur lui la circonstance aggravante sans retenir les éléments matériel et moral du meurtre dans son chef et donc sans démontrer qu'il ait volontairement et consciemment participé au meurtre. Dans cette affaire, les juges du fond avaient souligné qu'il n'existait aucune preuve que le requérant ait participé matériellement au meurtre de la victime et avaient qualifié la circonstance aggravante de meurtre d'objective. Leur analyse n'avait toutefois pas abouti à imputer automatiquement cette circonstance aggravante au requérant. Les juges du fond avaient en effet examiné, avec la plus grande attention et sur la base des éléments contradictoirement débattus devant eux, le comportement du requérant et le rôle joué par lui. La Cour avait donc considéré qu'ils avaient ainsi subjectivisé la circonstance aggravante du meurtre, venant à la conclusion que le requérant était coauteur des faits ayant entraîné la mort de la victime.

28. En l'espèce, la Cour constate que la cour d'assises n'a pas qualifié la circonstance aggravante de meurtre d'objective, mais a motivé l'application de cette circonstance aggravante au requérant. La question qui se pose est par conséquent de savoir si, par cette motivation, la cour d'assises a suffisamment analysé la circonstance aggravante et l'intention de tuer dans le chef du requérant.

29. À l'instar de ce qu'elle avait considéré dans l'affaire Haxhishabani, précitée (§ 37), la Cour estime en l'espèce que la manière dont les éléments constitutifs de la circonstance aggravante réelle de meurtre furent appliqués au requérant est une déduction assimilable à une « présomption » en matière pénale. En effet, même si le requérant n'a pas personnellement commis le meurtre pour faciliter le vol, cette circonstance aggravante réelle a été retenue à son encontre.

30. La Cour rappelle que la Convention ne prohibe pas les présomptions de fait ou de droit en matière pénale. Elle oblige néanmoins les États « à ne pas dépasser à cet égard un certain seuil » : ils doivent « les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense » (*Salabiaku c. France*, 7 octobre 1988, § 28, série A no 141-A ; *Radio France et autres c. France*, n° [53984/00](#), § 24, CEDH 2004-II, et *Haxhishabani*, précité, § 38).

31. La cour d'assises a déduit de l'analyse des faits de l'espèce (voir paragraphes 13 et 14 ci-dessus) que le requérant n'était pas matériellement intervenu dans le meurtre de la policière. Elle a ensuite conclu que, dans la mesure où le requérant était sur les lieux avec une voiture volée, ganté, cagoulé et lourdement armé, il avait conscience que la circonstance aggravante de meurtre constituait un élément ou une suite prévisible de l'infraction principale de vol et que malgré cela, il ne s'était à aucun moment désolidarisé du co-accusé G.K., qui avait tiré les coups de feu mortels, mais avait persisté dans la volonté de s'associer au vol qu'il avait prévu de commettre ensemble avec ses co-accusés. La cour d'assises précisa que la nature des armes emportées en connaissance de cause par les trois accusés ne pouvait laisser aucun doute quant à la connaissance du risque de causer la mort d'un tiers et l'acceptation de cette possibilité.

32. La Cour considère dès lors que la cour d'assises a analysé avec suffisamment de soin l'élément intentionnel au niveau de la circonstance aggravante de meurtre dans le chef du requérant. Certes, il n'existait aucune preuve que le requérant ait participé matériellement au meurtre de la victime. Il n'en demeure pas moins que la cour d'assises

a examiné, sur la base des éléments contradictoirement débattus devant elle, le comportement du requérant et le rôle joué par lui avant, pendant et après les faits ayant entraîné la mort de K.V.N. La cour d'assises a dès lors valablement pu retenir que le requérant avait envisagé et accepté que des tiers perdent leur vie et s'était de ce fait rendu coupable de la circonstance aggravante réelle de meurtre.

33. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 2 de la Convention."¹⁰⁷

Het ontworpen artikel 19 dient te worden toegepast in het licht van deze rechtspraak, die het best in de memorie van toelichting wordt vermeld.

97. De vraag rijst of het de bedoeling is dat op basis van het ontworpen artikel 19 de dood, wanneer ze een ongewild gevolg is van opzettelijke slagen en verwondingen, moet worden beschouwd als een objectieve verzwarende omstandigheid. Moet de deelnemer enkel kennis hebben van de slagen en verwondingen en het opzet om daaraan deel te nemen en volstaat de voorzienbaarheid van de dood voor doorwerking? Of is dat gevolg *per se* onvoorzien en ongewild, zodat deelneming nog steeds niet mogelijk is? In de memorie van toelichting dient duidelijkheid over deze vragen te worden verschaft.

98. De vraag rijst of het coherent is dat in het ontworpen artikel 19 wel aandacht wordt besteed aan eventueel opzet van de deelnemer tegenover verzwarende gevolgen, maar dat dit niet het geval is in het ontworpen artikel 8 voor de ingesteldheid van de dader ten aanzien van het gevolg van een constitutief bestanddeel van het eigenlijke misdrijf (bijvoorbeeld de dood bij doodslag).

Afdeling 3 – Schuldontheffingsgronden

Artikel 20 OSw

99. Voor het eerste lid van het ontworpen artikel 20, waarvan de Nederlandse en de Franse tekst trouwens niet geheel overeenstemmen,¹⁰⁸ wordt de volgende redactie ter overweging gegeven:

“Schuldontheffingsgronden zijn de in het tweede lid vermelde omstandigheden waardoor de dader van het misdrijf geen verwijt treft wegens de concrete situatie waarin hij de strafbaar gestelde gedraging pleegt, al blijft die wederrechtelijk.”

Artikel 21 OSw

100. De gemachtigde verklaarde wat volgt over de draagwijdte van het ontworpen artikel 21:

“De in het artikel 21 gehanteerde formulering toont aan dat de penale dwang *in concreto* en dus in hoofde van de betrokkene moet worden beoordeeld. Om het

¹⁰⁷ EHRM 26 januari 2016, *Iasir t. België*; zie ook EHRM 20 januari 2011, *Haxhishabani t. Luxemburg*.

¹⁰⁸ Vergelijk “een wettelijke delictsomschrijving” met “le comportement infractionnel”.

onweerstaanbaar karakter te meten, zou moeten worden gerefereerd aan de leeftijd, het geslacht, de maatschappelijke ontwikkeling en de verstandelijke ontwikkeling van de dader. De *in concreto* beoordeling strookt trouwens ook met de huidige tekst van artikel 71 Sw.: 'een macht waaraan hij niet heeft kunnen weerstaan'. Wanneer men de terminologie « waaraan hij niet hoefde te kunnen weerstaan » zou bezigen doet dit o.i. te veel afbreuk aan het vooropgestelde *in concreto* karakter van de rechtsfiguur omdat het doet veronderstellen dat de toetsingsmaatstaf de 'bonus pater familias'-standaard is, wat niet correct is voor de rechtsfiguur van de penale dwang.

De *in concreto* toets is dus het uitgangspunt, maar correcties ten behoeve van de redelijkheid moeten mogelijk blijven. Zoals uit de rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad blijkt (Hoge Raad 23 november 1999, NJ 2000, 8), mag het misschien waar zijn dat de verdachte of de beklaagde in een toestand is geraakt waarvan voor hem een sterke aandrang uitging om – desnoods exorbitante – acties te ondernemen, dat betekent niet dat redelijkerwijs niet van hem gevergd kan worden aan die aandrang weerstand te bieden. Dit is in overeenstemming met het Nederlandse wetsartikel (art. 40 Sr. : 'Niet strafbaar is hij die een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedrongen'). Deze benadering combineert als het ware subjectieve en objectieve elementen: hoewel de strafrechter met de kenmerken van de persoon van de actor rekening moet houden, zal toch een corrigerende objectieve maatstaf moeten worden gehanteerd. Op die manier kan de nodige abstrahering van een concreet geval worden gewaarborgd.

(Zie hierover uitgebreid : J. ROZIE 'In abstracto of in concreto ? Over de subjectivering van de bonus pater familias- standaard bij de toetsing van de schuldontheffingsgrond van overmacht en dwaling', NC 2016, 223-236)."

De huidige tekst van het ontworpen artikel 21 geeft evenwel niet voldoende deze bedoeling van de stellers van het ontwerp weer, temeer nu uit de uitgebreide commentaar in de memorie van toelichting blijkt dat beoogd wordt terug te komen op de naar het oordeel van de stellers van het ontwerp te strenge invulling van het overmachtsbegrip door het Hof van Cassatie.¹⁰⁹ Onder die omstandigheden kan de beoogde nuancering bezwaarlijk worden overgelaten aan een "jurisprudentiële interpretatie van de wettekst", zoals in de memorie van toelichting wordt vooropgesteld, maar dient de wetgever uitdrukkelijk stelling te nemen omtrent de te nemen opties die in het ontworpen artikel 21 duidelijk dienen te worden uitgedrukt.

101. De vraag rijst waarom in het ontworpen artikel 21 gewag wordt gemaakt van ontstentenis van strafrechtelijke verantwoordelijkheid en niet van "schuldontheffing", wat te verwachten was in een afdeling betreffende de schuldontheffingsgronden.

Hetzelfde geldt ten aanzien van het ontworpen artikel 22.

¹⁰⁹ Zie: Cass. 23 december 1968, *Arr.Cass.* 1969, 400 en *Pas.*1969, I, 377; Cass. 28 november 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, I, 436; Cass. 17 januari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, I, 650 en *Pas.* 1990, I, 584; Cass. 16 september 2014, P.13.1847, zie voorts H. BERKMOES en F. GOOSSENS, "Overmacht in strafzaken (art. 71 Sw.): de voorwaarden geschetst", *RW* 2015-16, 786-789; J. ROZIE, "Overmacht in het strafrecht: artikel 71 Sw. ontleed" in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Overmacht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 133-145; I. BOUIOUKLIÉV, eds., *La force majeure. Etat des lieux. Collection de Jeune Barreau de Chalerroi*, Limal, Anthémis, 2013.

Afdeling 4 – Gronden van niet-toerekeningsvatbaarheid

Artikel 23 OSw

102. In het ontworpen artikel 23 worden geestesstoornis en minderjarigheid op gelijke voet geplaatst met gronden van niet-toerekeningsvatbaarheid. Al is de Raad van State zich ervan bewust dat de minderjarigheid veelal als een grond van niet-toerekeningsvatbaarheid wordt beschouwd,¹¹⁰ er is toch een fundamenteel verschil tussen de geestesstoornis en de minderjarigheid.¹¹¹

Waar de geestesziekte een intrinsiek ontbreken, verlies of aantasting van de geestelijke vermogens van de betrokkene veronderstelt, is dit bij minderjarigheid zeker niet steeds het geval. Toen de wetgever bij de wet van 15 mei 1912 ‘op de kinderbescherming’ het begrip “als misdrijf omschreven feit”, dat behouden bleef in de wet van 8 april 1965 ‘betreffende de jeugdbescherming’¹¹² heeft ingevoerd, heeft hij de vraag naar het oordeelsvermogen (“oordeel des onderscheids”)¹¹³ enkel willen neutraliseren.¹¹⁴ De beantwoording van die vraag werd voortaan irrelevant geacht voor de maatschappelijke reactie op misdrijven door minderjarigen gepleegd, waarbij in de genoemde wet straffen (die de aanwezigheid hiervan veronderstellen) werden vervangen door maatregelen van bewaring, behoeding en opvoeding.¹¹⁵ Bij die neutralisering van de vraag naar het oordeel des onderscheids wilde de wetgever ermee rekening houden dat de intellectuele, morele en sociale vorming van de minderjarigen nog in ontwikkeling is. De vraag naar het oordeelsvermogen werd in die omstandigheden geacht delicaat te zijn en uiterst moeilijk te beantwoorden.¹¹⁶

Uit dit alles volgt dat de wetgever geenszins het vermoeden heeft willen instellen dat de strafrechtelijke minderjarige zonder vrije wil of verstand handelt.¹¹⁷ Het enige “vermoeden” dat de wetgever heeft ingesteld, is dat intellectuele vermogens van de minderjarige

¹¹⁰ Zie bijv.: A. DE NAUW en F. DERUYCK, o.c., 101; F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, o.c., 371-373; Ch. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET en S. VANDROMME, o.c., 291; D. VANDERMEERSCH, o.c., 144-145.

¹¹¹ Overigens is er ook een verschil tussen het begrip “toerekeningsvatbaar” en het begrip “toerekening”. Dat is overigens ook zo voor de begrippen “imputabilité” en “irresponsabilité”, die in de Franse tekst van het ontworpen artikel 23 door elkaar worden gehanteerd (“non-imputabilité” en “ne peut être responsable”).

¹¹² Thans wet ‘betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade’.

¹¹³ Omschreven als het vermogen om ten volle de draagwijdte van zijn handelen, met inbegrip van het strafbare karakter ervan, te onderkennen (verslag COLAERT, *Parl.St.*, Kamer 1911-12, nr. 77, en *Pasin.* 1912, 274).

¹¹⁴ Verslag COLAERT, *Parl.St.* Kamer 1911-12, nr. 77, en *Pasin.* 1912, 274; *Hand.* Kamer 1911-12, 2 april 1912, en *Pasin.* 1912, 318; *Hand.* Senaat 1911-12, 13 mei 1912, *Pasin.* 1912, 404; Fr. TULKENS, “Les impasses du discours de la responsabilité dans la répnalisation de la protection de la jeunesse”, in X, *La criminologie au prétoire*, Brussel, Story Scientia, 1985, (13), 18; Fr. TULKENS, “Bilan et orientations de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse”, in *Délinquance des jeunes. Politiques et interventions*, in C. DE TROY en M. VAN DE KERCHOVE, (eds.), Brussel, 1986, (5), 15.

¹¹⁵ Zie verklaring van Minister CARTON DE WIART, in *Hand.* Kamer 1991-12, 2 april 1912, *Pasin.* 1912, 318: “nous ne disons nullement que nous considérons l’enfant comme incapable de discernement. Mais nous disons que cette question ne doit pas se poser, et que la solution qu’elle comporte ne peut pas dominer le régime à appliquer à l’enfant traduit en justice.”

¹¹⁶ Zie verklaring van Minister CARTON DE WIART, in *Hand.* Senaat 1911-12, 13 mei 1912, *Pasin.* 1912, 404.

¹¹⁷ A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif*, Brussel, Larcier, 1966, III, 265; R. DECLERCQ, L’interprétation des articles 13 à 16 de la loi du 15 mai 1912 relatifs à la compétence du juge des enfants, *Ann. Dr.* 1951, (135).

onvoldoende zouden kunnen zijn ontwikkeld opdat hij ten volle zou kunnen beseffen dat zijn handelen indruist tegen het positieve recht en een strafbaar karakter heeft¹¹⁸ en – hiermee samenhangend – opdat hij er zich ten volle rekenschap van zou kunnen geven waarom er op zijn handelen met strafoplegging wordt gereageerd.¹¹⁹

Gelet op wat voorafgaat is het ongelukkig om geestesziekte en minderjarigheid op gelijke voet te plaatsen en om ten aanzien van minderjarigen gewag te maken van “toerekeningsvatbaarheid”.¹²⁰

Een alternatief zou erin kunnen bestaan dat een – in het begin van Boek 1 van het Strafwetboek te plaatsen – afzonderlijke afdeling zou worden ingevoegd met categorieën die de wetgever niet strafrechtelijk verantwoordelijk wil stellen, met naast de minderjarigen¹²¹ inzonderheid de rechtspersonen die luidens het ontworpen artikel 17, derde lid, niet als strafrechtelijk verantwoordelijk worden beschouwd.

103. In het ontworpen artikel 23 wordt enkel gewag gemaakt van de dader. De deelnemers en diegenen die pogen een misdrijf te plegen zijn technisch gesproken geen daders, al worden ze op dezelfde wijze gestraft als daders. In artikel 23 dient ook van deze categorieën gewag te worden gemaakt.

Artikel 24 OSw

104. De vraag rijst of de geestesstoornis geen meer genuanceerde benadering verdient. Zo dient ze in verband te worden gebracht met het gepleegde misdrijf: kleptomanie is een geestesstoornis, maar kan niet in verband worden gebracht met bijvoorbeeld delicten die de fysieke integriteit aantasten. Tevens moet, eventueel op een andere plaats, een regeling worden uitgewerkt voor wie op het ogenblik van het plegen van het misdrijf niet, maar op het ogenblik van de berechting wel lijdt aan een geestesstoornis.¹²²

¹¹⁸ A. BUTTGENBACH, *o.c.*, 265; R. DECLERCQ, *l.c.*, 167.

¹¹⁹ In die zin kon het Hof van Cassatie dan ook als principe vooropstellen dat elk vonnis of arrest dat een als misdrijf omschreven feit bewezen verklaart “la constatation judiciaire de la culpabilité du chef d’un acte conscient et volontaire qualifiée crime ou délit [ou contravention] par la loi pénale” inhoudt, daar de neutralisering van de vraag naar het “oordeel des onderscheids” slechts slaat op “la pleine intelligence de la criminalité de l’acte” (Cass. 10 maart 1913, *Pas.* 1913, I, 140).

¹²⁰ De gemeenschappen zijn overigens bevoegd om de bejegeningwijze ten aanzien van minderjarige delinquenten te bepalen, en kunnen in het raam van hun ruime bevoegdheid ter zake een (weliswaar specifiek) jeugdsanctierecht instellen (zie: *Parl.St.* Senaat 2013-14, nr. 5-2232/1, 54-55; verslag MOUREAUX-CLAES, *Parl.St.* Senaat 2013-14, nr. 5-2232/5, 23, 24 en 146), zodat de federale wetgever zich inzake minderjarigen niet kan uitspreken over de toerekeningsvraag nu dit onlosmakelijk is verbonden met de aard van de reactiewijze op jeugddelinquentie.

¹²¹ Dat neemt niet weg dat uit het concept “als misdrijf omschreven feit” voortvloeit dat een aantal algemene regels uit Boek 1 van het Strafwetboek van toepassing zijn wanneer de zaak op grond van deze vorderingsgrond bij de jeugdrechtbank aanhangig wordt gemaakt.

¹²² Zie ook opmerking 109.

Artikel 25 OSw

105. Het ontworpen tweede lid van artikel 25 heeft betrekking op een straf en hoort derhalve niet thuis in dat artikel, maar in het volgende hoofdstuk, dat net handelt over de straf.

106. Onverminderd de vorige opmerking, dient in het ontworpen artikel 25, tweede lid, gewag te worden gemaakt van het ogenblik van het plaatsvinden van het strafbare gedrag gesteld door de minderjarige, in de plaats van te verwijzen naar “het tijdstip van de misdaad”. Het is anders immers mogelijk dat de betrokkene, ondanks zijn minderjarigheid op het ogenblik van het stellen van het gedrag, toch strafbaar wordt, wanneer het gevolg van het misdrijf intreedt na zijn meerderjarigheid.

107. Nog ten aanzien van die bepaling wordt beter, in plaats van louter te bepalen dat de levenslange opsluiting niet wordt uitgesproken, bepaald dat een straf van niveau 7 wordt opgelegd ten aanzien van op het ogenblik van de feiten minderjarigen.

Hoofdstuk 4 – Straffen

Algemene opmerkingen

108. De structuur van de afdelingen van het ontworpen hoofdstuk 4 over de straffen is voor verbetering vatbaar: de bepalingen over straffen voor natuurlijke en rechtspersonen staan soms door elkaar en zijn niet volgens eenzelfde logische indeling geordend, wat de lees- en hanteerbaarheid ervan niet bevordert.

Ook geeft de niet altijd eenduidige formulering aanleiding tot verwarring. Zo verwijst men in de ontworpen artikelen 35 en 38 naar de toepasselijke bijkomende straffen “in de door de wet bepaalde gevallen en behoudens de in bijzondere wetten bepaalde straffen”¹²³. In de ontworpen artikelen 40 (ontbinding), 49 (geldboete) en 56 (uitsluiting van deelneming aan overheidsopdrachten of aan concessies) wordt daarover niets geschreven. In het ontworpen artikel 48 (veroordeling bij schuldigverklaring) wordt verwezen naar “een straf van niveau 2 of van niveau 1 en behoudens in de bij de wet bepaalde gevallen”. De ontworpen artikelen 53 (beroepsverbod) en 57 (verval van het recht tot sturen) zijn dan weer “[o]nverminderd andere wettelijke bepalingen” van toepassing. De straffen bedoeld in de ontworpen artikelen 54 (bekendmaking van de beslissing houdende veroordeling), 55 (sluiting van de inrichting) en 58 (woon- of contactverbod) kunnen worden opgelegd “[i]n de bij wet bepaalde gevallen”.

Hoofdstuk 4 dient gelet op wat voorafgaat grondig te worden herbekeken.

109. Het wekt verwondering dat in het ontworpen hoofdstuk 4 nergens gewag wordt gemaakt van (al dan niet strafvervangende) beveiligingsmaatregelen. Zo wordt met geen woord gerept over de internering, terwijl men dit toch had verwacht in een tekst met de basisregels van het Belgische strafrecht. Ook worden bepaalde beveiligingsmaatregelen, zoals bepaalde vormen

¹²³ Zie ook het voorstel tot terminologische aanpassing geformuleerd in de artikelsgewijze bespreking onder artikel 35.

van bijzondere verbeurdverklaring, zonder meer als straf behandeld, terwijl ze dat karakter niet hebben en de rechter ermee andere doelstellingen nastreeft dan deze vermeld in het ontworpen artikel 26, eerste lid. De stellers van het ontwerp dienen zich erover te beraden of er geen afzonderlijk hoofdstuk over de beveiligingsmaatregelen dient te worden ingevoerd, dan wel of hoofdstuk 4 niet dient te worden aangevuld met een onderdeel betreffende deze maatregelen.¹²⁴

110. Het is logischer de afdelingen betreffende de straffen eerst te plaatsen, en pas daarna de regels betreffende de straftoemeting, de verzwarende en verzachtende omstandigheden en de verschoningsgronden.

111. In de afdelingen 3 en 4 van het ontworpen hoofdstuk 4 wordt een onderscheid gemaakt tussen hoofdstraffen en bijkomende straffen, zonder dat enige definitie wordt gegeven van die begrippen. Gelet op de gevolgen van dit onderscheid en omwille van de duidelijkheid dient het ontwerp op dit vlak te worden aangevuld.

112. In de ontworpen artikelen 33, 34, 36 en 37 wordt in het opschrift telkens gewag gemaakt van “criminele hoofdstraffen” en “correctionele hoofdstraffen”, terwijl die terminologie in de tekst van die artikelen niet meer voorkomt.¹²⁵ Zo men het nuttig acht deze terminologie te behouden, dient ze ook in de tekst te worden gehanteerd.

113. De ontworpen artikelen 45, § 3, eerste lid, 46, § 3, tweede lid, eerste zin, en 47, § 4, derde lid, eerste zin, bevatten zeer ruime en vaag omschreven delegaties aan de Koning om de nadere regels te bepalen inzake respectievelijk de tenuitvoerlegging en de controle van de straf onder elektronisch toezicht, de werkstraf en de probatiestraf.

De draagwijdte van deze bepalingen is niet duidelijk. Ofwel wordt ermee louter herinnerd aan de algemene uitvoeringsbevoegdheid waarover de Koning beschikt op grond van artikel 108 van de Grondwet, maar in dat geval zijn de genoemde bepalingen overbodig en dienen ze te worden weggelaten. Ofwel wordt er meer mee beoogd dan hetgeen voortvloeit uit de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning, maar dan dienen de toegekende delegaties te worden gespecificeerd, rekening houdend met het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel en de bevoegdheden van de gemeenschappen met betrekking tot de justitiehuizen en de dienst die de uitwerking en de opvolging van het elektronisch toezicht verzekert (artikel 5, § 1, III, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980).¹²⁶

114. Het ontwerp zou aan duidelijkheid winnen indien de thans over verschillende artikelen verspreide bepalingen inzake de vervangende straffen zouden worden opgenomen in

¹²⁴ In dat geval zou ook het opschrift van het hoofdstuk moeten worden aangevuld (bijvoorbeeld “Straffen en beveiligingsmaatregelen”).

¹²⁵ Daar wordt respectievelijk geschreven “op de misdaden toepasselijke hoofdstraffen” en “op de wanbedrijven toepasselijke hoofdstraffen”.

¹²⁶ Volgens de gemachtigde zou het slechts gaan om “certains aspects administratifs et pratiques de l’exécution de la peine”, maar dat blijkt nergens uit de tekst. Ook in dat geval zou overigens dienen te worden bepaald om welke aspecten het gaat en dient rekening te worden gehouden met de genoemde gemeenschapsbevoegdheden.

een algemeen artikel of in een afzonderlijke afdeling daaromtrent. Hetzelfde geldt voor de bepalingen betreffende het tijdstip waarop de opgelegde straf ingaat.

Afdeling 1 – Algemeen

Artikel 26 OSw

115. Het opschrift van het ontworpen artikel 26 geeft niet geheel de inhoud van dat artikel weer nu erin niet enkel de mogelijke doelstellingen van de straf worden bepaald, maar ook, in het tweede en het derde lid, een aantal beginselen die bij de oplegging ervan in acht dienen te worden genomen. Die leden worden het best in een afzonderlijk artikel opgenomen, voorzien van een geëigend opschrift.

116. Het valt op dat in de opsomming van de doelstellingen van de straf, in het ontworpen artikel 26, geen gewag wordt gemaakt van de algemene en individuele preventie (ontrading) die klassiek ook als doelstellingen van de straf worden beschouwd.¹²⁷ Wellicht is dat gesteund op een aantal penologische inzichten,¹²⁸ maar het zou, gelet op het maatschappelijke belang van de vraag naar de doelstellingen van de straf, nuttig zijn om in de memorie van toelichting te expliciteren waarom deze doelstellingen niet werden opgenomen in de genoemde opsomming.

117. Luidens de inleidende zin van het ontworpen artikel 26, eerste lid, *moeten* bij de keuze van de straf en bij het bepalen van de strafmaat “*de*” daarop volgende “doelen” worden nagestreefd. In de memorie van toelichting wordt evenwel vooropgesteld dat één of meer van die doelstellingen kunnen worden nagestreefd, en derhalve niet noodzakelijk het geheel van die doelstellingen. Er dient dan te worden geschreven: “streeft de rechter¹²⁹ één of meer van de volgende doelstellingen¹³⁰ na”.

118. Aangezien in de strafwet technisch gezien geen verboden worden gesteld, maar wel gedrag wordt omschreven of aangewezen waaraan de wetgever een straf koppelt, schrijven men in het ontworpen artikel 26, eerste lid, 1°, “het plegen van het misdrijf” in plaats van “de overtreding van de strafwet”.

119. In het ontworpen artikel 26, tweede lid, zou ook gewag moeten worden gemaakt van het beginsel van de evenredigheid van de straf, dat ook geldt wanneer de rechter *in concreto* een straf oplegt. De gemachtigde verklaarde dat die bepaling in die zin zal worden aangevuld.

¹²⁷ A. DE NAUW en F. DERUYCK, o.c., 121.

¹²⁸ Al rijst de vraag of die inzichten zonder meer gelden ten aanzien van alle categorieën van misdrijven, zoals financiële misdrijven of verkeersmisdrijven.

¹²⁹ Het is immers tot hem dat artikel 26 is gericht.

¹³⁰ Zie het opschrift van artikel 26.

120. Luidens het ontworpen artikel 26, derde lid, is de vrijheidsbenemende straf de laatst te overwegen straf, die slechts kan worden uitgesproken wanneer de strafdoelstelling van de bescherming van de maatschappij niet kan worden bereikt met één van de andere straffen of maatregelen waarin de wet voorziet. Die regel is evenwel te absoluut gesteld nu hij niet kan worden toegepast in de gevallen waarin, zelfs met toepassing van verzachtende omstandigheden, in ieder geval een vrijheidsbenemende straf dient te worden opgelegd, namelijk wanneer het gaat om misdaden. Tevens rijst de vraag waarom hij niet geldt ten aanzien van de strafdoelstellingen bedoeld in het ontworpen artikel 26, eerste lid, 1° en 2°, waarvan het denkbaar is dat ze (in een beperkt aantal gevallen) ook niet kunnen worden bereikt met andere straffen dan de vrijheidsbenemende straf. Het ontworpen artikel 26, derde lid, dient gelet hierop te worden aangepast.

121. Er dient in het ontworpen artikel 26, derde lid, te worden verduidelijkt wat wordt bedoeld met het begrip “vrijheidsbenemende straf”. Wellicht wordt enkel verwezen naar de opsluiting of de gevangenisstraf, maar ook de straf onder elektronisch toezicht zou onder het begrip kunnen worden begrepen.

Bovendien moet worden gestreefd naar terminologische uniformiteit: waar in de Nederlandse tekst van de genoemde bepaling gewag wordt gemaakt van “vrijheidsbenemende straf”, wordt in het opschrift van afdeling 5 van hoofdstuk 4 van het ontworpen Boek 1 van het Strafwetboek en in de ontworpen artikelen 43 en 44 gewag wordt gemaakt van “vrijheidsstraffen”.

Artikel 27 OSw

122. Luidens het ontworpen artikel 27 kan de wet voorzien in verzwarende omstandigheden die de rechter in overweging moet nemen wanneer hij de straf of de maatregel en de zwaarte ervan kiest, zonder dat hij een straf van een hoger niveau mag opleggen.

De draagwijdte van deze bepaling is niet geheel duidelijk. In de memorie van toelichting wordt enerzijds vooropgesteld dat het gaat om “omstandigheden waarvan de wetgever wil dat zij door de rechter *in aanmerking* worden genomen bij het vaststellen van de straf”, maar anderzijds dat ze worden overgelaten aan “de *beoordeling* van de rechter bij de vaststelling van de straf”, dat ze “niet *ipso facto* een hogere straf met zich [meebrengen]”, maar “hun impact op de keuze van de straf en de strafmaat deel uit[maakt] van de *discretionaire beoordelingsbevoegdheid* van de rechter”, die wordt *uitgenodigd* om die omstandigheid in aanmerking te nemen bij de keuze van de straf en bij de bepaling van de strafmaat. Uit dat laatste kan worden afgeleid dat de verzwarende omstandigheid enkel een soort in herinnering brengen is door de wetgever van een omstandigheid die een invloed zou kunnen hebben op de keuze door de rechter van de straf en de strafmaat, en waarvan de rechter moet nagaan of hij er al dan niet een gewicht aan toekent bij het nemen van zijn beslissing daarover. Daargelaten de vraag naar de zin

van zo een bepaling, dient, mocht dat effectief de draagwijdte zijn van het ontworpen artikel 27, dit duidelijker uit de tekst ervan tot uiting te komen.¹³¹

123. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of het begrip “verzwarende omstandigheden” niet kan worden vervangen door een ander begrip gelet op het gegeven dat het aannemen ervan nooit als gevolg kan hebben dat het betrokken misdrijf met een straf van een ander¹³² niveau wordt gestraft of dat de strafmaat verplicht wordt gewijzigd, in tegenstelling tot wat het geval is met de verzachtende omstandigheden en afwijkend van de betekenis die dat begrip tot nu toe had en nog steeds heeft in internationale instrumenten.

Artikel 28 OSw

124. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 28 schrijve men “Wanneer de rechter oordeelt” in plaats van “Wanneer de rechter van mening is”.

Een gelijkaardige opmerking geldt ten aanzien van het ontworpen artikel 61, § 2.

Artikelen 29 en 30 OSw

125. De ontworpen artikelen 29 en 30 voorzien in de mogelijkheid voor de gerechtelijke overheden om respectievelijk een voorlichtingsrapport te laten opstellen in het licht van de meest gepaste straftoemeting en een advies van een dienst gespecialiseerd in de begeleiding of de behandeling van seksuele delinquenten omtrent de meest geschikte straf voor seksuele delinquenten. Die strafprocessuele bepalingen horen niet thuis in het Strafwetboek, maar dienen in het toekomstige wetboek van strafprocesrecht te worden opgenomen. De hierna volgende opmerkingen worden dan ook maar in subsidiaire orde gemaakt.

126. In de laatste zin van het ontworpen artikel 29 dient te worden gespecificeerd wat de “nadere regels” inhouden die de Koning kan vaststellen betreffende het opstellen van het erin bedoelde voorlichtingsrapport. Daarbij zal erop moeten worden toegezien de bevoegdheid van de gemeenschappen inzake de justitiehuisen of de diensten van de gemeenschappen die deze overnemen, niet te betreden.

127. De vraag rijst of het voldoende duidelijk is wat de in het ontworpen artikel 30 gehanteerde term “seksueel misdrijf” juist inhoudt. Die term is thans immers geen wettelijk begrip.¹³³ Ook kan een seksueel motief spelen bij een ander misdrijf. Gelet hierop en op de inhoud van het in voorbereiding zijnde Boek 2 van het Strafwetboek dient het ontworpen artikel 30 te worden herbekeken.

¹³¹ In ieder geval is het dan verwarrend te schrijven dat hij de verzwarende omstandigheid in overweging “moet” nemen.

¹³² *In casu* hoger.

¹³³ Mogelijk zal dit wel zo zijn na de herziening van Boek 2 van het Strafwetboek.

128. Nog in het ontworpen artikel 30 wordt beter gewag gemaakt van diensten met forensische expertise met betrekking tot seksuele delinquenten.

Afdeling 2 – De verschoningsgronden

Artikel 31 OSw

129. Het opschrift bij het ontworpen artikel 31 zou beter luiden “Begripsomschrijving” of “Definitie” in plaats van “De verschoningsgronden” nu het opschrift van de afdeling waarin het artikel is ondergebracht ook reeds dat laatste opschrift draagt en in het ontworpen artikel 32 een specifieke verschoningsgrond wordt omschreven.

130. Op grond van de in het ontworpen artikel 31, eerste lid, opgenomen definitie zijn ook de verzachtende omstandigheden verschoningsgronden nu ze tot strafvermindering leiden, maar het is allicht niet de bedoeling ze onder de definitie te brengen aangezien het om een open categorie gaat.¹³⁴ In die definitie komt overigens niet goed tot uiting dat strafonthefing en strafvermindering een wettelijk gevolg zijn van het voorhanden zijn van een verschoningsgrond. De genoemde definitie dient derhalve te worden herzien.

Artikel 32 OSw

131. Wat betreft de voorwaarde om noodweerexces te kunnen invoeren dat de reactie het onmiddellijke gevolg is van de hevige gemoedstoestand die door de aanval werd veroorzaakt, wordt in de memorie van toelichting vooropgesteld dat men weliswaar rekening dient te houden met de bijzondere gevoeligheden van de persoon in kwestie, maar met als correctie dat de gemoedsbeweging van aard moet zijn om bij een normaal en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst dezelfde reactie te veroorzaken. Om een al te verregaande subjectivering te vermijden,¹³⁵ wordt deze voorwaarde het best in de tekst van het ontworpen artikel 32 opgenomen.

Afdeling 3 – Op natuurlijke personen toepasselijke straffen

Artikel 33 OSw

132. In de Nederlandse tekst van de inleidende zin van het ontworpen artikel 33, eerste lid, schrijve men “namelijk” (dat een limitatieve betekenis heeft) in plaats van “met name” (dat “in het bijzonder” betekent), en in het Frans “à savoir les” in plaats van “classés en”.

¹³⁴ Indien dat toch de bedoeling zou zijn, rijst de vraag wat de verhouding is tussen de ontworpen artikelen 28 en 31.

¹³⁵ Zie ook adv.RvS 40.503/2 van 5 juli 2006 over een voorstel van wet ‘tot wijziging van het Strafwetboek met betrekking tot de regeling inzake noodweer en tot invoering van de algemene schulditsluitingsgrond ‘noodweerexces’, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-243/2, adv.RvS 40.504/2 van 5 juli 2006 over een voorstel van wet ‘tot wijziging van de artikelen 416 en 417 van het Strafwetboek’, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-409/2 en adv.RvS 40.505/2 van 5 juli 2006 over een voorstel van wet ‘tot wijziging van sommige bepalingen van het Strafwetboek inzake noodweer’, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-512/2.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van de ontworpen artikelen 34, eerste lid, 36, eerste lid, en 37, eerste lid.

133. Luidens het ontworpen artikel 33, eerste lid, eerste streepje (lees: 1°), bestaat de straf van niveau 8 uit levenslange opsluiting. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat artikel 3 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens wat betreft levenslange straffen “doit être interprété comme exigeant qu’elles soient compressibles, c’est-à-dire soumises à un réexamen permettant aux autorités nationales de rechercher si, au cours de l’exécution de sa peine, le détenu a tellement évolué et progressé sur le chemin de l’amendement qu’aucun motif légitime d’ordre pénologique ne permet plus de justifier son maintien en détention”.¹³⁶

Bij het opstellen van het toekomstige wetboek van strafuitvoering zal hiermee rekening dienen te worden gehouden. De huidige regeling die is opgenomen in de wet van 17 mei 2006 ‘betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten’¹³⁷ is alvast conform de in het genoemde arrest omschreven beginselen.

134. De gemachtigde verklaarde omtrent het hanteren van het woord “gevangenisstraf” in het ontworpen artikel 33, tweede en derde lid, wat volgt:

“Uit artikel 1 van het Voorontwerp volgt dat de vermindering van de straf na toepassing van de verzachtende omstandigheden geen gevolg heeft voor de aard van het misdrijf. Aan dit uitgangspunt kan niet worden geraakt. De koppeling van een misdrijf aan een categorie (misdaden of wanbedrijven) gebeurt op grond van het criterium van de straf waarin is voorzien in de wettelijke bepaling tot strafbaarstelling van het misdrijf en dus niet langer naargelang de concrete straf die is opgelegd door de rechter na toepassing van de verzachtende omstandigheden. Wanneer men dus vertrekt van een misdaad die na aanneming van verzachtende omstandigheden wordt bestraft met een gevangenisstraf, blijft het crimineel karakter behouden. Dit wordt uitgelegd in de memorie van toelichting bij artikel 1. Artikel 33 moet m.a.w. worden samen gelezen met het artikel 1.”

In het licht van dit antwoord rijst evenwel de vraag of in het ontworpen artikel 33, tweede en derde lid, wel van “een gevangenisstraf” gewag dient te worden gemaakt, en of het niet consequenter is ook na aanname van verzachtende omstandigheden de term “opsluiting” te hanteren zodat blijkt dat de aard van het misdrijf niet is veranderd ten gevolge van de opgelegde straf. In dat geval dient wel het ontworpen artikel 42 te worden aangepast. Eveneens dienen de stellers van het ontwerp de gevolgen van de genomen optie na te gaan op het vlak van de verjaring van de straf (zie het ontworpen artikel 69).

¹³⁶ EHRM (Grote Kamer) 9 juli 2013, *Vinter t. Verenigd Koninkrijk*, § 119. Zie hierover ook adv.RvS 52.226/3-52.227/3-52.230/3 van 6 november 2012 over een voorstel van wet ‘tot invoering in het Strafwetboek van een beveiligingsperiode bij veroordelingen voor bijzonder zware misdrijven’, een voorstel van wet ‘tot invoering van een beveiligingsperiode in het strafrecht’ en een voorstel van wet ‘tot wijziging van het Strafwetboek, het Wetboek van straffordering en de wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten, teneinde een beveiligingsperiode in te voeren’, opmerkingen 9 tot 11, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1595/002, 7-9.

¹³⁷ Zie artikel 25, § 2, van die wet.

Meer algemeen kan de vraag worden gesteld of het nog zinvol is het terminologische onderscheid tussen “opsluiting” en “gevangenisstraf” aan te houden nu het niveau van de wettelijke straf beslissend is en niet de naam ervan.

Artikel 34 OSw

135. In het ontworpen artikel 34, tweede tot vijfde en zevende lid, wordt telkens beter geschreven dat de rechter bij aanwezigheid van verzachtende omstandigheden de erin vermelde straffen kan opleggen in plaats van te schrijven dat “die straf[en] word[en] vervangen”.

136. De vraag rijst of de veroordeling bij schuldigverklaring (ontworpen artikel 34, achtste lid, laatste streepje (lees: 7°)) wel kan worden beschouwd als een straf. De schuldigverklaring is normaal een stap die de oplegging van de straf voorafgaat, zodat de vraag rijst of het beschouwen van de veroordeling bij schuldigverklaring als straf er eigenlijk niet op neerkomt dat de straf erin bestaat dat geen straf wordt opgelegd, wat contradictorisch is.

Subsidiair vraagt de Raad van State zich af waarom niet gewoonweg gewag wordt gemaakt van “schuldigverklaring aan het misdrijf” in plaats van het taalkundig wat vreemde “veroordeling bij schuldigverklaring”.

137. Daargelaten de vraag naar zijn karakter, komt de eenvoudige schuldigverklaring zowel voor in de opsomming van de straffen van niveau 2 als in de opsomming van de straffen van niveau 1 (zie respectievelijk het zesde en het achtste lid van het ontworpen artikel 34). Een volledig identieke straf kan, gelet op de hiërarchie die de indeling in niveaus impliceert, evenwel moeilijk zowel tot het ene niveau als tot het andere niveau behoren. Deze inconsistentie dient te worden weggewerkt.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van het ontworpen artikel 37, zesde en achtste lid.

138. *In fine* van het ontworpen artikel 34, laatste lid, schrijve men beter “kan de rechter bij aanneming van verzachtende omstandigheden die bijkomende straf als enige straf uitspreken”.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van het ontworpen artikel 37, laatste lid.

Artikel 35 OSw

139. In tegenstelling tot wat voor de hoofdstraffen het geval is, wordt in het geheel geen gradatie ingesteld tussen de bijkomende straffen, wat onder meer tot moeilijkheden aanleiding kan geven om in geval van wijziging van wetgeving of na aanwending van rechtsmiddelen¹³⁸ te bepalen wat de minst zware straf is. Al is de Raad van State zich ervan bewust dat een aantal bijkomende straffen van zeer verschillende aard zijn, dient toch, mede gelet op de ingrijpende

¹³⁸ Zie artikel 211bis van het Wetboek van Strafvordering.

gevolgen van de bijkomende straffen, te worden nagegaan of geen vormen van hiërarchie tussen (eventueel bepaalde categorieën van) bijkomende straffen kunnen worden ingesteld en of er, meer dan thans het geval is, geen koppeling kan worden gemaakt tussen het niveau van de hoofdstraf en de bijkomende straf.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van het ontworpen artikel 38.

140. In de Nederlandse tekst van de inleidende zin van het ontworpen artikel 35 schrijve men, zo die vermelding al noodzakelijk of nuttig is, beter “zonder afbreuk te doen aan de in de bijzondere wetten bepaalde straffen” in plaats van “behoudens de in bijzondere wetten bepaalde straffen”.

141. De gemachtigde verklaarde het volgende wat betreft de bewoordingen “in de door de wet bepaalde gevallen”, die in het ontworpen artikel 35 worden gehanteerd:

“De notie ‘in de door de wet bepaalde gevallen’ duidt op het feit dat de bijkomende straf bij wet moet zijn voorzien voor dat misdrijf. Dit kan in het algemeen in Boek I Sw. (bv. de ontzetting uit de rechten of het verval van het recht tot sturen indien een voertuig is gebruikt) of in het bijzonder bij de specifieke strafbaarstelling in Boek II Sw. of de bijzondere strafwet (geldboete, bekendmaking,... omdat in de omschrijving van deze straffen in Boek I staat ‘in de bij wet bepaalde gevallen’).”

Wat betreft artikel 38 van het ontwerp legde de gemachtigde eenzelfde verklaring af.

De Raad van State vraagt zich evenwel af of het werkelijk de bedoeling is dat de mogelijkheid om de ontzetting uit “de” rechten uit te spreken ook wat de straffen van niveau 2 tot 6 betreft een algemene draagwijdte zou hebben, en derhalve ook mogelijk zou zijn wanneer dit niet in een specifieke strafbepaling¹³⁹ uitdrukkelijk wordt bepaald nu aldus een volkomen onevenredige straf zou worden ingesteld. In ieder geval toont dit aan dat de in het ontworpen hoofdstuk 4 gehanteerde terminologie aan een grondig nieuw onderzoek dient te worden onderworpen.¹⁴⁰

Het is in een algemeen (inleidend) artikel over de bijkomende straffen overigens niet nodig (en, omwille van de verwarring die eruit kan voortvloeien, te vermijden) om te verwijzen naar de “[i]n de door de wet bepaalde gevallen” op grond waarvan een straf hetzij in alle gevallen (bepaling in Boek 1 van het Strafwetboek), hetzij in een specifiek geval (in Boek 2 van het Strafwetboek of in een bijzondere wet) kan worden opgelegd,¹⁴¹ noch naar andere, in bijzondere strafwetten voorkomende bepalingen waarbij andere bijkomende straffen worden ingesteld.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van het ontworpen artikel 38.

¹³⁹ In Boek 1 van het Strafwetboek of in een bijzondere strafwet.

¹⁴⁰ Zie opmerking 108.

¹⁴¹ Dat dient te gebeuren in de verder opgenomen artikelen waarin de bijkomende straffen nader worden omschreven.

142. De in het ontworpen artikel 35, vierde streepje (lees: 4°), bedoelde straf wordt “ontzetting uit *de* rechten” genoemd. Omdat de straf uiteraard geen betrekking heeft op alle rechten van de veroordeelde, wordt het woord “de” beter weggelaten of kan worden geschreven “uit de rechten bedoeld in artikel 52, eerste lid,” of, naar analogie van de huidige benaming, “ontzetting uit *bepaalde* burgerlijke en politieke rechten”.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van het ontworpen artikel 52.

143. In het ontworpen artikel 35, eerste lid, zesde streepje (lees: 6°), schrijf men beter “uitsluiting van het recht in te schrijven voor overheidsopdrachten of om concessies te verkrijgen” in plaats van “uitsluiting van deelneming aan overheidsopdrachten of aan concessies”.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van de ontworpen artikelen 37, achtste lid, achtste streepje (lees: 8°), en 56 (opschrift en eerste lid).

144. De in het ontworpen artikel 35, achtste streepje (lees: 8°), bedoelde bijkomende straf van sluiting van de inrichting impliceert wellicht ook het verbod om de inrichting te heropenen en verder te exploiteren gedurende een bepaalde periode, die evenwel aan de hand van een in die bepaling op te nemen minimum en maximum moet worden vastgesteld. Indien ook een definitieve sluiting wordt beoogd, dient dat eveneens te worden gespecificeerd.

Afdeling 4 – Op rechtspersonen toepasselijke straffen

Onderafdeling 1 – Hoofdstraffen en bijkomende straffen

Algemene opmerking

145. De meeste van de in de ontworpen artikelen 36 en 37 opgesomde bedragen¹⁴² van de geldboete zullen voor sommige rechtspersonen een uiterst hoge straf uitmaken, en voor andere rechtspersonen, zoals zeer grote ondernemingen, een straf met slechts een eerder geringe impact. Daardoor kan in sommige gevallen de in het ontworpen artikel 49, eerste lid, uitgedrukte regel dat de geldboete wordt bepaald in verhouding tot de financiële draagkracht, de omzet en de omvang van de rechtspersoon onwerkzaam worden of moeilijk te realiseren. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of de bedragen in dit licht niet dienen te worden aangepast en gedifferentieerd.

Artikel 36 OSw

146. De gemachtigde verklaarde het volgende betreffende het ontworpen artikel 36:

“Het bedrag van 4.320.000 vormt de vertaalslag van de huidige situatie zoals verwoord in het artikel 41*bis* Sw. met inbegrip van de opdecimen. Het is immers de bedoeling dat de wetgever bij de hervorming de opdecimen op 0 zet. Het is wel zo dat op

¹⁴² Die enigszins moeten worden aangepast, zie de volgende opmerking.

het ogenblik van de redactie van het voorontwerp van het Boek I van het Strafwetboek het mechanisme van de opdecimen nog een multiplicator van 6 impliceerde (vandaar: $720.000 \times 6 = 4.320.000$). Thans werd de multiplicator opgetrokken naar 8. De bedragen kunnen dus best worden aangepast aan de nieuwe opdecimen. Dit betekent dan een maximum van $720.000 \times 8 = 5.760.000$.”

Het ontworpen artikel 36 dient derhalve in ieder geval te worden aangepast, ook wat betreft de andere bedragen dan het genoemde maximumbedrag.

Artikel 37 OSw

147. Luidens het ontworpen artikel 37, zesde lid, vierde streepje (lees: 4°), kan de straf van niveau 2 voor rechtspersonen bestaan uit de cumulatie van twee *of meerdere* straffen van niveau 1. Aldus kunnen alle straffen van niveau 1 (behalve, uit haar aard, de veroordeling bij schuldigverklaring) met elkaar worden gecombineerd, wat leidt tot een exorbitant hoge straf die bezwaarlijk kan worden geacht te voldoen aan het evenredigheidsbeginsel en overigens ook zwaarder kan zijn dan sommige straffen van een hoger niveau.

148. Nog met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel kan de vraag worden gesteld of sommige van de in het ontworpen artikel 37, achtste lid, opgesomde straffen, zoals de ontbinding,¹⁴³ het verbod om de activiteit die deel uitmaakt van het maatschappelijk doel van de rechtspersoon uit te oefenen voor een periode van één tot tien jaar, de uitsluiting van deelneming aan overheidsopdrachten of om een concessie te verkrijgen voor een periode van één tot tien jaar of de sluiting van de inrichting, niet uitzonderlijk zwaar zijn om te behoren tot de categorie van de minst zware straffen. Ook de onderlinge zwaarte van de tot niveau 1 behorende straffen wordt daardoor zeer verschillend.

Het ontworpen artikel 37, achtste lid, dient derhalve te worden herbekeken.

Onderafdeling 2 – Bepalingen betreffende de specifieke straffen toepasselijk op de rechtspersonen

Artikel 39 OSw

149. De gemachtigde verschafte de volgende toelichting bij de in het ontworpen artikel 39, § 1, eerste lid, tweede zin, voorkomende woorden “Binnen de grenzen bepaald door het misdrijf”:

“Deze omschrijving wordt als zodanig ook reeds gebezigd in het huidig Strafwetboek, m.n. bij de werkstraf en de autonome probatiestraf ‘Binnen de perken van de op het misdrijf gestelde straffen, alsook van de wet op grond waarvan de zaak voor hem werd gebracht’.

Men zou kunnen beargumenteren dat de omschrijving ‘binnen de grenzen bepaald door de wet’ de lading dekt, toch is een toevoeging aangewezen. De toevoeging van de

¹⁴³ Zie hieromtrent ook opmerking 155.

omschrijving ‘binnen de grenzen bepaald voor het misdrijf’ maakt o.i. immers duidelijk dat naast het gegeven dat de algemene voorwaarden voor die rechtsfiguur moeten verenigd zijn, het *quantum* van de straf wijzigt/kan wijzigen naargelang het misdrijf, naast de algemene voorwaarden bepaald voor die rechtsfiguur. In het Voorontwerp wordt deze formulering trouwens ook gebezigd voor de werkstraf en de probatiestraf.”

Desalniettemin rijst de vraag of de genoemde bepaling niet duidelijker kan worden geformuleerd. Minstens zou de gehanteerde formulering in de memorie van toelichting moeten worden verduidelijkt.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van de ontworpen artikelen 46, § 1, eerste lid, en 47, § 1, eerste lid, tweede en derde zin.

150. Luidens het ontworpen artikel 39, § 1, tweede lid, kan een dienstverleningsstraf ten gunste van de gemeenschap ten aanzien van een rechtspersoon slechts worden uitgesproken indien hij “in persoon” of via zijn advocaat “met kennis van zaken” zijn instemming heeft gegeven.

Vooreerst dient te worden opgemerkt dat een rechtspersoon slechts handelt door middel van zijn bevoegde organen, zodat hij niet “in persoon” instemming kan verlenen met de dienstverleningsstraf.

Voorts rijst de vraag of in dezelfde bepaling de Nederlandse formulering “met kennis van zaken” volledig hetzelfde inhoudt als de Franse formulering “un consentement éclairé”, en wat er juist mee wordt bedoeld.¹⁴⁴ In ieder geval dient er op het moment dat de instemming wordt verleend, klaarheid te bestaan over de juiste inhoud van de dienstverleningsstraf. In dit verband rijst de vraag of, eerder dan de rechter de mogelijkheid te verlenen aanwijzingen te verstrekken omtrent de concrete inhoud en de nadere uitvoering van de dienstverleningsstraf, hij daartoe niet moet worden verplicht, net om te waarborgen dat de betrokken rechtspersoon met kennis van zaken met de straf instemt.

Het ontworpen artikel 39, § 1, tweede lid, dient gelet op wat voorafgaat te worden herbekeken.

151. De zinsconstructie van de eerste zin van het ontworpen artikel 39, § 2, loopt in de Nederlandse tekst mank, wat dient te worden verholpen.

152. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of de in het ontworpen artikel 39, § 2, tweede lid, opgenomen opsomming van instanties ten voordele waarvan de dienstverleningsstraf ten gunste van de gemeenschap kan worden uitgevoerd, volledig is. Zo rijst de vraag of ook de openbare centra voor maatschappelijk welzijn niet dienen te worden vermeld.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van het ontworpen artikel 46, § 2, tweede lid.

¹⁴⁴ Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van de ontworpen artikelen 46, § 1, tweede lid, en 47, § 1, tweede lid.

153. De paragrafen 3 en 4 van het ontworpen artikel 39 betreffen de strafuitvoering en horen eerder thuis in het toekomstige wetboek van strafuitvoering.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van het ontworpen artikel 46, §§ 3 en 4.

Artikel 40 OSw

154. De ontbinding van de rechtspersoon, zoals die is omschreven in het ontworpen artikel 40, eerste lid, zou kunnen worden beschouwd als een beveiligingsmaatregel eerder dan als een straf. Mocht dit in de bedoeling liggen, dan zou dit artikel op een andere plaats moeten worden ondergebracht.¹⁴⁵

155. Het is, enigszins verband houdend met de vorige opmerking, niet duidelijk of de ontbinding slechts kan worden uitgesproken in specifieke, bij een wettelijke norm bepaalde gevallen, dan wel of het ontworpen artikel 40 een algemene draagwijdte heeft en derhalve voor alle gevallen geldt, zoals uit de inhoud van dat artikel lijkt voort te vloeien en door de gemachtigde wordt vooropgesteld. In dat laatste geval rijst de vraag of het om een verplichting gaat als aan de toepassingsvoorwaarden van het artikel is voldaan.¹⁴⁶

Daarnaast rijst de vraag of het consistent is de ontbinding te catalogeren als hoofdstraf van niveau 1. Gelet op haar inhoud is het een straf (of eventueel maatregel) die staat naast de hoofdstraf: ze kan immers worden opgelegd wanneer de rechtspersoon opzettelijk is opgericht om de strafbare werkzaamheden te verrichten *waarvoor hij werd veroordeeld* of wanneer hij opzettelijk “van zijn doel is afgewend” om dergelijke werkzaamheden te verrichten.

Uit wat voorafgaat volgt dat de stellers van het ontwerp klaarheid dienen te verschaffen omtrent de aard van de ontbinding en haar toepassingsvoorwaarden, en de ontworpen artikelen 38 of 40 in het licht daarvan dienen aan te passen.

156. Luidens het ontworpen artikel 40, eerste lid, tweede zin, kan de ontbinding niet worden uitgesproken ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen. Volgens de gemachtigde is het de bedoeling te verwijzen naar bestaande begrippen uit het administratief recht, maar gelet op de bestaande onzekerheid omtrent dit begrip dienen de stellers van het ontwerp toch na te gaan of het niet mogelijk is een omschrijving ervan in het ontworpen artikel 40 op te nemen. Ook rijst de vraag of de regel niet moet worden uitgebreid naar privaatrechtelijke personen die functioneel gezien een publieke functie uitoefenen.

157. Luidens het ontworpen artikel 40, tweede lid, verwijst de rechter, wanneer hij de ontbinding uitspreekt, de zaak naar het gerecht dat bevoegd is om kennis te nemen van de vereffening van de rechtspersoon. De vraag rijst of bepaalde van de naast de ontbinding opgelegde vermogensstraffen dan in het raam van de vereffening hun beslag krijgen.

¹⁴⁵ Als ze de enige vorm van ontbinding zou zijn, zou ze in dat geval ook uit de lijsten met straffen dienen te worden verwijderd.

¹⁴⁶ Uit het gebruik van het woord “kan” in de eerste zin van het ontworpen artikel 40 blijkt eerder het tegendeel.

Artikel 41 OSw

158. Het verdient aanbeveling om in de memorie van toelichting in te gaan op het in het ontworpen artikel 41, eerste lid, gehanteerde begrip “openbare dienstverlening”.

159. Luidens het ontworpen artikel 41, tweede lid, wordt de veroordeling houdende het verbod om een activiteit uit te oefenen die deel uitmaakt van het maatschappelijk doel van de rechtspersoon overgezonden aan de griffie van de rechtbank van koophandel. De vraag rijst of dat voor rechtspersonen die geen handelsvennootschappen zijn, niet de rechtbank van eerste aanleg moet zijn.

160. Het ontworpen artikel 41, vierde lid, betreft de strafuitvoering en hoort derhalve beter thuis in het aangekondigde wetboek van strafuitvoering.

Afdeling 5 – Bepalingen met betrekking tot de vrijheidsstraffen

Artikel 42 OSw

161. Dat de gevangenisstraf als hoofdstraf “[v]olgens de bij wet bepaalde strafniveaus” minstens één jaar en hoogstens twintig jaar bedraagt, vloeit reeds voort uit de in het ontworpen artikel 33 bepaalde strafniveaus en hoeft niet te worden herhaald in het ontworpen artikel 42, eerste lid.

162. In het ontworpen artikel 42, vierde lid, wordt bepaald dat de duur van een jaar gevangenisstraf driehonderdvijfenzestig dagen bedraagt. Die regel dient ook te gelden voor de opsluiting, zodat het ontworpen artikel 42 op dit vlak dient te worden aangepast.

163. De regels betreffende de berekeningswijze van de duur van de straf dienen ook op andere straffen waarvan de duur in maanden of jaren is uitgedrukt (bijvoorbeeld de straf onder elektronisch toezicht) van toepassing te zijn. Deze regels zouden gelet hierop in een meer algemeen artikel dienen te worden opgenomen.

Artikel 43 OSw

164. Luidens het ontworpen artikel 43, eerste lid, wordt elke hechtenis, voor het definitief worden van de veroordeling ondergaan ten gevolge van het misdrijf dat tot die veroordeling aanleiding geeft, toegerekend (beter: “aangerekend”) op de duur van de nog lopende vrijheidsstraffen¹⁴⁷. De gemachtigde verklaarde dat met “hechtenis” voorlopige hechtenis wordt bedoeld, wat ook blijkt uit de memorie van toelichting. Er dient evenwel ook rekening te worden gehouden met de uitleveringsdetentie die in het buitenland is ondergaan.

¹⁴⁷ De gemachtigde bevestigde dat met het woord “vrijheidsstraffen” wordt verwezen naar de opsluiting en de gevangenisstraf. Dat wordt het best in de wettekst zelf of minstens in de memorie van toelichting verduidelijkt.

165. De gemachtigde bevestigde dat ook de hechtenis onder elektronisch toezicht¹⁴⁸ onder het begrip “hechtenis” valt. Het gaat inderdaad om een vorm van voorlopige hechtenis. Het verdient evenwel aanbeveling deze verduidelijking in de tekst of minstens in de memorie van toelichting op te nemen.

166. In het ontworpen artikel 43, eerste lid, moet ook gewag worden gemaakt van de toerekening van de voorlopige hechtenis op de opgelegde straf ten gevolge van het feit dat aanleiding heeft gegeven tot de voorlopige hechtenis, die moeilijk kan worden beschouwd als een “nog lopende vrijheidsstraf”.

In dezelfde bepaling schrijve men bovendien “een misdrijf” in plaats van “het misdrijf”.

167. In het ontworpen artikel 43, tweede lid, wordt bepaald dat iedere voorlopige plaatsingsmaatregel in een gesloten opvoedingsafdeling¹⁴⁹ ten aanzien van een minderjarige die een als misdrijf omschreven feit heeft gepleegd, (na uithandengeving) wordt toegerekend op de duur van de *wegens dit feit* uitgesproken vrijheidsstraffen¹⁵⁰. Die regel dient te worden uitgebreid naar vrijheidsstraffen die werden uitgesproken wegens andere feiten dan het feit waarvoor de minderjarige uit handen is gegeven.

Voorts moet – mede in het licht van de aanrekening van periodes van elektronisch toezicht – kunnen worden verantwoord waarom de voorlopige plaatsing in een open afdeling van een openbare gemeenschapsinstelling voor jeugdbescherming of zelfs gelijk welke voorlopige residentiële plaatsingsmaatregel niet voor aanrekening in aanmerking komen. Indien zulke verantwoording kan worden gegeven, wordt ze het best in de memorie van toelichting weergegeven; zo niet, dient het toepassingsgebied van het ontworpen artikel 43, tweede lid, te worden uitgebreid.

168. De in het derde lid van het ontworpen artikel 43 opgenomen regel dient ook te gelden wanneer voor het betrokken feit voorheen een voorlopige plaatsingsmaatregel in een gesloten opvoedingsafdeling was uitgesproken.¹⁵¹ De redactie van die bepaling dient gelet hierop te worden aangepast.

Artikel 44 OSw

169. Luidens het ontworpen artikel 44 ondergaan de tot een vrijheidsstraf veroordeelden hun straf in de door de Koning aangewezen inrichtingen. Die regel betreft de

¹⁴⁸ Artikel 16, § 5, derde lid, van de wet van 20 juli 1990 ‘betreffende de voorlopige hechtenis’.

¹⁴⁹ Er wordt het best gespecificeerd dat het gaat om een gesloten opvoedingsafdeling *ingericht door de bevoegde overheden* (zie artikel 52^{quater}, eerste lid, van de wet van 8 april 1965).

¹⁵⁰ Vgl. met het vorige lid.

¹⁵¹ Hypothese vermeld in het ontworpen artikel 43, tweede lid.

strafuitvoering en wordt derhalve beter in het aangekondigde wetboek van strafuitvoering opgenomen.¹⁵²

Afdeling 6 – Straf onder elektronisch toezicht, werkstraf en probatiestraf

170. De Raad van State ziet niet waarom de straf onder elektronisch toezicht, de werkstraf en de “probatiestraf” samen in één afdeling worden ondergebracht, nu zij onderling toch zeer verschillen.

Artikel 45 OSw

171. Het eerste lid van het ontworpen artikel 45, § 1, vormt een nodeloze herhaling van het ontworpen artikel 34, zesde lid, inleidende zin, gelezen in samenhang met het tweede streepje (lees: 2°), en wordt dan ook beter achterwege gelaten.¹⁵³

Een gelijkaardige opmerking geldt ten aanzien van de ontworpen artikelen 46, § 1, eerste zin, 47, eerste zin, 48, eerste lid (eerste gedeelte), en 50.

172. Het verdient aanbeveling eerst de inhoudelijke aspecten van de straf onder elektronisch toezicht¹⁵⁴ te omschrijven, en pas daarna de regels in te voegen omtrent de vervangende straf bij niet-uitvoering.

Eenzelfde opmerking geldt wat betreft de werkstraf (ontworpen artikel 46) en de “probatiestraf” (ontworpen artikel 47).

173. De laatste zin van het ontworpen artikel 45, § 1, derde lid, is een strafprocesrechtelijke regel die niet thuishoort in het Strafwetboek.

Subsidiair rijst de vraag waarom de mogelijkheid om personen die samenwonen met de beklaagde te horen wordt beperkt tot meerderjarige personen en dus geen betrekking kan hebben op minderjarigen. De gemachtigde verklaarde daaromtrent het volgende:

“L’audition de l’enfant mineur cohabitant quant à l’opportunité d’une peine de surveillance électronique n’est pas prévue dans la loi pour plusieurs motifs : d’abord, il est censé cohabiter avec une personne majeure qui assure la responsabilité et la protection de sa personne (l’audition de cette personne peut avoir lieu) ; ensuite, la faisabilité de la peine de surveillance électronique sera évaluée en règle sur la base d’un rapport d’information tel que prévu à l’article 29 (dans ce cadre, l’assistant de justice a la possibilité de prendre en compte la situation et l’avis des enfants mineurs cohabitants) ; enfin rien n’empêche le tribunal ou le ministère public de recueillir l’avis de ces enfants mineurs par un devoir d’information complémentaire sans qu’il soit nécessaire de

¹⁵² Subsidiair kan worden opgemerkt dat omwille van de uniformiteit van de gehanteerde terminologie beter gewag kan worden gemaakt van “opsluiting en gevangenisstraf”, die volgens de gemachtigde worden beoogd.

¹⁵³ Het ontworpen artikel 45 dient in ieder geval te worden herschikt.

¹⁵⁴ Die ook “elektronisch huisarrest” zou kunnen worden genoemd.

convoquer au tribunal cet enfant mineur pour une audition formelle (une telle audition à l'audience publique face à son père violent peut être très lourde pour l'enfant victime et même traumatisante).”

Die argumentatie overtuigt evenwel niet. Vooreerst is het niet steeds zo dat de beklaagde samenwoont met een andere meerderjarige die verantwoordelijk is voor de minderjarige en opkomt voor zijn bescherming. Dat de straf zal worden opgelegd op basis van het in het ontworpen artikel 29 bedoelde voorlichtingsrapport of dat een bijkomende onderzoeksopdracht kan worden bevolen, geldt evenzeer ten aanzien van de meerderjarige samenwonende, die wel kan worden gehoord. Ten slotte is het horen slechts een mogelijkheid voor de rechter, die er derhalve kan van afzien wanneer het te traumatiserend zou zijn voor de betrokkene.

Tenzij de beperking tot meerderjarige samenwonenden op een meer overtuigende manier kan worden verantwoord, dient het woord “meerderjarige” in het ontworpen artikel 45, § 1, derde lid, tweede zin, te worden geschrapt.

174. Luidens het ontworpen artikel 45, § 2, tweede lid, 2°, moet de tot de straf onder elektronisch toezicht veroordeelde een vast adres hebben waar hij aanwezig dient te zijn en dient hij vóór elke wijziging ervan daartoe de toestemming te hebben verkregen van het openbaar ministerie en bij gebreke daarvan van de strafuitvoeringsrechtbank. De draagwijdte van die bepaling is niet geheel duidelijk: betekent dit dat voor een wijziging van dit adres voorafgaand toestemming van het openbaar ministerie dient te worden verkregen en dat de betrokkene zich bij weigering daarvan tot de strafuitvoeringsrechtbank kan richten, of heeft hij ook de mogelijkheid om zich rechtstreeks tot die rechtbank te wenden? In het ontworpen artikel 45, § 2, zou hieromtrent duidelijkheid dienen te worden verschaft.

Artikel 46 OSw

175. Daargelaten de vraag of de Nederlandse en Franse tekst wel volledig overeenstemmen, rijst de vraag of de betrokkene niet slechts met kennis van zaken instemming kan verlenen met de werkstraf wanneer hij voldoende zicht heeft op de inhoud van die straf. In dit verband dient te worden opgemerkt dat luidens het ontworpen artikel 46, § 2, de rechter de mogelijkheid heeft om aanwijzingen te geven omtrent de concrete invulling van de werkstraf. De rechter zal die bevoegdheid moeten uitoefenen wanneer dit, gelet op de aard van de overwogen werkstraf, noodzakelijk is opdat de betrokkene met kennis van zaken zijn instemming met het opleggen van die straf zou kunnen verlenen.

Artikel 47 OSw

176. De in het ontworpen artikel 47 bedoelde probatiestraf bestaat uit de verplichting algemene, in het ontworpen artikel 47, § 3, tweede lid, omschreven voorwaarden en bijzondere voorwaarden na te leven gedurende een door de rechter bepaalde termijn. Behalve wanneer ze wordt opgelegd aan een rechtspersoon, kan zij de verplichting omvatten een opleiding of een beroepsstage te volgen of een gemeenschapsdienst uit te voeren, waarvan de duur minstens

twintig uren en hoogstens tweehonderdveertig uren bedraagt. De natuurlijke personen aan wie een probatiestraf wordt opgelegd, worden bovendien onderworpen aan de sociale begeleiding door de daartoe aangewezen bevoegde dienst van de gemeenschappen. De duur van de probatiestraf van niveau 2 bedraagt meer dan twaalf maanden en ten hoogste twee jaar, die van niveau 1 minstens zes maanden en ten hoogste twaalf maanden.

Naast de probatiestraf wordt het probatieuitstel behouden: luidens het ontworpen artikel 62, § 1, kan de rechter aan het uitstel dat aan een aantal straffen kan worden verbonden, probatievoorwaarden verbinden. Die probatievoorwaarden behelzen dezelfde algemene voorwaarden als aan de probatiestraf worden verbonden, en er kan eveneens de verplichting aan worden verbonden een opleiding te volgen. In dit verband kan worden verwezen naar advies 53.967/1/V van 24 september 2013,¹⁵⁵ waarin het volgende wordt opgemerkt:

“3. Luidens het ontworpen artikel 37sexies, §§ 1 en 2, van het Strafwetboek kan de rechter, behoudens in enkele uitzonderingen, indien het feit van die aard is om te worden bestraft met een politiestraf of een correctionele straf, als hoofdstraf een autonome probatiestraf opleggen, die bestaat uit de naleving van bijzondere voorwaarden gedurende een termijn van minstens zes maanden en ten hoogste twee jaar.

Tegelijk wordt het systeem van het probatieuitstel en de probatieopschorting, zoals geregeld in de wet van 29 juni 1964, behouden. In die wet wordt het mogelijk gemaakt om bijzondere voorwaarden op te leggen wanneer uitstel of opschorting van de veroordeling wordt bevolen. De bijzondere voorwaarden worden niet exhaustief in die wet omschreven, maar uit de artikelen 1, § 3, en 9bis ervan blijkt dat de voorwaarden onder meer kunnen bestaan uit het volgen van een opleiding (behoudens bij gedeeltelijk uitstel dat als gevolg heeft dat nog een deel van de effectieve gevangenisstraf moet worden uitgevoerd), een begeleiding of een behandeling.

Probatievoorwaarden zijn, al zijn ze gekoppeld aan een straf (met uitstel), of aan de opschorting ervan, zelf geen straffen, maar worden gekwalificeerd als behandelingsmethodes,¹⁵⁶ waarbij de finaliteit van hulpverlening primeert¹⁵⁷. Zij kunnen worden opgelegd in de gevallen waarin de delinquent een reële behoefte heeft aan begeleiding, terwijl een controle op de naleving van de voorwaarden noodzakelijk kan worden geacht opdat hij een normconform bestaan zou kunnen leiden.¹⁵⁸

Wat voorafgaat doet de vraag rijzen of het, zeker in de gevallen dat de probatievoorwaarden opleiding, behandeling en begeleiding inhouden¹⁵⁹, consistent is dat

¹⁵⁵ Adv.RvS 53.967/1/V van 24 september 2013 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 10 april 2014 ‘tot invoering van de probatie als autonome straf in het Strafwetboek en tot wijziging van het Wetboek van strafvordering en de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie’ (*Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3274/001, 30-34). Zie ook adv.RvS 57.792/1/V van 23 september 2015 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 5 februari 2016 ‘tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie’, *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1418/001, 262-309, waarin naar advies 53.967/1/V wordt verwezen.

¹⁵⁶ Voetnoot 2 uit het geciteerde advies: Verslag, *Parl.St.* Kamer 1961-62, nr. 401/2, p. 6; A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, 2006, p. 195, nr. 348; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, 1990, p. 529, nr. 990.

¹⁵⁷ Voetnoot 3 uit het geciteerde advies: A. DE NAUW, o.c., p. 142, nr. 256.

¹⁵⁸ Voetnoot 4 uit het geciteerde advies: L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, o.c., p. 529, nr. 990.

¹⁵⁹ Voetnoot 5 uit het geciteerde advies: In bepaalde gevallen kunnen de voorwaarden een meer maatschappijbeschermend karakter hebben, zoals bij verboden om zich in bepaalde plaatsen te bevinden of bij contactverboden, wat erop wijst dat de probatie ook momenteel een niet geheel eenduidig karakter heeft.

de probatie tegelijk als een straf wordt ingevoerd én als maatregel met een begeleidend karakter behouden blijft die wordt gekoppeld aan de opschorting of het uitstel van de straf. Eenzelfde maatregel kan bezwaarlijk nu eens wel, en dan weer niet een straf uitmaken. Bovendien moet erop worden gewezen dat na de invoering van de werkstraf als autonome straf bij de wet van 17 april 2002 'tot invoering van de werkstraf als autonome straf in correctionele zaken en in politiezaken', het niet langer mogelijk werd geacht de dienstverlening als probatievoorwaarde aan de opschorting of het uitstel van de straf te verbinden.¹⁶⁰

Zo men toch de optie behoudt om probatie als autonome reactiemodaliteit op een misdrijf mogelijk te maken, naast het opleggen van probatievoorwaarden in het raam van de opschorting of het uitstel, dient te worden in overweging genomen de probatie als maatregel *sui generis* in te voeren in de plaats van als straf. Dat zou meer overeenkomen met de eigenlijke aard van de probatie en zou overigens ook het optreden van de probatiecommissie meer aannemelijk maken, terwijl zo effectief een nieuwe straf zou worden ingevoerd,¹⁶¹ het logischer zou zijn de strafuitvoeringsrechtbank bij de uitvoering ervan te betrekken."

4. De kwalificatie van de probatiemaatregel als straf kan ook de vraag doen rijzen naar de eerbiediging van het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel. Dat beginsel houdt mede in dat de strafwet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, de op te lopen straf kan kennen wanneer dat gedrag strafbaar is. Dat beginsel strekt ertoe elk risico van willekeurig optreden vanwege de rechterlijke of de uitvoerende macht uit te sluiten bij het opleggen en het toepassen van de straffen.¹⁶²

Te dezen wordt in het ontworpen artikel 37*sexies* van het Strafwetboek, naast de bepaling van de minimum- en de maximumduur van de straf, slechts bepaald dat de autonome probatiestraf bestaat uit de naleving van bijzondere voorwaarden gedurende een bepaalde termijn, die minstens zes maanden bedraagt en ten hoogste twee jaar.

Gevraagd of zulks in overeenstemming te brengen valt met het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel, antwoordde de gemachtigde:

'L'article 37*sexies*, § 4, en projet prévoit que 'le juge détermine la durée de la peine de probation autonome et peut donner des indications concernant le contenu concret de la peine de probation autonome'. L'article 37*septies*, § 3, prévoit quant à lui que 'la commission de probation détermine le contenu concret de la peine de probation autonome, sur la base du rapport de l'assistant de justice qui a entendu le condamné. Le contenu concret de la peine de probation autonome est notifié dans une convention à signer par le condamné (...)'.
Il convient de noter que cette façon de faire ne constitue pas une première puisque pour la peine de travail, il en est de même. Si un nombre d'heures est déterminé, le contenu concret n'est pas connu au moment de la condamnation, le juge se contentant, comme dans le texte proposé pour la probation autonome, d'éventuellement donner des indications sur le contenu concret. On constate d'ailleurs, dans la pratique, que les jugements reprenant des indications concrètes sont très largement minoritaires.

¹⁶⁰ Voetnoot 6 uit het geciteerde advies: Zie de weglating van de dienstverlening vervat in de artikelen 1, § 3, en 1bis van de wet van 29 juni 1964.

¹⁶¹ Voetnoot 7 uit het geciteerde advies: Die dan echt ook dat karakter zou moeten hebben, wat zou noodzaken tot een andere invulling van de voorwaarden die kunnen worden opgelegd.

¹⁶² Voetnoot 8 uit het geciteerde advies: GwH 18 april 2007, nr. 60/2007, B.6.

Par ailleurs, il peut être souligné que, du point de vue idéologique, le but de la période de probation (c'est plutôt la durée de la probation qui a valeur de peine et non le respect des conditions) est d'apporter au condamné un suivi personnalisé qui rendra optimales ses chances de réinsertion et réintégration sociales (le respect de conditions est donc un moyen et non une fin), afin de diminuer le risque de récidive. Et en évitant une peine d'enfermement désinsérante socialement et afin de désengorger les prisons en surpopulation. Selon ce principe idéologique, il est difficile de régler à priori les conditions liées à la peine.

Le pouvoir du juge et de la commission de probation au niveau de la détermination de la peine, s'il présente la souplesse nécessaire pour s'adapter aux situations individuelles des prévenus, est cependant restreint par la loi à plusieurs niveaux.

Ainsi, en ce qui concerne le juge, l'avant-projet prévoit, à l'instar de l'art.37ter du Code pénal sur la peine de travail, que :

- le juge ne peut prononcer cette peine que pour des faits de nature à entraîner une peine de police ou une peine correctionnelle, à l'exclusion d'une série de faits.
- il doit fixer la durée de la peine, dans les limites fixées par la loi,
- le juge doit expliquer la portée de la peine au prévenu et celui-ci doit donner son accord.
- le juge peut donner des indications sur le contenu de la peine.
- lors de la fixation de la peine de substitution, il est tenu par les limites légales prévues par la loi pour l'infraction.

Il va de soi que la peine de probation ne peut consister en un travail vu que celui-ci est visé à l'art.37ter du Code pénal.

En ce qui concerne la commission de probation, il peut être indiqué que :

En déterminant le contenu de la peine, elle doit respecter les éventuelles indications données par le juge sur le contenu de la peine, à l'instar de l'art.37quinquies, §3, du Code pénal sur la peine de travail.

Les conditions sont fixées sur base du rapport de l'assistant de justice qui a entendu le condamné.

Elles sont reprises dans une convention signée par le condamné (qui peut donc refuser de signer ce document).

A l'instar de l'art.12, §1, de la loi du 29 juin 1964, l'art.37octies en projet permet à la commission de suspendre la peine, de la préciser ou de l'adapter aux circonstances (nb : on peut remarquer que le mot 'omstandigheden' a été mal traduit par le mot 'conditions'), d'initiative ou à la demande du parquet ou de l'intéressé. Il prévoit en outre une possibilité de recours, comme l'art.12 de la loi de 1964.

Il peut être souligné que l'art.37quinquies, §3, du Code pénal sur la peine de travail, prévoit aussi la possibilité pour la commission de probation de préciser ou d'adapter le contenu concret de la peine déterminé par l'assistant de justice.

Les limitations légales précitées restreignent le pouvoir du juge et de la commission de probation au niveau de la détermination de la peine, permettant de rencontrer le principe de légalité des peines en matière pénale.'

Het eerste element in het antwoord van de gemachtigde is de gelijkenis met het stelsel van de werkstraf. Het loutere gegeven dat de ontworpen regeling gelijkenissen vertoont met een bestaande regeling, volstaat evenwel nog niet om aan te tonen dat ze conform het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel is. De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft zich overigens nooit kunnen uitspreken over de huidige artikelen 37^{ter} tot 37^{quinquies} van het Strafwetboek, en ook in de arresten van het Grondwettelijk Hof die de werkstraf betreffen, komt de problematiek van het legaliteitsbeginsel niet aan bod.

Een tweede element in het antwoord van de gemachtigde gaat uit van de doelstelling van de probatie, namelijk het aanbieden aan de betrokkene van een persoonlijke begeleiding met het oog op zijn sociale re-integratie. Daarmee rijst evenwel opnieuw de vraag of de kwalificatie van straf die aan de maatregel wordt gegeven, wel adequaat is (zie opmerking 3). Waar een minder strikte wettelijke omschrijving nog te verantwoorden zou vallen zo het gaat om een maatregel van hulpverlening of begeleiding, is dat minder het geval zo het om een eigenlijke straf gaat.

Tot slot wijst de gemachtigde op de wettelijke garanties die het opleggen van de probatiestraf vergezellen. Belangrijk is hierbij dat de betrokkene steeds zijn instemming dient te betuigen met het opleggen van de probatiestraf, wat een waarborg uitmaakt tegen mogelijk misbruik. Vraag is desondanks of de inhoud van de probatiestraf niet in de wet zou dienen te worden omschreven, al was het maar door het aangeven van richtinggevende elementen ter zake. Dit klemmt des te meer aangezien de vrijwilligheid toch enigszins dient te worden gerelativeerd aangezien het alternatief voor de probatiestraf het opleggen van een gevangenisstraf kan zijn en, nu de strafrechter niet noodzakelijk aanwijzingen geeft omtrent de concrete invulling van de probatiestraf (luidens het ontworpen artikel 37^{sexies}, § 4, van het Strafwetboek is dat slechts een mogelijkheid), de betrokkene niet steeds de juiste contouren zal kennen van hetgeen waarmee hij instemt.”

Deze opmerkingen gelden in essentie *mutatis mutandis* ten aanzien van het ontworpen artikel 47.

177. Luidens het ontworpen artikel 47, § 4, eerste lid, bepaalt de strafuitvoeringsrechtbank, na de veroordeelde te hebben gehoord, de concrete invulling van de probatiestraf en in het bijzonder de aard van de opleiding, van de beroepsstage of van de gemeenschapsdienst die moet aansluiten bij de lichamelijke en verstandelijke geschiktheid van de betrokkene. Afgezien van het probleem inzake de eerbiediging van het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel die in het aangehaalde advies 53.967/1/V aan bod komt, moet worden vastgesteld dat de betrokkene bezwaarlijk met “kennis van zaken”, zoals vereist bij het ontworpen artikel 47, § 1, tweede lid, zijn instemming kan verlenen met de probatiestraf nu de concrete invulling van die straf slechts achteraf wordt bepaald door de strafuitvoeringsrechtbank. De vraag rijst dan ook of het ook niet de vonnisrechter zelf is die in eerste instantie deze invulling dient te bepalen, wat overigens ook van belang is voor de aanwending van rechtsmiddelen.

178. Het ontworpen artikel 47, §§ 4, tweede¹⁶³ en derde lid, en 5, hebben betrekking op de strafuitvoering en horen dan ook thuis in het aangekondigde wetboek van strafuitvoering.

179. Onverminderd de vorige opmerking, dient erop te worden gewezen dat het, in geval van gedeeltelijke niet-uitvoering van de autonome probatiestraf, mede gelet op de aard van

¹⁶³ Waar in de tweede zin “zijn doel heeft bereikt” dient te worden geschreven in plaats van “ten uitvoer is gelegd”.

die straf, moeilijk is om de vervangende straf te bepalen in omgekeerde evenredigheid met het deel van de autonome probatiestraf dat reeds is uitgevoerd.

Afdeling 7 – Veroordeling bij schuldigverklaring

Artikel 48 OSw

180. Luidens het ontworpen artikel 48, eerste lid, kan de veroordeling bij schuldigverklaring in de erin omschreven gevallen worden uitgesproken “wanneer de beslissing wordt gerechtvaardigd door de omstandigheden van de zaak, rekening houdend met de geringe ernst van de feiten of de tijd die verstreken is sinds die feiten”. Dit strookt niet met wat in de memorie van toelichting wordt uiteengezet, namelijk dat de rechter de “straf” kan uitspreken wanneer hij, gelet op de omstandigheden van de zaak,¹⁶⁴ vaststelt dat de ernst van de feiten beperkt is of dat het tijdsverloop het uitspreken van de straf inopportuun maakt. Volgens de tekst van het ontworpen artikel dient men slechts *rekening te houden* met de geringe ernst van de feiten of het tijdsverloop sinds de feiten, terwijl volgens wat in de memorie van toelichting staat geschreven, dit de twee enige gevallen zijn waarin de veroordeling bij schuldigverklaring kan worden uitgesproken.

Die tegenstrijdigheid tussen de memorie van toelichting en de tekst van het ontworpen artikel 48, eerste lid, dient te worden weggewerkt.

Afdeling 8 – Geldstraffen

Artikel 49 OSw

181. De gemachtigde bevestigde met betrekking tot de natuurlijke personen¹⁶⁵ dat, zoals uit de tekst van het ontworpen artikel 49, eerste lid, blijkt en overigens uit het evenredigheidsbeginsel voortvloeit, de rechter *verplicht* rekening dient te houden met de financiële draagkracht en de sociale toestand van de betrokkene. Uit de memorie van toelichting zou evenwel het tegendeel kunnen worden afgeleid (“dat het bedrag van de geldboete *zou kunnen* worden vastgesteld volgens de financiële draagkracht of de sociale toestand van de overtreder”). De memorie van toelichting dient derhalve gelet op wat voorafgaat te worden aangepast (“wordt vastgesteld” in plaats van “zou kunnen worden vastgesteld”).

182. De gemachtigde verklaarde het volgende over het ontworpen artikel 49, eerste lid:

“La Commission de réforme a proposé de reprendre la proposition faite par le Commissaire LEGROS d’appliquer au montant de l’amende un multiplicateur en fonction de la capacité financière de l’auteur de l’infraction (afin que les personnes plus fortunées se voient infliger une amende plus élevée que les moins fortunés) . Cette proposition n’a

¹⁶⁴ Eigenlijk is dit een overbodige toevoeging omdat de rechter steeds in een bepaalde zaak uitspraak zal doen en derhalve de concrete omstandigheden van die zaak in acht zal dienen te nemen.

¹⁶⁵ Hetzelfde geldt evenwel voor het rekening houden met de financiële draagkracht, de omzet en de omvang voor rechtspersonen.

pas été retenue par le Gouvernement qui a toutefois repris le critères de capacités financières et de situation sociale. L'appréciation par le juge de ces critères est balisée par le maximum et le minimum de l'amende prévus par la loi. Il revient donc à la loi de déterminer quel est le maximum et le minimum de l'amende et il incombe au juge de déterminer dans ces limites le montant de l'amende concrète à prononcer en tenant compte des deux critères d'appréciation visés. En matière de peine privative de liberté également, le législateur fixe un maximum et un minimum (éventuellement compte tenu des circonstances atténuantes) et le juge détermine la peine concrète à infliger dans cette fourchette. Les critères de 'capacités financières' et 'situation sociale' sont des critères objectifs qui ont précisément pour objet d'assurer l'égalité dans la répression en adaptant l'amende à la situation financière du contrevenant afin qu'elle représente le même poids pour tous les contrevenants.

L'exposé des motifs s'explique à propos du pouvoir d'appréciation du juge dans les termes suivants : La détermination de la capacité financière du prévenu relève du pouvoir d'appréciation en fait de la juridiction de jugement. Déjà actuellement, le juge dispose, dans les limites fixées par la loi, d'un pouvoir d'appréciation important pour déterminer le quantum des peines. A titre d'exemple, en matière de confiscation, la Cour de cassation considère que le juge du fond apprécie souverainement en fait le montant des avantages patrimoniaux retirés de l'infraction¹⁶⁶. Elle considère ainsi que le juge peut évaluer en équité l'avantage patrimonial résultant d'une infraction; il peut se baser à cet effet sur les éléments du dossier pénal qu'il apprécie souverainement¹⁶⁷. Dans d'autres matières (telles que les pensions alimentaires et les contributions alimentaires pour les enfants), les cours et tribunaux sont déjà appelés à déterminer les capacités financières de personnes à partir des différents éléments qui leurs sont soumis."

De vraag rijst evenwel of de rechter over voldoende mogelijkheden beschikt om de verhouding tussen de financiële draagkracht en de hoogte van de geldboete te kunnen bepalen. Het hem aanreiken van een meetinstrument hiertoe zou ertoe bijdragen ongelijkheden in de concrete straftoemeting te vermijden of alvast te verminderen.¹⁶⁸

183. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 49, vierde lid, vervange men, om verwarring met bijkomende straffen te vermijden en meer conform de Franse tekst te zijn, telkens het woord "bijkomende" door het woord "vervangende".

Artikel 50 OSw

184. Het ontworpen artikel 50 heeft betrekking op de verbeurdverklaring, terwijl het is opgenomen in afdeling 8 van hoofdstuk 4 van Boek 1 van het Strafwetboek, dat het opschrift "Geldstraffen" draagt. Ofwel dient dat opschrift te worden aangepast, ofwel dient het ontworpen artikel 50, onder voorbehoud van wat wordt opgemerkt *sub* 185, te worden ondergebracht in afdeling 9 van het genoemde hoofdstuk 4 ("Andere straffen").

¹⁶⁶ Cass. 13 april 1999, RG P.98.0898.N, *Pas.* 1999, nr. 204; Cass. 22 oktober 2003, RG P.03.0084.F, *Pas.* 2003, nr. 516; Cass. 10 januari 2012, RG P.11.0938.N, *Pas.* 2012, 59.

¹⁶⁷ Cass. 2 maart 2010, RG P.09.1726.N, *Pas.* 2010, 654.

¹⁶⁸ Vgl. met het oorspronkelijke ontwerp zoals uitgewerkt door de experts. Commissie voor de hervorming van het strafrecht, Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek, Brugge, die Keure, 2016, 14-15.

185. In het ontworpen artikel 50 wordt de verbeurdverklaring in alle gevallen gekwalificeerd als een straf. Nochtans kan de verbeurdverklaring soms als een beveiligingsmaatregel worden beschouwd.¹⁶⁹ Dat is in elk geval zo voor de verbeurdverklaring opgesomd in het tweede lid, 6°, van dat artikel, maar soms kan daaraan ook worden getwijfeld (tweede lid, 3° en 5°).

Mede gelet op de juridische gevolgen dat het onderscheid heeft,¹⁷⁰ zou in het ontwerp een onderscheid moeten worden gemaakt tussen de twee verschillende soorten verbeurdverklaringen, waarbij eraan ook zou kunnen worden gedacht de verbeurdverklaring als beveiligingsmaatregel een andere naam te geven.¹⁷¹

186. Luidens het ontworpen artikel 50, § 1, waarvan de Nederlandse en de Franse tekst meer met elkaar in overeenstemming dienen te worden gebracht, is de verbeurdverklaring, behoudens wanneer ze als hoofdstraf van niveau 1 wordt uitgesproken, een bijkomende straf die de rechter moet uitspreken wanneer hij de feiten bewezen verklaart. De verbeurdverklaring kan worden toegepast op zaken die hebben gediend of waren bestemd tot het plegen van het misdrijf indien zij eigendom zijn van de veroordeelde (ontworpen artikel 50, § 1, tweede lid, 2°); een gelijkaardige regel komt thans voor in artikel 42, 1°, van het Strafwetboek. Ten aanzien van die laatste bepaling oordeelde het Grondwettelijk Hof in arrest 12/2017¹⁷² het volgende:

“B.6. Uit de motivering van de verwijzingsbeslissing blijkt dat het Hof wordt verzocht uitspraak te doen over de bestaanbaarheid, met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij dat Verdrag, van artikel 43, eerste lid, van het Strafwetboek, in samenhang gelezen met artikel 42, 1°, van hetzelfde Wetboek, in zoverre het tot gevolg heeft dat de persoon die wordt veroordeeld wegens onwettig bezit van verdovende middelen ambtshalve wordt veroordeeld tot de verbeurdverklaring van de zaak die heeft gediend om het misdrijf te plegen, zelfs wanneer die verbeurdverklaring de financiële toestand van die persoon kan aantasten op een wijze die onbestaanbaar is met het recht op het ongestoord genot van de eigendom.

B.7. Artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens bepaalt

‘Alle natuurlijke of rechtspersonen hebben recht op het ongestoord genot van hun eigendom. Niemand zal van zijn eigendom worden beroofd behalve in het algemeen belang en met inachtneming van de voorwaarden neergelegd in de wet en in de algemene beginselen van het internationaal recht.

De voorgaande bepalingen zullen echter op geen enkele wijze het recht aantasten dat een Staat heeft om die wetten toe te passen welke hij noodzakelijk oordeelt om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen en boeten te verzekeren.’

¹⁶⁹ A. DE NAUW en F. DERUYCK, *o.c.*, 135, nr. 327 en 140, nr. 324; D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, 246; Ch. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET en S. VANDROMME, *o.c.*, 447.

¹⁷⁰ Bijvoorbeeld op bevoegdheidsrechtelijk vlak, zie opmerking 4.

¹⁷¹ Bijvoorbeeld “onttrekking aan het verkeer”.

¹⁷² GwH 9 februari 2017, nr. 12/2017.

B.8. De door een rechtbank bevolen verbeurdverklaring van een goed vormt een inmenging in het genot van het recht van de eigenaar ervan op de eerbiediging van zijn eigendom (EHRM, beslissing, 12 mei 2009, Tas t. België).

Wanneer een dergelijke verbeurdverklaring van een goed waarvan op onwettige wijze gebruik is gemaakt, tot doel heeft te vermijden dat dat goed wordt gebruikt om andere misdrijven te plegen ten nadele van de gemeenschap, valt zij onder het toezicht op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang in de zin van de tweede alinea van artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EHRM, 26 februari 2009, Grifhorst t. Frankrijk, § 85; beslissing, 12 mei 2009, Tas t. België).

B.9. Een dergelijk toezicht moet bij de wet zijn voorzien en één of meer wettige doelstellingen nastreven (EHRM, beslissing, 12 mei 2009, Tas t. België).

Toezicht op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang moet ook een 'billijk evenwicht' tot stand brengen tussen de vereisten van het algemeen belang en die van de bescherming van de grondrechten van het individu : er moet een redelijk verband van evenredigheid bestaan tussen de aangewende middelen en het beoogde doel. De Staat beschikt over een ruime beoordelingsmarge, zowel om de nadere regels voor de inwerkingstelling te kiezen als om te oordelen of de gevolgen ervan in het algemeen belang verantwoord zijn door de zorg om de doelstelling van de in het geding zijnde wet te bereiken (EHRM, 26 februari 2009, Grifhorst t. Frankrijk, § 94; beslissing, 12 mei 2009, Tas t. België; grote kamer, 26 juni 2012, Herrmann t. Duitsland, § 74).

Tot de elementen waarmee rekening dient te worden gehouden om dat 'billijk evenwicht' te beoordelen in verband met de verbeurdverklaring van een goed waarvan op onwettige wijze gebruik is gemaakt, behoren de houding van de eigenaar van dat goed en de gevolgde procedure (EHRM, beslissing, 12 mei 2009, Tas t. België; 13 oktober 2015, Ünspekd Paket Servisi SaN. Ve TiC. A.Ş. t. Bulgarije, § 38).

B.10.1. De bijzondere verbeurdverklaring bedoeld in artikel 42, 1°, van het Strafwetboek is een straf toepasselijk, onder meer, op de misdrijven gepleegd door natuurlijke personen (artikel 7 van het Strafwetboek).

Zoals de andere straffen ingesteld bij het Strafwetboek, heeft die bijzondere verbeurdverklaring 'de handhaving van de maatschappelijke orde, de waarborg van het gemeen recht, de organisatie van de openbare vrede en van de maatschappelijke verbetering' tot doel. Zij beoogt 'meervoudige gevolgen' teweeg te brengen : de 'intimidatie van de veroordeelde en van de perverse mensen die ertoe verleid zouden zijn hem op de weg van de misdaad te volgen', de 'preventie' en, indien mogelijk, de 'verbetering van de veroordeelde' door de 'verbetering van de schuldige' (Parl. St., Kamer, 1850-1851, nr. 245, p. 11).

B.10.2. De verplichting om de bijzondere verbeurdverklaring uit te spreken in geval van misdaad of wanbedrijf wordt verantwoord door het feit dat die 'misdrijven ernstig genoeg zijn' (Parl. St., Senaat, 1851-1852, nr. 70, p. 25).

B.11. De bijzondere verbeurdverklaring van een zaak die gediend heeft om een misdaad of een wanbedrijf te plegen, en waarvan de veroordeelde eigenaar is, uitgesproken met toepassing van artikel 43, eerste lid, van het Strafwetboek, is op zich niet onbestaanbaar met het recht op het ongestoord genot van eigendom, dat is gewaarborgd bij artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

B.12. Zij kan echter, in bepaalde gevallen, dermate afbreuk doen aan de financiële toestand van de persoon aan wie ze is opgelegd dat ze een onevenredige maatregel vormt ten aanzien van het ermee nagestreefde wettige doel, waardoor zij een schending met zich meebrengt van het eigendomsrecht, dat is gewaarborgd bij die internationaalrechtelijke bepaling.

B.13. De mogelijkheid om die verbeurdverklaring te dezen gepaard te doen gaan met een uitstel (zie Cass., 13 mei 2015, P.15.0217.F) kan die vaststelling niet wijzigen. Er dient immers rekening te worden gehouden met een mogelijke herroeping van een dergelijk uitstel. In die hypothese zou het eventueel onevenredige karakter van de straf niet verdwijnen.

B.14. Artikel 43, eerste lid, van het Strafwetboek is derhalve niet bestaanbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, doch enkel in zoverre het de rechter ertoe verplicht de verbeurdverklaring uit te spreken van de zaak die heeft gediend om een misdaad of een wanbedrijf te plegen, wanneer die straf dermate afbreuk doet aan de financiële toestand van de persoon aan wie ze is opgelegd dat ze een schending van het eigendomsrecht inhoudt.

B.15. De prejudiciële vraag dient bevestigend te worden beantwoord.”

Gewezen op dit arrest, verklaarde de gemachtigde wat volgt:

“L’arrêt de la Cour constitutionnelle nous semble un peu étonnante quant au critère ‘d’atteinte telle à la situation financière de la personne condamnée qu’elle constitue une violation du droit de propriété’ et à son applicabilité. En effet, la confiscation constitue toujours une atteinte radicale au droit de propriété puisqu’elle implique un transfert de propriété de la chose vers l’Etat (ou la restitution à la victime).

Certaines conventions internationales prévoient d’ailleurs la possibilité d’une confiscation obligatoire. Ainsi, suivant les articles 3.1 et 3.3 de la convention du 16 mai 2005 du Conseil de l’Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation du produit du crime et au financement du terrorisme, ‘Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour lui permettre de confisquer des instruments, des biens blanchis et des produits ou des biens dont la valeur correspond à ces produits’ et ‘Chaque Partie peut prévoir une confiscation obligatoire pour certaines infractions pouvant faire l’objet d’une confiscation. Chaque Partie peut notamment inclure dans ces infractions le blanchiment, le trafic de produits stupéfiants, la traite des êtres humains et d’autres infractions graves’.

Ensuite, la confiscation des avantages patrimoniaux tirés de l’infraction s’impose pour éviter que l’argent sale continue à circuler ce qui constituerait une infraction de blanchiment (dont l’Etat ne peut se rendre complice).

Enfin, il est à remarquer que la confiscation par équivalent n’a pas été retenue mais est remplacée par une peine subsidiaire dont le montant peut être diminué afin de ne pas soumettre le condamné à une peine déraisonnablement lourde.

Daarnaast rijzen er nog andere bedenkingen bij de lezing van het kwestieuze arrest van het Grondwettelijk Hof. In dit arrest was er sprake van de verbeurdverklaring van een voertuig als instrument van het misdrijf omwille van de tenlastelegging van bezit van verdovende middelen. Het argument was dat het bezit van verdovende middelen enkel mogelijk was door zich met zijn voertuig naar zijn leverancier te begeven. De vraag rijst dan ook of dit niet neerkomt op een bijzonder ruime invulling van het begrip ‘instrument van het misdrijf’.”

De draagwijdte van het arrest, dat enkel handelt over het geval van verbeurdverklaring van zaken die hebben gediend of bestemd waren tot het plegen van het misdrijf, is niet geheel duidelijk. Essentieel in het oordeel van het Hof is de evenredigheidstoets: de omvang of de gevolgen van de beroving van de eigendom die de bijzondere verbeurdverklaring inhoudt, mogen niet onevenredig zijn met de doelstellingen die ermee beoogd wordt. In dit verband lijken de woorden “in bepaalde gevallen” van belang te zijn: het gegeven dat op belangrijke wijze afbreuk wordt gedaan aan de financiële toestand van de beklaagde, volstaat op zich nog niet om te besluiten tot een schending van het eigendomsrecht; ze moet worden in balans gebracht met het belang dat, *in concreto*, met de bestraffing wordt beschermd. Het is pas wanneer er een manifest onevenwicht bestaat tussen, enerzijds, de omvang en de gevolgen van de eigendomsberoving die uit de bijzondere verbeurdverklaring voortvloeien, en, anderzijds, de doelstellingen die met de bijzondere verbeurdverklaring *in concreto* worden beoogd, dat aan het (thans nog ontworpen) artikel 50, § 1, tweede lid, 2°, geen gevolg zal kunnen worden gegeven.¹⁷³

De stellers van het ontwerp dienen het ontworpen artikel 50 aan te passen in het licht van deze rechtspraak.

187. Luidens het ontworpen artikel 50, § 1, tweede lid, 5°, spreekt de rechter de verbeurdverklaring uit van het vermogen waarover een criminele organisatie beschikt. Aangezien de criminele organisatie meestal geen rechtspersoonlijkheid zal hebben, zal het in dat geval strikt juridisch gezien niet gaan om het vermogen van de criminele organisatie, maar wel van de leden ervan of van een rechtspersoon waarvan de criminele organisatie zich bedient. De vraag rijst dan of er geen bepaling dient te worden ingevoegd om voor dat geval te regelen wat kan worden beschouwd als het vermogen waarover een criminele organisatie beschikt.

In dit verband rijst overigens nog een ander probleem. Krachtens artikel 17 van de Grondwet kan de straf van algemene verbeurdverklaring der goederen niet worden ingevoerd, wat impliceert dat er steeds een verband dient te bestaan tussen het gepleegde misdrijf en de goederen die verbeurd worden verklaard.¹⁷⁴ Zeker bij doorwerking naar leden van de criminele organisatie of naar rechtspersonen zal hiermee rekening dienen te worden gehouden.

188. Luidens het ontworpen artikel 50, § 1, vierde lid, raamt de rechter, wanneer hij de verbeurdverklaring uitspreekt, de geldwaarde van de zaken die verbeurd worden verklaard en voorziet hij erin dat in geval van “niet-uitvoering” van de verbeurdverklaring de veroordeelde een daarmee overeenstemmend bedrag moet betalen. Die laatste regel lijkt te moeten worden beperkt tot het geval dat de veroordeelde op het tijdstip van de verbeurdverklaring niet langer in het bezit is van de zaak of haar zou kunnen onttrekken aan het gerecht.

¹⁷³ In de andere gevallen bedoeld in het ontworpen artikel 50, § 1, tweede lid, is de leer van het arrest niet toepasbaar en lijkt de automatische verbeurdverklaring nog wel toelaatbaar te zijn.

¹⁷⁴ Adv.RvS 31.367/2 van 11 juni 2001 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 19 december 2002 ‘tot uitbreiding van de mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken’, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1601/1.

189. Luidens het ontworpen artikel 50, § 4, kan¹⁷⁵ iedere derde die beweert recht te hebben op de verbeurdverklaarde zaak, dit recht laten gelden binnen een termijn en volgens “de modaliteiten” (lees: de nadere regels) die door de Koning worden bepaald. Deze regel kan bezwaarlijk worden toegepast wanneer de verbeurdverklaring het karakter van een beveiligingsmaatregel heeft, en ook niet ten aanzien van zaken die uit het misdrijf zijn ontstaan (ontworpen artikel 50, § 1, tweede lid, 3°). Het ontworpen artikel 50, § 4, dient in ieder geval op dit vlak te worden verijnd.

Voorts dient te worden gespecificeerd wat de aard van de beoogde procedure is en wat de bevoegdheid inhoudt die aan de Koning wordt verleend om de “modaliteiten” van de regeling te bepalen.

Ten slotte rijst de vraag of de derde niet reeds de (in het raam van het strafprocesrecht te regelen) mogelijkheid dient te hebben om lopende het strafproces tussen te komen (derhalve voor de verbeurdverklaring wordt uitgesproken) en wat de verhouding is tot de thans in artikel 5ter van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering geregelde (tot bepaalde gevallen beperkte) mogelijkheid daartoe.

Bij dit alles dient rekening te worden gehouden met arrest 65/2014¹⁷⁶ van het Grondwettelijk Hof, waarin het volgende is beslist:

“B.7.1. Er moet nog worden onderzocht of die maatregel niet op onevenredige wijze afbreuk doet aan de rechten van de personen die niets met het misdrijf te maken hebben.

B.7.2. Het fundamentele beginsel van het persoonlijke karakter van de straffen vereist dat een straf slechts kan worden opgelegd aan degene die het misdrijf heeft gepleegd of eraan heeft deelgenomen (EHRM, 29 augustus 1997, *A.P., M.P. en T.P. t. Zwitserland*, § 48).

Dat beginsel wordt geschonden indien een strafsanctie wordt opgelegd aan een derde die niet verantwoordelijk kan worden gesteld voor het misdrijf. Het beginsel van het persoonlijke karakter van de straffen is eveneens van toepassing op bijkomende straffen.

B.7.3. De verbeurdverklaring van het voertuig dat heeft gediend of bestemd was om de in de artikelen 2, 2°, 2bis, 2quater en 3 van de Drugswet omschreven misdrijven te plegen, treft de veroordeelde dader slechts voor zover dat voertuig aan hem toebehoort.

Indien dat voertuig daarentegen toebehoort aan een derde te goeder trouw die niet was betrokken bij het misdrijf, treft de verbeurdverklaring niet de dader, maar een onschuldige derde, zelfs indien de verbeurdverklaring formeel lastens de veroordeelde dader wordt uitgesproken.

B.7.4. Artikel 4, § 6, van de Drugswet staat de rechter toe de verbeurdverklaring uit te spreken van het instrument van het misdrijf, ongeacht de goede trouw en de betrokkenheid bij het misdrijf van de derde aan wie dat instrument toebehoort. In die mate is die bepaling niet bestaanbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met het beginsel van het persoonlijke karakter van de straffen.

¹⁷⁵ Niet “zal (...) kunnen”.

¹⁷⁶ GwH 3 april 2014, nr. 65/2014.

B.8.1. In zoverre de derde te goeder trouw bovendien niet over de mogelijkheid zou beschikken om de teruggave te verkrijgen van de verbeurdverklaarde zaken die aan hem toebehoren, maakt de verbeurdverklaring tevens een eigendomsberoving zonder vergoeding uit en is zij niet bestaanbaar met artikel 16 van de Grondwet en artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

B.8.2. De Ministerraad betoogt dat de derde te goeder trouw, zelfs bij gebrek aan een specifieke teruggaveregeling, de teruggave zou kunnen verkrijgen van de verbeurdverklaarde zaken die hem toebehoren.

B.8.3. Meer bepaald voert de Ministerraad aan dat de derde aan wie de zaken toebehoren, zich burgerlijke partij zou kunnen stellen, zodat artikel 43*bis*, derde lid, van het Strafwetboek zou moeten worden toegepast.

Die bepaling is evenwel slechts van toepassing op zaken die worden verbeurdverklaard krachtens de artikelen 42, 3°, en 43*bis*, eerste lid, van het Strafwetboek en zij kan bijgevolg niet worden toegepast voor zaken die worden verbeurdverklaard op grond van artikel 4, § 6, van de Drugswet.

B.8.4. De Ministerraad voert eveneens aan dat de derde aan wie de zaken toebehoren, krachtens artikel 1122 van het Gerechtelijk Wetboek derdenverzet zou kunnen aantekenen tegen het vonnis dat de verbeurdverklaring heeft uitgesproken.

Dat rechtsmiddel staat evenwel slechts open tegen beslissingen die door een burgerlijk gerecht zijn gewezen en beslissingen van een strafgerecht dat uitspraak doet over de burgerlijke belangen. De omstandigheid dat de tenuitvoerlegging van een beslissing van een strafgerecht een burgerrechtelijk gevolg heeft, volstaat niet om het in artikel 1122 van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde rechtsmiddel open te stellen (Cass., 25 april 2001, *Arr. Cass.*, 2001, nr. 232).

Aangezien de verbeurdverklaring een bijkomende straf is, kan artikel 1122 van het Gerechtelijk Wetboek niet worden toegepast in het kader van de teruggave van verbeurdverklaarde zaken aan de eigenaar.

B.8.5. Volgens de Ministerraad zou de teruggave van de in beslag genomen goederen overigens kunnen worden verkregen met toepassing van artikel 28*sexies* of artikel 61*quater* van het Wetboek van strafvordering.

Die bepalingen zijn evenwel slechts van toepassing tijdens het opsporingsonderzoek respectievelijk het gerechtelijk onderzoek en hebben slechts betrekking op de inbeslagname. Zij verhinderen niet dat de strafrechter in het vonnis waarin de dader wordt veroordeeld de krachtens die bepalingen aan derden teruggegeven zaken alsnog verbeurdverklaart.

B.8.6. Tot slot voert de Ministerraad aan dat de derde te goeder trouw die niet bij het misdrijf was betrokken, maar niettemin wordt geconfronteerd met de verbeurdverklaring van zaken die aan hem toebehoren, op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek schadevergoeding zou kunnen vorderen van de dader.

Die hypothese vereist evenwel dat de derde te goeder trouw een aparte procedure opstart, terwijl de derde die wel toepassing kan maken van artikel 43*bis* van het Strafwetboek, de teruggave rechtstreeks van de Staat kan verkrijgen. Indien hij zich burgerlijke partij heeft gesteld, wordt die teruggave ambtshalve uitgesproken, en indien hij zich geen burgerlijke partij heeft gesteld, kan hij toepassing maken van de procedure waarin het voormelde koninklijk besluit van 9 augustus 1991 voorziet.

B.9. Krachtens artikel 5*ter* van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering dient elke belanghebbende derde die rechten kan doen gelden op de zaken bedoeld in de artikelen 42, 1°, 42, 3°, 43*bis*, 43*quater* of 505 van het Strafwetboek, op de

hoogte te worden gebracht van de rechtsdag voor het gerecht dat zal vonnissen over de grond van de zaak.

Die bepaling is evenwel niet van toepassing op belanghebbende derden die rechten kunnen doen gelden op de zaken die krachtens artikel 4, § 6, van de Drugswet kunnen worden verbeurdverklaard.

Daar de in artikel 4, § 6, van de Drugswet bedoelde verbeurdverklaring kan worden uitgesproken zonder dat de derde te goeder trouw aan wie de zaken toebehoren, in de mogelijkheid wordt gesteld om zich voor de strafrechter uit te spreken over de eventuele verbeurdverklaring, is die bepaling niet bestaanbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de rechten van verdediging.

B.10. Artikel 4, § 6, van de Drugswet is niet bestaanbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

B.11. De prejudiciële vraag dient bevestigend te worden beantwoord.”

Artikel 51

190. Het komt de Raad van State voor dat ook bij het opleggen van de in het ontworpen artikel 51 bedoelde geldstraf rekening moet worden gehouden met de financiële draagkracht en de sociale toestand van de betrokkene of met de financiële draagkracht, de omzet of de omvang van de betrokken rechtspersoon, naar analogie van wat voor de geldboete het geval is (zie het ontworpen artikel 49).

Afdeling 9 – Andere straffen

Artikel 52 OSw

191. Luidens het ontworpen artikel 52, tweede lid, wordt in geval van een veroordeling tot een straf van niveau 8 de levenslange ontzetting uitgesproken uit de rechten genoemd in het ontworpen artikel 52, eerste lid. De vraag rijst in hoeverre dit aanvaardbaar is ten aanzien van het actieve en passieve kiesrecht, die door het Grondwettelijk Hof als een “fundamenteel politiek recht” worden beschouwd “in de representatieve democratie”¹⁷⁷ of als “voor de democratie en de rechtsstaat fundamentele rechten”.¹⁷⁸

In het arrest Hirst, gewezen door de Grote Kamer, vereiste het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat “l’existence d’un lien discernable et suffisant entre la sanction et le comportement ainsi que la situation de la personne touchée” voorhanden is. Het Hof neemt daarbij nota van de aanbeveling van de zogenaamde Commissie van Venetië dat de ontzetting uit

¹⁷⁷ GwH 14 juli 1990, nr. 26/90, 4.B.1; GwH 16 februari 2012, nr. 22/2012, B.4.4; GwH 28 juni 2012, nr. 81/2012, B.2.2; GwH 10 oktober 2013, nr. 134/2013, B.4.2; GwH 8 mei 2014, nr. 72/2014, B.5.2.

¹⁷⁸ GwH 14 december 2005, nr. 187/2005, B.5.1. Zie ook adv.RvS 41.593/2 van 22 november 2006 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 14 april 2009 ‘houdende verscheidene wijzigingen inzake verkiezingen’ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-3005/001, 32-41.

politieke rechten zou worden uitgesproken door een rechtbank bij wege van een specifieke beslissing, maar legt dat vereiste niet op,¹⁷⁹ wat in een later kamerarrest wel wordt gedaan¹⁸⁰.

Met verwijzing naar het arrest Hirst besliste het Grondwettelijk Hof in arrest 187/2005¹⁸¹ wat volgt:

“B.5.1. De rechten om te kiezen en verkozen te worden, die onder meer voortvloeien uit het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, moeten op grond van artikel 14 van dat Verdrag en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet zonder discriminatie worden verzekerd. Ofschoon het voor de democratie en de rechtsstaat om fundamentele rechten gaat, zijn ze echter niet absoluut en kunnen ze aan beperkingen worden onderworpen. Die beperkingen mogen echter niet de essentie zelf van die rechten aantasten en de effectiviteit ervan ontnemen; zij moeten een wettig doel nastreven en de aangewende middelen mogen niet onevenredig zijn (zie Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Grote Kamer, Hirst t/Verenigd Koninkrijk (nr. 2), 6 oktober 2005, en de in dat arrest geciteerde rechtspraak).

B.5.2. Artikel 8, tweede lid, van de Grondwet luidt :

‘De Grondwet en de overige wetten op de politieke rechten bepalen welke de vereisten zijn waaraan men moet voldoen, benevens de staat van Belg, om die rechten te kunnen uitoefenen’.

Artikel 61 van de Grondwet luidt :

‘De leden van de Kamer van volksvertegenwoordigers worden rechtstreeks gekozen door de burgers die volle achttien jaar oud zijn en die niet verkeren in een der gevallen van uitsluiting bij de wet bepaald.

Ieder kiezer heeft recht op slechts één stem’.

Naar die bepaling wordt verwezen voor wat de verkiezing van de senatoren betreft (artikel 67, § 1, eerste lid, 1° en 2°, van de Grondwet).

B.5.3. Wat betreft de verkiesbaarheid, vereisen artikel 64, 2°, voor de Kamer van volksvertegenwoordigers en artikel 69, 2°, voor de Senaat, van de kandidaat dat hij het genot heeft van de burgerlijke en politieke rechten. Analoge bepalingen gelden voor andere verkiezingen.

B.5.4. De wetgever put uit de voormelde bepalingen de bevoegdheid om vast te stellen welke burgers worden uitgesloten van het recht op deelname aan de verkiezingen.

B.5.5. In de prejudiciële vragen wordt het Hof niet gevraagd naar het redelijke of buitensporige karakter van de straffen, element dat door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het vermelde arrest Hirst in aanmerking is genomen. De vragen hebben uitsluitend betrekking op het automatische karakter van de in de wet bedoelde onbekwaamheden, dat afbreuk zou doen aan het recht op toegang tot een rechter en aan het beginsel non bis in idem.

B.5.6. De tijdelijke ontzegging van het kiesrecht werd in het Kieswetboek van 12 april 1894 geïnspireerd door de wil om dat recht te ontzeggen aan de burgers van wie, om reden van de door hen gepleegde misdrijven, kon worden aangenomen dat ze niet de waardigheid hadden om deel te nemen aan de verkiezingen. Het automatische karakter

¹⁷⁹ EHRM 6 oktober 2005, Hirst t. Verenigd Koninkrijk.

¹⁸⁰ EHRM, 23 november 2010, *Frodl t. Oostenrijk*.

¹⁸¹ Zie voetnoot 179.

van de maatregel werd ingevoerd omdat, wanneer hij facultatief was, de rechter doorgaans zich ervan onthield hem uit te spreken, ongeacht de ernst van het misdrijf (Pasin., 1894, p. 204).

B.5.7. In zoverre de maatregel afbreuk doet aan een grondrecht, dient de zorg om onwaardige burgers van de verkiezingen te weren, te worden afgewogen tegen de bekommernis om de burgers niet op onevenredige wijze een grondrecht te ontfangen. Dat zoeken naar evenwicht is des te meer geboden daar in het strafrecht steeds meer de nadruk is komen te liggen op de herinschakeling van de delinquent in de samenleving en zulks impliceert dat hij opnieuw deel kan uitmaken van een democratische maatschappij die inhoudt dat haar vertegenwoordigers door de gemeenschap in haar geheel worden verkozen.

(...)

B.5.11. Uit wat voorafgaat vloeit voort dat, ofschoon artikel 7, eerste lid, 2°, van het Kieswetboek in overeenstemming blijft met de in 1894 nagestreefde wettige doelstelling, het onevenredige gevolgen heeft, in zoverre het veroordeelde personen hun kiesrecht van rechtswege ontfangt, gedurende een termijn die veel langer kan duren dan die van de uitvoering van de straf.

B.5.12. Dat automatische karakter is des te meer onevenredig daar de gevolgen van een schorsing van de burgerlijke en politieke rechten aanzienlijk zijn verzwaard, met name door de bepaling die thans vervat is in artikel 112, § 2, 3°, van het koninklijk besluit houdende het statuut van het rijksperoneel en die in talrijke bepalingen is overgenomen – waaronder artikel 86, 1°, b), van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap, dat het voorwerp uitmaakt van de derde, vierde en vijfde prejudiciële vraag -, volgens welke hij die niet langer het genot heeft van zijn burgerlijke en politieke rechten, zij het tijdelijk, ambtshalve en zonder opzegging de hoedanigheid van ambtenaar verliest.

B.5.13. Het geheel van de prejudiciële vragen dient bevestigend te worden beantwoord in de mate zoals aangegeven in het beschikkend gedeelte”.¹⁸²

Na het arrest 187/2005 velde de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een nieuw arrest,¹⁸³ waarin de principes van het arrest Hirst weliswaar werden bevestigd, maar tegelijk toch ook verfijnd of genuanceerd. De relevante passages van het arrest met betrekking van de proportionaliteit van een automatische ontzetting van het kiesrecht luiden:

“c) Sur la proportionnalité de l’ingérence

i. Sur la question de savoir s’il y a lieu de confirmer les principes affirmés dans l’arrêt Hirst

93. Dans ses observations, le tiers intervenant soutient que les conclusions de la Grande Chambre dans l’affaire Hirst (no 2) sont erronées et demande à la Cour de revenir sur cette jurisprudence. Il avance notamment que l’interdiction du droit de vote applicable à un groupe de personnes, tel que les détenus condamnés, est compatible avec la marge d’appréciation accordée aux Etats membres en la matière. L’interdiction litigieuse ne frappant que les auteurs d’infractions dont la gravité est de nature à entraîner une peine d’emprisonnement, elle ne saurait être qualifiée de manifestation arbitraire. A cet égard,

¹⁸² Het beschikkend gedeelte van het arrest luidt: “Artikel 7, eerste lid, 2°, van het Kieswetboek schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre het het kiesrecht van veroordeelden bedoeld in die bepaling van rechtswege schorst.”

¹⁸³ EHRM (Grote Kamer) 22 mei 2012, *Scoppola t. Italië* n° 3.

il conviendrait de signaler que la question de la compatibilité de la législation du Royaume-Uni avec les lignes directrices établies par la Cour aurait fait récemment l'objet d'un débat au sein du Parlement (paragraphe 75-80 ci-dessus).

94. La Cour rappelle que, sans qu'elle soit formellement tenue de suivre ses arrêts antérieurs, 'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses propres précédents. Cependant, la Convention étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour doit tenir compte de l'évolution de la situation dans l'Etat défendeur et dans les Etats contractants en général et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre' (voir, parmi beaucoup d'autres, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], no 28957/95, § 74, CEDH 2002-VI ; et *Bayatyan c. Arménie* [GC], no 23459/03, § 98, CEDH 2011-..., ainsi que la jurisprudence qui s'y trouve citée).

95. Or, il n'apparaît pas que, depuis l'arrêt rendu dans l'affaire *Hirst* (no 2), il se serait produit, au niveau européen et dans le système de la Convention, un événement ou un changement quelconque susceptible d'accréditer la thèse selon laquelle les principes affirmés dans cette affaire devraient être réexaminés. Au contraire, l'analyse des instruments internationaux et européens pertinents (paragraphe 40-44 ci-dessus) et des éléments de droit comparé (paragraphe 45-60 ci-dessus) montre, tout au plus, une évolution dans le sens opposé, autrement dit vers une diminution des limitations au droit de vote des détenus condamnés.

96. Compte tenu de ce qui précède, la Cour réaffirme les principes dégagés par la Grande Chambre dans l'arrêt *Hirst* (paragraphe 85-86 ci-dessus), notamment le fait que ne se concilient pas avec l'article 3 du Protocole no 1 des interdictions générales du droit de vote qui touchent automatiquement un groupe indifférencié de personnes, sur la seule base de leur détention et indépendamment de la durée de leur peine, de la nature ou de la gravité de l'infraction commise et de leur situation personnelle (*ibid.*, § 82).

ii. Sur la question de savoir si l'interdiction du droit de vote imposée aux personnes condamnées doit être prononcée par un juge

97. La Cour observe que, dans l'arrêt rendu dans la présente affaire, la chambre a constaté une violation de l'article 3 du Protocole no 1 en soulignant l'absence de 'tout examen du juge du fond portant sur la nature et la gravité [du délit commis]' (paragraphe 62 ci-dessus). A cet égard, elle s'est fondée notamment sur les conclusions auxquelles la Cour était parvenue dans l'arrêt *Frodl*, précité.

98. Dans ce dernier arrêt, la Cour, définissant les critères à prendre en compte pour apprécier la proportionnalité d'une mesure d'interdiction aux fins de l'article 3 du Protocole no 1, a dit qu'il fallait avoir égard à l'automaticité et à la généralité d'une telle mesure, et qu'il était essentiel de rechercher si 'la décision portant sur l'interdiction [...] [avait été] prise par un juge'. Elle a aussi jugé que pareille décision devait être dûment motivée, précisant que celle-ci '[devait] expliquer les raisons pour lesquelles, compte tenu des circonstances particulières de chaque affaire, l'interdiction litigieuse se révél[ait] nécessaire' (*Frodl*, précité, §§ 34-35).

99. Ce raisonnement reflète une conception large des principes établis dans l'arrêt *Hirst*, que la Grande Chambre ne partage pas entièrement. En effet, l'arrêt *Hirst* ne mentionne pas explicitement l'intervention d'un juge parmi les éléments essentiels déterminant la proportionnalité d'une mesure d'interdiction du droit de vote. Ceux-ci se limitent à la généralité, l'automaticité et l'application indifférenciée de la mesure litigieuse, dans le sens indiqué par la Cour (paragraphe 85, 86 et 96, ci-dessus). S'il est clair que l'intervention d'un juge est en principe de nature à assurer la proportionnalité

d'une restriction au droit de vote d'un détenu, une telle restriction n'est pas forcément automatique, générale et indifférenciée par cela seul qu'elle n'a pas été ordonnée par un juge. Les circonstances dans lesquelles l'interdiction du droit de vote est prononcée peuvent en effet être indiquées dans la loi, qui peut moduler l'application de la mesure en fonction d'éléments tels que la nature ou la gravité de l'infraction commise.

100. Certes, dans sa réponse à certains arguments du gouvernement britannique, la Cour a relevé que 'lorsqu'elles prononcent leur condamnation, les juridictions pénales d'Angleterre et du pays de Galles ne mentionnent nullement la privation du droit de vote' et 'qu'il n'apparaît pas, au-delà du fait qu'un tribunal a jugé approprié d'infliger une peine privative de liberté, qu'il existe un lien direct entre les actes commis par un individu et le retrait du droit de vote frappant celui-ci' (Hirst (no 2) [GC] précité § 77 in fine). Il s'agit toutefois de considérations d'ordre général qui ne concernaient pas la situation particulière du requérant et qui, contrairement aux arguments tirés de la généralité, de l'automatisme et de l'application indifférenciée de l'interdiction du droit de vote, ne sont pas reprises au paragraphe 82 de l'arrêt Hirst où sont énoncés les critères permettant d'apprécier la proportionnalité de la mesure litigieuse.

101. Par ailleurs, il ressort des éléments de droit comparé dont la Cour dispose (paragraphe 45-48 ci-dessus) qu'en matière de limitations du droit de vote des personnes condamnées, les systèmes juridiques nationaux sont très hétérogènes, notamment en ce qui concerne la possibilité que des telles limitations fassent l'objet d'une décision judiciaire. Seuls dix-neuf des Etats ayant fait l'objet de l'étude de droit comparé mentionnée ci-dessus (soit moins de la moitié d'entre eux) n'apportent aucune restriction au droit de vote des détenus condamnés. Onze des vingt-quatre Etats où ce droit connaît des restrictions plus ou moins sévères exigent une décision du juge pénal prise au cas par cas (avec, en outre, des exceptions s'agissant des peines les plus graves, comme en Grèce et au Luxembourg).

102. Ces éléments confortent le principe selon lequel chaque Etat demeure libre d'adopter sa législation en la matière selon 'l'évolution historique, la diversité culturelle et la pensée politique qu'[il lui] incombe d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie' (Hirst (no 2) [GC] précité, § 61). En particulier, en vue de garantir les droits énoncés par l'article 3 du Protocole no 1 (Hirst (no 2) [GC] précité, § 84, et Greens et M.T. précité, § 113), les Etats contractants peuvent décider de confier au juge le soin d'apprécier la proportionnalité d'une mesure restrictive du droit de vote des détenus condamnés ou d'incorporer dans la loi des dispositions définissant les circonstances dans lesquelles une telle mesure trouve à s'appliquer. Dans cette seconde hypothèse, c'est le législateur lui-même qui met en balance les intérêts concurrents afin d'éviter toute interdiction générale, automatique et d'application indifférenciée. Il appartiendra ensuite à la Cour d'évaluer si, dans un cas donné, ce résultat a été atteint et si le libellé de la loi ou la décision du juge a respecté l'article 3 du Protocole n° 1.

iii. Sur le respect en l'espèce du droit garanti par l'article 3 du Protocole n° 1

103. En l'espèce, la Cour observe tout d'abord que l'interdiction définitive du droit de vote imposée au requérant n'a pas été soumise à l'appréciation du juge du fond. En effet, l'interdiction litigieuse n'a pas été mentionnée dans les arrêts concluant à la condamnation de l'intéressé (paragraphe 22 ci-dessus). Par ailleurs, elle résultait de l'interdiction d'exercer des fonctions publiques, peine accessoire prévue par l'article 29 du CP et applicable à toute personne condamnée à la réclusion à perpétuité – comme le requérant – ou à une peine d'emprisonnement non inférieure à cinq ans (paragraphe 21 et 36 ci-dessus).

104. Cependant, comme la Cour vient de le souligner (paragraphe 97-102 ci-dessus), l'application d'une interdiction du droit de vote en l'absence d'une décision

judiciaire ad hoc n'emporte pas à elle seule violation de l'article 3 du Protocole no 1. Il faut en outre que, par ses modalités d'application et par le cadre juridique dans lequel elle s'inscrit, la mesure litigieuse s'avère disproportionnée par rapport aux buts légitimes poursuivis, à savoir le renforcement du sens civique et du respect de l'Etat de droit ainsi que le bon fonctionnement et le maintien de la démocratie (paragraphe 92 ci-dessus).

105. Quant au cadre juridique dans laquelle s'inscrit la mesure incriminée, il convient de noter que, dans le système italien, celle-ci s'applique aux personnes condamnées pour certaines infractions bien déterminées (par exemple, les infractions touchant les intérêts de l'administration publique – voir le paragraphe 33 ci-dessus) – quelle que soit la durée de la peine appliquée – ou à une peine privative de liberté dont la durée est supérieure à un seuil [fixé] par la loi. Dans cette dernière hypothèse, l'interdiction revêt un caractère temporaire et s'applique pour une durée de cinq ans si la peine infligée par le juge du fond n'est pas inférieure à trois ans d'emprisonnement. Elle est en revanche définitive si la peine n'est pas inférieure à cinq ans et en cas de réclusion à perpétuité (paragraphe 34 et 36 ci-dessus).

106. De l'avis de la Cour, les dispositions de la loi italienne définissant les conditions d'application de l'interdiction du droit de vote montrent que le législateur a eu soin de moduler l'emploi de cette mesure en fonction des particularités de chaque affaire, compte étant notamment tenu de la gravité de l'infraction commise et de la conduite du condamné. En effet, la mesure en question ne s'applique qu'à certaines infractions contre l'administration publique et l'administration de la justice, et à des infractions que le juge du fond a estimé devoir sanctionner par une peine très sévère après avoir tenu compte des critères précisés aux articles 132 et 133 du CP (paragraphe 37 ci-dessus) – parmi lesquels figure la situation personnelle du condamné – ainsi que des circonstances tant atténuantes qu'aggravantes. Il s'ensuit que l'interdiction ne s'applique pas à toute personne condamnée à une peine privative de liberté mais seulement à celles dont la peine est d'une durée au moins égale à trois ans. Le législateur italien a également modulé la durée de la mesure d'interdiction en fonction de la peine infligée et donc, indirectement, de la gravité de l'infraction. En effet, l'interdiction dure cinq ans pour les peines d'une durée comprise entre trois ans et moins de cinq ans et elle est définitive en cas de peine d'une durée égale ou supérieure à cinq ans.

107. En l'espèce, le requérant a été condamné pour meurtre, tentative de meurtre, mauvais traitements infligés aux membres de sa famille et port d'arme prohibé (paragraphe 13-14 ci-dessus). Il s'agissait là de délits graves, qui ont conduit la cour d'appel de Rome à prononcer une condamnation à la réclusion à perpétuité (paragraphe 19 ci-dessus), peine qui a ensuite été ramenée à trente ans d'emprisonnement (paragraphe 32 ci-dessus).

108. Dans ces circonstances, la Cour ne saurait conclure que l'interdiction du droit de vote telle que prévue par le droit italien présente les caractères de généralité, d'automaticité et d'application indifférenciée qui, dans l'affaire Hirst (no 2), l'ont conduite à un constat de violation de l'article 3 du Protocole no 1. En effet, l'interdiction du droit de vote ne s'applique en Italie ni aux délits mineurs ni aux infractions d'une certaine gravité mais qui ne méritent pas, en raison des modalités concrètes de leur commission et de la situation personnelle du coupable, l'infliction d'une peine d'emprisonnement d'une durée au moins égale à trois ans. La Cour de cassation l'a souligné à juste titre (paragraphe 28 ci-dessus). Il s'ensuit que nombreux sont les détenus condamnés à avoir conservé la possibilité de voter aux élections législatives.

109. En outre, la Cour ne saurait minimiser la possibilité offerte par le système juridique italien au condamné frappé par une interdiction définitive du droit de vote d'obtenir le rétablissement de celui-ci. Trois ans après avoir entièrement purgé sa peine,

l'intéressé peut en effet obtenir sa réhabilitation à condition d'avoir fait preuve d'une bonne conduite effective et constante, ce qui met fin à toute peine accessoire prononcée contre lui (articles 178 et 179 du CP – paragraphe 38 ci-dessus). En outre, la durée effective d'une peine de réclusion peut être réduite par l'effet de la libération anticipée prévue à l'article 54 § 1 de la loi no 354 de 1975, aux termes duquel une réduction de peine de quarante-cinq jours pour chaque semestre de peine purgée est octroyée aux détenus participant au projet de réadaptation (paragraphe 39 ci-dessus). Cette disposition permet au condamné d'introduire une demande en réhabilitation dans des délais plus courts et, le cas échéant, de recouvrer plus rapidement le droit de vote. Eu égard à ce dispositif, la Cour estime que le système italien ne souffre pas d'une rigidité excessive.

3. Conclusion

110. Au vu de ce qui précède, la Cour estime que, dans les circonstances de l'espèce, les restrictions apportées au droit de vote du requérant se concilient avec le souci de ne pas entraver 'la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif' et de maintenir 'l'intégrité et l'effectivité d'une procédure électorale visant à déterminer la volonté du peuple par l'intermédiaire du suffrage universel' (Hirst (no 2) [GC], précité, § 62). La marge d'appréciation reconnue au gouvernement défendeur dans ce domaine n'a donc pas été outrepassée.

Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 3 du Protocole no 1."

Uit dit arrest blijkt dat de Grote Kamer van het Hof het arrest Frodl niet volgt voor zover in dat laatste arrest een specifieke beoordelingsvrijheid van een rechter wordt vereist om een ontzetting uit het kiesrecht te kunnen opleggen. Het arrest Hirst wordt genuanceerd doordat niet langer wordt vereist dat er "un lien discernable et suffisant entre la sanction et le comportement ainsi que la situation de la personne concernée" dient te bestaan. Het Hof aanvaardt dat een automatische en levenslange ontzetting wordt verbonden aan het uitspreken van de zwaarste straffen en derhalve ook aan de ernst van het misdrijf.¹⁸⁴ In een bijkomende overweging wordt er ook belang aan gehecht dat de betrokkene onder bepaalde voorwaarden het herstel in het kiesrecht kan vragen.

Het in het ontworpen artikel 52 vervatte systeem lijkt dan ook conform aan het arrest Scoppola. De automatische ontzetting geldt enkel in geval van veroordeling tot de allerzwaarste straffen (die van niveau 8) en derhalve voor de allerzwaarste misdrijven, en aan de strafuitvoeringsrechtbank wordt de bevoegdheid gegeven om onder meer de duur van de ontzetting te verminderen, op te schorten of te beëindigen (ontworpen artikel 52, laatste lid).

Gelet op die elementen en de evolutie van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens lijkt, al kan de Raad van State niet vooruitlopen op latere rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, te kunnen worden aangenomen dat de ontworpen regeling ook de grondwettigheidstoets kan doorstaan: al lijkt het Grondwettelijk Hof in arrest 187/2005 vooral bezwaren te hebben tegen het automatische karakter van de ontzetting, het ging in dat arrest niet over een ontzetting verbonden aan de allerzwaarste straffen en was er in dat geval geen enkele mogelijkheid van tempering door een rechter van de ontzetting.

¹⁸⁴ Zie de overwegingen 106 tot 108.

192. Wat betreft het ontworpen artikel 52, derde lid, wordt verwezen naar opmerking 141.

193. Hoewel zij een overname vormen van het eerste en het tweede lid van het huidige artikel 34 van het Strafwetboek, kunnen de twee eerste zinnen van het ontworpen artikel 52, vijfde lid, toch aanleiding geven tot verwarring: het is niet consistent enerzijds te bepalen dat “[d]e tijd van de ontzetting (...) [ingaat] op de dag dat de veroordeelde zijn straf heeft ondergaan of dat zijn straf verjaard is” en anderzijds dat “de ontzetting haar gevolgen [heeft] met ingang van de dag waarop de veroordeling in kracht van gewijsde is getreden”. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of geen duidelijkere en logischere formulering mogelijk is.

De vraag rijst daarbij overigens of, zelfs in het geval van de vrijheidsstraf, niet dient te worden gedifferentieerd naargelang de aard van het recht waaruit men is ontzet. Sommige van de rechten waaruit men kan worden ontzet, kunnen immers ook in de gevangenis worden uitgeoefend, terwijl dat voor andere niet het geval is. Bovendien is het twijfelachtig of een ongedifferentieerde regel wel in overeenstemming te brengen valt met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie nu, bij ontzettingen waaraan de rechter een gelijke duur heeft verbonden, in het eerste geval de ontzetting *de facto* (wat betreft zijn gevolgen) veel langer zal duren dan in het tweede geval.

194. Nu de ontzetting niet noodzakelijk is gekoppeld aan een vrijheidsstraf, kan in ieder geval niet langer zonder meer worden bepaald dat de ontzetting ingaat op de dag dat de veroordeelde zijn straf heeft ondergaan: in het geval van andere straffen dan die straf zullen nagenoeg alle gevolgen ook volle uitwerking hebben lopende de uitvoering van de veroordeling, zodat er geen reden meer is de ontzetting maar na de afloop of de verjaring van de straf te laten ingaan.¹⁸⁵ Ook op dit vlak lijkt een differentiëring noodzakelijk.

195. De in de eerste zin van het ontworpen artikel 52, vijfde lid, opgenomen regel dat de tijd van de ontzetting ingaat op de dag dat de straf verjaart, is niet toepasbaar in het geval dat een ontzetting als hoofdstraf wordt uitgesproken:¹⁸⁶ men kan geen straf laten ingaan die zelf verjaard is. Die genoemde bepaling dient op dit vlak te worden aangepast.

196. Het laatste lid van het ontworpen artikel 52 bevat een regel betreffende de strafuitvoering, en hoort derhalve in het toekomstige wetboek van strafuitvoering thuis.¹⁸⁷

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van de ontworpen artikelen 53, laatste lid, 56, laatste lid, 57, laatste lid, en 58, laatste lid.

¹⁸⁵ Vgl. met het ontworpen artikel 53, tweede en derde lid.

¹⁸⁶ Op grond van een bijzondere strafwet, al dan niet gelezen in samenhang met het tot stand te komen artikel 34, laatste lid, van het Strafwetboek of met het tot stand te komen artikel 37, laatste lid, van het Strafwetboek.

¹⁸⁷ Subsidiair kan worden opgemerkt dat de woorden “Indien daartoe grond bestaat” overbodig zijn.

Artikel 53 OSw

197. Door de formulering van het eerste lid van het ontworpen artikel 53 wordt de indruk gewekt dat het artikel een algemeen toepassingsgebied heeft, terwijl uit het ontworpen artikel 35 blijkt dat het artikel slechts kan worden toegepast wanneer de wet erin uitdrukkelijk voorziet. De onduidelijkheid van de draagwijdte van het artikel wordt nog versterkt doordat in de twee volgende artikelen dan weer wel gewag wordt gemaakt van “bij wet bepaalde gevallen”. Die inconsistenties dienen te worden weggewerkt.

Een gelijkaardige opmerking geldt ten aanzien van het ontworpen artikel 57.

198.1. Over de betekenis van het zinsdeel “daadwerkelijk zijn vrijheid is ontnomen”, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Il s’agit de l’exécution de la peine ‘intra muros’ à l’exclusion des modalités de la peine exécutée extra muros. Donc la surveillance électronique (et les congés pénitentiaires, mais c’est marginal) ne prolongent pas la durée du délai de 5 ans.”

Dit is, mede teneinde te voldoen aan het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel, te verduidelijken in de tekst van het ontwerp.

198.2. Het is overigens onduidelijk wat de toegevoegde waarde is van het woord “daadwerkelijk”. Indien dat woord geen bijzondere betekenis heeft, dient het te worden geschrapt, terwijl anders te verduidelijken is – minstens in de memorie van toelichting – wat ermee wordt bedoeld.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van de ontworpen artikelen 57, vierde lid, en 58, tweede lid.

199. In het ontworpen artikel 53, vijfde lid, schrijve men in de Nederlandse tekst “schending” in plaats van “overtreding” en in de Franse tekst “violation” in plaats van “infraction”.

Artikel 54 OSw

200. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 54 schrijve men “aanwijst” in plaats van “aanduidt” en “aanwijzen” in plaats van “aanduiden”.

Artikel 55 OSw

201. Luidens het ontworpen artikel 55 kan de rechter de gehele of de gedeeltelijke sluiting van de inrichting van de veroordeelde bevelen in de bij de wet bepaalde gevallen. De vraag rijst evenwel of geheel duidelijk is wat moet worden verstaan onder de inrichting “van de veroordeelde”, met name in het geval van rechtspersoonlijkheid of mede-eigendom.

Artikel 56 OSw

202. Aangezien, zoals uit de memorie van toelichting blijkt en door de gemachtigde wordt bevestigd, de uitsluiting van deelneming aan overheidsopdrachten of aan concessies niet enkel kan worden uitgesproken ten aanzien van natuurlijke personen, maar ook ten aanzien van rechtspersonen, dient het ontworpen artikel 56, eerste lid, in die zin te worden aangepast.

203. In het begrotingsakkoord wordt gewag gemaakt van een mogelijk conflict tussen de ontworpen artikelen 37, 38 en 42 (en overigens ook 34, achtste lid, 35 en 56) en de bepalingen inzake de uitsluiting van “deelname” aan overheidsopdrachten opgenomen in de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’,¹⁸⁸ die zelf de omzetting vormt van richtlijn 2014/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’, zodat tegelijk de vraag naar de verenigbaarheid met die richtlijn rijst.

Dat conflict bestaat in ieder geval zo het ontworpen artikel 56, eerste lid, een geheel algemene draagwijdte zou hebben zoals zou kunnen blijken uit de *in fine* opgenomen woorden “is veroordeeld wegens een misdaad of een wanbedrijf”.

Maar ook wanneer dat niet het geval is, blijft de vaststelling dat de straf steeds kan worden opgelegd als straf van niveau 1 (voor natuurlijke personen) of als straf van niveau 2 (bij cumulatie van twee of meer straffen van niveau 1) of niveau 1 (voor rechtspersonen). Vraag is of dat laatste, gelet op het toch ook nog zeer ruime toepassingsgebied, wel in overeenstemming te brengen valt met richtlijn 2014/24/EG.¹⁸⁹

Artikel 57 OSw

204. In het ontworpen artikel 57, derde lid, zijn de woorden “Indien daartoe grond bestaat” overbodig en worden ze derhalve beter weggelaten.

Afdeling 10 – Straftoemeting

Voorafgaande opmerking

205. De volgorde waarin bij de straftoemeting de verschillende beoordelingselementen aan bod dienen te komen, wordt niet geregeld (bv. eerst regels herhaling, daarna regels verzachtende omstandigheden). Gelet op het legaliteitsbeginsel in strafzaken, dient ook dit aspect door de wetgever te worden bepaald.

¹⁸⁸ Hetzelfde zou dan moeten gelden ten aanzien van gelijkaardige bepalingen opgenomen in de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’.

¹⁸⁹ Zie en vergelijk in dit verband o.m.: HvJ 19 mei 2009, C-538/07, *Assitur*; punten 19-33; HvJ (Grote Kamer) 16 december 2008, *Michaniki AE*, punten 37-49; HvJ 13 december 2012, C-465/11, *Forposta*, punten 37-41.

Artikel 59 OSw

206. Uit het ontworpen artikel 59 blijkt dat ervoor wordt gekozen om het bestaande systeem van algemene herhaling (huidige artikelen 54 tot 57*bis* en 565 van het Strafwetboek) te vervangen door een systeem van bijzondere herhaling. In dat verband verklaarde de gemachtigde het volgende:

“En ce qui concerne la récidive spéciale, elle existe déjà dans notre droit et l'article 59 a seulement pour objet de prévoir un cadre général pour une telle récidive: il appartiendra au législateur de justifier l'existence d'une récidive spéciale là où il estime devoir l'instituer.

Het behoort o.i. tot de bevoegdheid van de wetgever om te oordelen over de opportuniteit van het voorzien in een regime van bijzondere herhaling tussen bepaalde misdrijven. In het kader van Boek II Sw. zal worden getracht de gevallen waarin er sprake is van herhaling te koppelen aan de groepering van misdrijven in hoofdstukken.”

207. Opdat er sprake zou kunnen zijn van herhaling mag nog geen vijf jaar verlopen zijn sinds het in kracht van gewijsde treden van de vorige veroordeling. Die termijn van vijf jaar “moet evenwel worden verlengd met de tijd waarin de veroordeelde daadwerkelijk zijn vrijheid is ontnomen”.

208. Over de betekenis van het in het ontworpen artikel 59, eerste lid, opgenomen zinsdeel “daadwerkelijk van zijn vrijheid (...) ontnomen [zijn]”, kan worden verwezen naar opmerkingen 198.1 en 198.2.

209. Indien de *ratio legis* van het ontworpen artikel 59, eerste lid, tweede zin, schuilt in de omstandigheid dat men *intra muros* minder gemakkelijk misdrijven kan begaan, rijst de vraag of dezelfde redenering niet eveneens in zekere mate opgaat voor de periode dat men niet *intra muros* is, maar toch wegens een straf een beperkte bewegingsvrijheid heeft. Dit onderscheid in behandeling tussen verschillende categorieën bestraffen zal moeten kunnen worden verantwoord in het licht van het gelijkheidsbeginsel. Het is wenselijk die verantwoording op te nemen in de memorie van toelichting.

210. In het tweede lid van het ontworpen artikel 59 wordt bepaald dat de regels betreffende de herhaling ook van toepassing zijn “in geval van een vroegere veroordeling uitgesproken in een andere lidstaat van de Europese Unie waarmee rekening wordt gehouden overeenkomstig artikel 71”. Vermits uit artikel 71 van het ontwerp volgt dat de veroordelingen uitgesproken door de strafgerichten van een andere lidstaat van de Europese Unie, behalve wat de samenloop betreft, worden gelijkgesteld met veroordelingen door Belgische strafgerichten en dezelfde rechtsgevolgen hebben, lijkt die bepaling overbodig.

Over de betekenis van de in het eerste lid van het ontworpen artikel 59 opgenomen woorden “[i]n de bij de wet bepaalde gevallen” in het geval de veroordeling niet in België is uitgesproken, verstrekke de gemachtigde de volgende toelichting:

“[Récidive ‘dans les cas prévus par la loi’] signifie seulement qu’il s’agit d’une récidive spéciale qui donc doit être instituée par la loi (notamment dans le livre II aux

endroits où le législateur estime qu'il y a lieu de prévoir une récidive spéciale) en prévoyant dans ce cas une aggravation de peine.

Het komt aan de feitenrechter toe, onder controle van het Hof van Cassatie, of de eerdere veroordeling in het buitenland voldoet aan de door de wet gestelde vereisten om van herhaling te kunnen spreken.”

Dit is te verduidelijken in de memorie van toelichting.

Artikel 61 OSw

211. Het ontworpen artikel 61 regelt de meerdaadse samenloop. Uit een vergelijking met het huidige artikel 65, eerste lid, van het Strafwetboek blijkt dat de regeling inzake het voorgezet of collectief misdrijf (“verschillende misdrijven die de opeenvolgende en voortgezette uitvoering zijn van een zelfde misdadig opzet”) immers wordt opgeheven, zodat men enkel terugvalt op de meerdaadse samenloop. Daarbij speelt de voorwaarde van eenheid van opzet niet meer.

Meerdaadse samenloop wordt als volgt omschreven:

“Er is meerdaadse samenloop wanneer iemand schuldig wordt bevonden aan verscheidende misdrijven die ieder het gevolg zijn van een verschillend feit en die zijn gepleegd op een ogenblik waarop voor geen van de andere feiten een definitieve veroordeling is tussengekomen.”

Met de aanduiding “definitieve veroordeling” wordt wellicht een uitspraak bedoeld die in kracht van gewijsde is gegaan. Dat kan beter met zoveel woorden worden bepaald.¹⁹⁰

Het is onduidelijk waarop in artikel 61, § 1, de woorden “de andere feiten” slaan. Allicht wordt bedoeld dat bij het beoordelen van samenlopende misdrijven geen feiten in aanmerking mogen worden genomen waarvoor op het ogenblik van het plegen reeds een “definitieve” veroordeling was uitgesproken. De precieze bedoeling dient echter beter tot uiting te worden gebracht.

De vraag is evenwel of het al of niet bestaan van een dergelijke veroordeling in alle gevallen een pertinent criterium is om een verschillende behandeling te verantwoorden. Personen die voor het overige in dezelfde situatie verkeren (bijvoorbeeld samen de verschillende strafbare gedragingen hebben gesteld, terwijl de ene persoon intussen al is veroordeeld voor één feit, maar de andere persoon nog geen veroordelingen heeft opgelopen voor de feiten), kunnen aldus tegen een ander strafniveau aankijken.¹⁹¹ Gelet op het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie zal voor dit verschil een verantwoording gegeven moeten kunnen worden.

¹⁹⁰ Vergelijk bijv. met het ontworpen artikel 59, eerste lid.

¹⁹¹ Bij gelijktijdige berechting voor feiten waarvoor niveau 5 het zwaarste strafniveau is, kan de hoofdstraf (tot vijftien jaar gevangenis) worden verhoogd naar de hoofdstraf van niveau 6 (tot twintig jaar gevangenis). Bij niet-gelijktijdige berechting riskeert de beklaagde voor de feiten waarvoor hij nog niet is veroordeeld de zwaarste hoofdstraf binnen niveau 5; indien het eerste feit waarvoor hij reeds werd veroordeeld overeenstemt met strafniveau 2, kon hij daarvoor tot drie jaar gevangenisstraf krijgen.

212. In de derde paragraaf van het ontworpen artikel wordt een onderscheid gemaakt tussen gelijktijdige en niet-gelijktijdige berechting. In dat laatste geval houdt de laatst optredende rechter rekening met de eerst uitgesproken straf,¹⁹² mag de straf die hij oplegt de zwaarste straf binnen het “huidig” strafniveau niet te boven gaan en mogen de eerst uitgesproken straf en de later uitgesproken straf samen de bovengrens zoals bepaald in de hypothese van gelijktijdige berechting (de hoofdstraf van het zwaarste strafniveau of eventueel zelfs de hoofdstraf van het onmiddellijk hoger niveau) niet te boven gaan.

212.1. In dit verband is aan de gemachtigde gevraagd hoe die bovengrens bepaald wordt bij straffen van verschillende aard. Het antwoord luidt:

“Voor de eendaadse samenloop is er geen enkel probleem. Er kan hier immers geen sprake zijn van niet-gelijktijdige berechting. In de nieuwe definitie van eendaadse samenloop gaat het immers steeds om één feit. Een niet-gelijktijdige berechting zou neerkomen op een schending van het *ne bis in idem*-principe. Bij eendaadse samenloop rijzen er dus geen problemen, want steeds zal het zwaarste strafniveau kunnen worden achterhaald. Welke straf dan concreet binnen dat strafniveau wordt gekozen, doet er niet toe.

[Het vraagpunt] rijst enkel bij de meerdaadse samenloop en meer bepaald in de hypothese van niet-gelijktijdige berechting.

In geval van straffen van verschillende natuur, wordt de bovengrens in belangrijke mate bepaald door de relatieve zwaarte van de straf.

Indien de rechter bij gelijktijdige berechting voor een hogere gevangenisstraf/opsluiting had kunnen kiezen, is de lagere gevangenisstraf/opsluiting in combinatie met een straf van een andere natuur per definitie een straf die beneden de bovengrens blijft aangezien de ‘alternatieve straf’ minder zwaar is dan de gevangenisstraf, ook indien de maximale alternatieve straf wordt opgelegd.

Indien de rechter bij de eerste berechting reeds de maximale straf heeft opgelegd die hij had kunnen opleggen bij gelijktijdige berechting, kan er geen nieuwe hoofdstraf worden opgelegd, maar kunnen enkel nog de bijkomende straffen worden gecumuleerd.

Indien de rechter bij de eerste berechting reeds een ‘alternatieve’ straf had opgelegd en hij later een vrijheidsberovende straf wil opleggen, zal hij de impact van deze alternatieve straf op het quantum van de vrijheidsberovende straf *in concreto* moeten beoordelen. De rechter zal in ieder geval niet de maximale vrijheidsberovende straf kunnen opleggen.”

Het is niet duidelijk hoe de strafrechter de impact van een alternatieve straf op het quantum van de vrijheidsberovende straf moet bepalen. Gelet op het legaliteitsbeginsel in strafzaken is dat te verduidelijken in het ontwerp.

212.2. Dat de vergelijking niet zo evident is, blijkt overigens ook uit de voorbeelden opgenomen in de memorie van toelichting die soms onduidelijk of niet correct zijn.

¹⁹² Gelet op het bepaalde in het ontworpen artikel 71 kan het in geval van samenloop niet om een in het buitenland uitgesproken veroordeling gaan.

212.2.1. Het eerste voorbeeld luidt:

“Wanneer het de gelijktijdige berechting betreft van een samenloopsituatie van wanbedrijven van niveau 2 zal de maximumgevangenisstraf van 5 jaar kunnen worden uitgesproken (gevangenisstraf niveau 2: 1-3 jaar + 1 niveau hoger). Stel dat er sprake is van niet-gelijktijdige berechting en de eerste rechter spreekt een werkstraf uit van 300u, dan kan de laatst optredende rechter nog steeds een gevangenisstraf uitspreken van 3 jaar (d.i. de grens van het huidige strafniveau). Heeft de eerste rechter een gevangenisstraf uitgesproken van 3 jaar, zal de laatst optredende rechter bv. nog de maximumwerkstraf of een gevangenisstraf van 3 jaar kunnen uitspreken.”

In dit geval bedraagt de maximumstraf van het strafniveau 3 jaar gevangenisstraf en de bovengrens in geval van gelijktijdige berechting 5 jaar gevangenisstraf.

De gemachtigde liet het volgende weten:

“In het eerste voorbeeld lijkt er o.i. inderdaad een fout te zijn geslopen. (...) O.i. moet hier *in fine* sprake zijn van een gevangenisstraf van maximum 2 jaar (aangezien het maximum bij gelijktijdige berechting 5 jaar gevangenisstraf was geweest en de eerste rechter reeds een gevangenisstraf van 3 jaar heeft opgelegd).”

212.2.2. Het tweede voorbeeld luidt:

“Wanneer het de gelijktijdige berechting betreft van een samenloopsituatie van wanbedrijven van niveau 4, zal er een maximumgevangenisstraf van 15 jaar kunnen worden uitgesproken (gevangenisstraf niveau 4: 5-10 jaar + 1 niveau hoger). Stel dat er sprake is van niet-gelijktijdige berechting en de eerste rechter spreekt een gevangenisstraf uit van 10 jaar, dan kan de laatst optredende rechter bv. nog steeds een gevangenisstraf uitspreken van 5 jaar of een werkstraf van 300u (immers rekening houdend met een dubbele bovengrens: de grens van het huidige strafniveau en eindresultaat mag niet zwaarder zijn dan in de hypothese van gelijktijdige berechting).”

Op basis van deze gegevens bedraagt de maximumstraf van het strafniveau 10 jaar gevangenisstraf en de bovengrens in geval van gelijktijdige berechting 15 jaar gevangenisstraf.

Uit dit voorbeeld lijkt te volgen dat voor twee samenlopende wanbedrijven van niveau 4 een werkstraf zou kunnen worden uitgesproken naast een gevangenisstraf. Bij de straffen van niveau 4 is de werkstraf echter niet vermeld; uit het ontworpen artikel 34, vierde lid, blijkt wel dat bij aanneming van verzachtende omstandigheden de gevangenisstraf (meer dan tien jaar tot ten hoogste vijftien jaar) vervangen wordt door een gevangenisstraf van meer dan drie jaar tot ten hoogste tien jaar of door een van de straffen van niveau 2 (o.m. een werkstraf van 120 tot 300 uur). Opdat de strafrechter in die hypothese een werkstraf zou kunnen uitspreken, moeten er derhalve verzachtende omstandigheden zijn.

Op de opmerking dat ook het tweede voorbeeld niet correct lijkt, reageerde de gemachtigde als volgt:

“De opmerking klopt in die zin dat een werkstraf niet kan worden opgelegd binnen niveau 4. Niettemin kan voor deze casus de werkstraf wél worden overwogen wanneer de tweede rechter verzachtende omstandigheden aanneemt. Hetzelfde geldt t.a.v. de straf onder elektronisch toezicht en de probatiestraf.”

In het voorbeeld zal dus melding moeten worden gemaakt van verzachtende omstandigheden. Die moeten er dan noodzakelijk ook zijn bij de gelijktijdige berechting van alle feiten samen, zodat de straf van niveau 5 te vervangen is door een gevangenisstraf van meer dan drie jaar tot ten hoogste tien jaar of door een van de straffen van niveau 2 (ontworpen artikel 34, derde lid).

In dit geval bedraagt de maximumstraf van het strafniveau 10 jaar gevangenisstraf en de bovengrens in geval van gelijktijdige berechting dus niet 15 jaar gevangenisstraf, maar 10 jaar (wegens het aannemen van de verzachtende omstandigheden).

Gelet daarop overschrijdt een straf van tien jaar gevangenis (eerste rechter) en vijf jaar gevangenis of 300 uur werkstraf (tweede rechter) de bovengrens die geldt in geval van gelijktijdige berechting, namelijk tien jaar.

212.2.3. Het vierde voorbeeld luidt:

“Wanneer er sprake is van een samenloopsituatie waarbij een wanbedrijf van niveau 6 betrokken is, is het belangrijk de regel in herinnering te brengen dat de strafrechter rekening zal moeten houden met de eerst uitgesproken straf. Wanneer de eerst optredende rechter de maximumgevangenisstraf van 20 jaar uitspreekt, zullen er in geval van niet-gelijktijdige berechting nog alleen bijkomende straffen aan kunnen worden toegevoegd. Een probleem zou kunnen rijzen wanneer de eerst optredende rechter een correctionele gevangenisstraf uitspreekt juist onder de grens van 20 jaar en de laatst optredende rechter zou opteren voor een straf van een andere natuur. Uit de premisse van ‘het rekening houden met de eerst uitgesproken straf’ vloeit echter wel voort dat er bv. geen maximumwerkstraf meer kan worden uitgesproken.”

Op basis van deze gegevens bedraagt de maximumstraf van het strafniveau 20 jaar gevangenisstraf en de bovengrens in geval van gelijktijdige berechting eveneens 20 jaar gevangenisstraf.

In dit voorbeeld wordt gesteld dat de maximum werkstraf niet meer kan worden uitgesproken, maar wordt niet aangegeven welke werkstraf (120 uur, 150 uur, 200 uur, ...) wel nog mogelijk zou zijn.¹⁹³

De voorgaande voorbeelden illustreren dat een maatstaf om de straffen te vergelijken onontbeerlijk is en derhalve door de wetgever moet worden bepaald.

213. Er wordt ter overweging gegeven om het ontworpen artikel 61, § 2, eerste zin, te redigeren als volgt:

“Indien de rechter oordeelt dat de misdrijven die de samenloop uitmaken met een straf van niveau 7 of niveau 8 moeten worden bestraft, is de strafmaat die van het zwaarste misdrijf.”

¹⁹³ Opdat de laatst optredende strafrechter in het gegeven voorbeeld een werkstraf zou kunnen uitspreken, is hetzij vereist dat er verzachtende omstandigheden zijn, hetzij dat er samenloop is met een misdrijf van niveau 1 of 2.

214. In het ontworpen artikel 61, § 3, tweede lid, derde zin, wordt beter geschreven “De eerst uitgesproken straf en de later uitgesproken straf mogen niet” in plaats van “In geen geval mogen de eerst uitgesproken straf en de later uitgesproken straf”.

215. Het bepaalde in het ontworpen artikel 61, § 4, heeft betrekking op de bevoegdheid van de strafuitvoeringsrechtbank. Die bepaling hoort derhalve opgenomen te worden in de regeling inzake de uitvoering van de straffen die wordt aangekondigd in artikel 5, derde streepje, van het ontwerp.

Afdeling 11 – Uitstel van de tenuitvoerlegging van de straffen

Artikel 62 OSw

216. In het ontworpen artikel 62 wordt het uitspreken van straffen met uitstel geregeld, namelijk in welke gevallen (§ 1, eerste en tweede lid) en voor welke duur (§ 1, derde lid) uitstel kan worden verleend. Ook het verlenen van probatie-uitstel wordt nader geregeld, onder meer worden de voorwaarden bepaald die ermee moeten worden verbonden (§§ 1, vierde lid, en 2).¹⁹⁴ Ten slotte wordt bepaald in welke gevallen het gewoon uitstel “wordt” herroepen (§ 4, eerste lid) en in welke gevallen het probatie-uitstel “kan worden” herroepen (§ 4, tweede lid), evenals een aantal procedurele aspecten (§ 4, derde lid: de strafuitvoeringsrechtbank doet uitspraak over het verzoek tot herroeping uitgaande van het openbaar ministerie; de termijn waarbinnen het openbaar ministerie het verzoek tot herroeping moet instellen wordt bepaald, evenals de verjaringstermijn van het verzoek). Die bepalingen horen veeleer thuis in de regeling inzake de uitvoering van de straffen die wordt aangekondigd in artikel 5, derde streepje, van het ontwerp.

217. De tenuitvoerlegging van de verbeurdverklaring, de probatiestraf en de werkstraf kan niet worden uitgesteld zoals blijkt uit het ontworpen artikel 62, § 1, tweede lid. Voor de werkstraf is dat niet evident, zoals reeds werd opgemerkt in advies 57.792/1/V van 2 september 2015:

“Ten gevolge van de met artikel 56 van het ontwerp beoogde wijziging worden onder meer de ‘straf onder elektronisch toezicht’ en de ‘werkstraf’ uitgesloten van het uitstel van de tenuitvoerlegging van de straf. Daar waar de verantwoording voor de probatie begrijpelijk is, ligt dat anders voor de voornoemde straffen.

Gevraagd naar een verantwoording voor deze verschillende behandeling, heeft de gemachtigde in verband met de straf onder elektronisch toezicht het volgende geantwoord:

‘Quant à la différence de traitement entre les peines d’emprisonnement et de surveillance électronique, cette dernière étant de lege ferenda exclue du

¹⁹⁴ In plaats van de rechter te verplichten om de in het ontworpen artikel 62, § 2, tweede lid, vermelde voorwaarden aan het probatie-uitstel te verbinden – wat een actie van de rechter vereist, zodat die voorwaarden slechts gelden als ze ook effectief in de uitspraak zijn opgenomen – verdient het aanbeveling om die verplichte voorwaarden uit kracht van de wet op te leggen. In dat geval dient in het ontworpen artikel 62, § 2, melding te worden gemaakt van, enerzijds, de verplichte voorwaarden die verbonden zijn aan elk probatie-uitstel en, anderzijds, de facultatieve voorwaarden die de rechter eraan kan verbinden. De bepaling dat de beklaagde zich ertoe dient te verbinden de voorwaarden verbonden aan het probatie-uitstel na te leven, slaat dan op alle voorwaarden.

bénéfice du sursis, cf. Exposé des motifs (pg 41) : 'Quant à la surveillance électronique, comment l'appliquer et, surtout, quel sens a-t-elle si le sursis dont elle serait assortie est révoqué par l'effet d'une condamnation ultérieure à une lourde peine d'emprisonnement ferme?'

Het antwoord van de gemachtigde geeft geen afdoende verantwoording voor dat verschil in behandeling. De herroeping zal niet noodzakelijk het gevolg zijn van een nieuwe zware veroordeling tot een gevangenisstraf (zie artikel 14 van de wet van 29 juni 1964 'betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie'). Het is immers mogelijk dat men opnieuw tot een elektronische straf wordt veroordeeld. De vraag rijst bovendien of het samenvoegen van een gevangenisstraf en een elektronische straf of een werkstraf echt zo problematisch is. Op basis van artikel 16 van de voornoemde wet van 29 juni 1964 worden de straffen die uitvoerbaar worden ten gevolge van de herroeping van het uitstel van de straffen, zonder beperking samengevoegd met die welke worden uitgesproken voor het nieuwe misdrijf. Het komt de Raad van State voor dat het niet onmogelijk moet zijn eerst een gevangenisstraf uit te zitten en daarna een straf van elektronisch toezicht of een werkstraf te ondergaan. Gelet op wat voorafgaat, dient te worden nagegaan of er duidelijke en meer pertinente redenen voorhanden zijn die een verschillende behandeling inzake uitstel van straf al naargelang het gaat om, enerzijds, de gevangenisstraf en, anderzijds, de straf onder elektronisch toezicht en de werkstraf, kunnen verantwoorden. In voorkomend geval verdient het aanbeveling deze verantwoording in de memorie van toelichting op te nemen.¹⁹⁵

218. Uit het ontworpen artikel 62, § 4, eerste lid, eerste streepje (lees: 1°), volgt dat het gewoon uitstel wordt herroepen als de veroordeelde een nieuw misdrijf pleegt dat een hoofdgevangenisstraf zonder uitstel van minstens één jaar (of een gelijkwaardige straf uitgesproken in een andere lidstaat van de Europese Unie) tot gevolg heeft gehad. Om uitleg verzocht over de grens van één jaar, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Simplement parce qu'en principe, le juge ne devrait plus prononcer de peine d'emprisonnement principal de moins d'un an. La sanction du dépassement du délai raisonnable relève d'une règle de procédure qui sera revue dans le cadre de la réforme de la procédure pénale.

Het komt o.i., binnen de nieuwe systematiek van het Strafwetboek, echter logisch voor dat wanneer men beneden de minimumstraf kan gaan door overschrijding van de redelijke termijn men naar een straf van een lager niveau kan gaan. Voor niveau 1 zou dan het bestaande principe kunnen gelden van het opleggen van een straf beneden het quantum dat binnen dit niveau is voorzien. Binnen dergelijke benadering wordt het opleggen van een gevangenisstraf beneden 1 jaar als hoofdstraf ook onmogelijk.”

Het gegeven dat in België een gevangenisstraf van minder dan een jaar niet meer mogelijk wordt, belet niet dat dergelijke veroordelingen in sommige andere lidstaten van de Europese Unie wel nog mogelijk zijn. Vraag is of de stellers van het ontwerp hiermee rekening hebben gehouden.

219. In het ontworpen artikel 62, § 4, tweede lid, wordt bepaald dat het probatie-uitstel kan worden herroepen in geval van “ernstige” niet-naleving van de probatievoorwaarden, wat

¹⁹⁵ Adv.RvS 57.792/1/V van 23 september 2015 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 5 februari 2016 'tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie', opmerking 49, *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 1418/001, 289-290.

ook lijkt te slaan op de verplichte voorwaarden (bijv. de voorwaarde “geen strafbare feiten plegen”). Gelet op het legaliteitsbeginsel in strafzaken zal de wetgever moeten verduidelijken wat als een ernstige niet-naleving van de probatievoorwaarden te beschouwen is.

Hoofdstuk 5 – Burgerrechtelijke bepalingen

Artikel 63 OSw

220. Luidens het ontworpen artikel 63 kan, behoudens andersluidende wettelijke bepalingen, niemand aansprakelijk worden gesteld voor de betaling van de geldelijke straf waartoe een ander wordt veroordeeld. In de memorie van toelichting wordt, met verwijzing naar rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens,¹⁹⁶ uitgelegd dat deze rechtsfiguur indruist tegen de principes van het persoonlijke karakter van de straf en het vermoeden van onschuld. Vraag is dan waarom nog de mogelijkheid van “andere wettelijke bepalingen” wordt opgehouden.¹⁹⁷

Artikel 64 OSw

221. Hoewel het eerste en het derde lid van het ontworpen artikel 64 een gehele (eerste lid) of een gedeeltelijke (derde lid) overname vormen van bestaande bepalingen uit het Strafwetboek, verdient het toch aanbeveling om in de memorie van toelichting de draagwijdte van die bepalingen te verduidelijken.

222. In het ontworpen artikel 64, eerste lid, is er een discordantie tussen de Nederlandse en de Franse tekst waar het equivalent van het in de Franse tekst voorkomende woord “toujours” niet in de Nederlandse tekst voorkomt. Die discordantie dient te worden verholpen.

223. Er dient te worden nagegaan of het vierde lid van het ontworpen artikel 64 niet beter wordt opgenomen in het ontworpen artikel 50.

224. De in het vijfde lid van het ontworpen artikel 64 opgenomen definitie wordt beter vooraan in het artikel opgenomen, onmiddellijk na de regel dat de rechter de teruggave beveelt.

225. Het laatste lid van het ontworpen artikel 64 betreft de verbeurdverklaring als beveiligingsmaatregel en moet worden opgenomen in een (nog in te voeren) onderdeel betreffende de beveiligingsmaatregelen.

¹⁹⁶ Verwezen wordt naar EHRM 29 augustus 1997, *A.P., M.P. en T.P. t. Zwitserland* en EHRM 29 augustus 1997, *E.L., R.L. en J.O.-L. t. Zwitserland*. Zie ook: GwH 20 februari 2002, nr. 38/2002, B.7.2 tot B.7.5; GwH 26 juni 2002, nr. 108/2002, B.7.2 tot B.7.5; GwH 15 oktober 2002, nr. 147/2002, B.17.2 tot B.17.5; GwH 28 maart 2013, nr. 47/2013, B.4.1 tot B.4.3; GwH 3 april 2014, nr. 65/2014, B.7.2 tot B.7.4. Vgl. evenwel GwH 28 mei 2015, nr. 76/2015, B.4 tot B.11.

¹⁹⁷ In de memorie van toelichting (waar overigens verkeerdelijk gewag wordt gemaakt van artikel 64) wordt vooropgesteld dat de rechtsfiguur van de aansprakelijkheid voor de betaling van een geldelijke straf om die reden “niet [kan] worden onderschreven, zelfs niet in uitzonderingsgevallen”.

Artikel 65 OSw

226. Het ontworpen artikel 65, derde lid, dat betrekking heeft op de gerechtskosten, is een bepaling die eerder thuishoort in het wetboek van strafprocesrecht.

Subsidiair kan worden opgemerkt dat criteria zouden moeten worden bepaald die de rechter bij zijn beslissing dient te hanteren wanneer hij alle of sommige veroordeelden vrijstelt van de hoofdelijkheid inzake gerechtskosten.

Artikel 66 OSw

227. De in het ontworpen artikel 66 opgenomen voorrangregeling geeft niet expliciet uitsluitel betreffende de voorrangregeling tussen de teruggave en de schadevergoeding, enerzijds, en de gerechtskosten, anderzijds. Omwille van de rechtszekerheid dient dit te worden verholpen, zeker gelet op de onzekerheid die hieromtrent lijkt te bestaan.¹⁹⁸

Artikel 67 OSw

228. De vraag rijst wat de verhouding is tussen het ontworpen artikel 67 en artikel 727 van het Burgerlijk Wetboek¹⁹⁹ en waarom de sanctie, als burgerlijke sanctie, niet in zijn geheel in dat wetboek wordt geregeld. Op zijn minst dient hieromtrent in de memorie van toelichting enige verduidelijking te worden verschaft.

Hoofdstuk 6 – Tenietgaan van straffen en van burgerlijke veroordelingen

Opschrift

229. Aangezien het ontworpen hoofdstuk 6 ook betrekking heeft op de verjaring van straffen en van burgerlijke veroordelingen, voege men in het opschrift van dit hoofdstuk de woorden “en verjaring” toe na het woord “tenietgaan”.

Artikel 69 OSw

230. Het verdient omwille van de duidelijkheid aanbeveling om te verwijzen naar de artikelen van het Strafwetboek waarbij de in het ontworpen artikel 69, eerste lid, bedoelde misdaden strafbaar worden gesteld.²⁰⁰

¹⁹⁸ Volgens A. DE NAUW en F. DERUYCK (o.c., 212) komen de teruggave of de schadevergoeding op de eerste plaats, volgens L. DUPONT en R. VERSTRAETEN (o.c., pp. 855-856, nr. 1598) de gerechtskosten.

¹⁹⁹ In het ontworpen artikel 70, tweede lid, dat aansluit op het ontworpen artikel 67, wordt verwezen naar de opheffing van de onwaardigheid om te erven door vergiffenis, door het slachtoffer geschonken “overeenkomstig artikel 728 van het Burgerlijk Wetboek”.

²⁰⁰ Thans lijken dat de misdrijven bedoeld in titel Ibis van Boek II van het Strafwetboek te zijn.

Artikel 70 OSw

231. Men schrijve in het ontworpen artikel 70, eerste lid, “die in kracht van gewijsde zijn getreden” in plaats van “onherroepelijk zijn geworden”.

Hoofdstuk 7 – Diverse bepalingen

Voorafgaande opmerking

232. De ontworpen artikelen 71 en 72 zijn algemene artikelen die veeleer thuishoren in hoofdstuk 1 van het ontworpen Boek 1 van het Strafwetboek.

Artikel 71 OSw

233. Luidens het ontworpen artikel 71 worden, behoudens wat betreft de samenloop, de veroordelingen uitgesproken door de strafgerichten van een andere lidstaat van de Europese Unie in aanmerking genomen “onder dezelfde voorwaarden als de veroordelingen uitgesproken door de Belgische strafgerichten” en hebben zij dezelfde rechtsgevolgen als die laatste veroordelingen. Die algemene regel heeft nog nadere verduidelijking. Zo rijst bijvoorbeeld de vraag hoe de regel zal worden toegepast wanneer een vroegere veroordeling strafverhoging als gevolg heeft en de buitenlandse straffen verschillen van de Belgische straffen.

234. Luidens het tweede lid van het ontworpen artikel 71 is het eerste lid van dat artikel niet van toepassing op de samenloop. De vraag rijst of deze uitzondering, gelet op het bepaalde in kaderbesluit 2008/675/JBZ van de Raad van 24 juli 2008 ‘betreffende de wijze waarop bij een nieuwe strafrechtelijke procedure rekening wordt gehouden met veroordelingen in andere lidstaten van de Europese Unie’ mag worden behouden nu de uitzondering was gekoppeld aan het huidige artikel 65, tweede lid, van het Strafwetboek, dat evenwel omwille van het verlaten van het concept “eenheid van opzet” niet meer voorkomt in het ontworpen Boek 1 van het Strafwetboek.

Artikel 72 OSw

235. In het opschrift van het ontworpen artikel 72 schrijve men “dit Boek” in plaats van “Boek I van dit wetboek”, en in de tekst van het ontworpen artikel vervange men het woord “wetboek” door het woord “Boek”.

HOOFDSTUK 3 – WIJZIGING AAN HET MILITAIR STRAFWETBOEK

ARTIKEL 3

236. Het is overbodig om in het tweede lid van ontworpen artikel 14 *quinquies* van het Militair Strafwetboek te bepalen dat Boek 1 (niet: I) van het Strafwetboek van toepassing is op de

erin bedoelde personen nu dit al voortvloeit uit het ontworpen artikel 71 van Boek 1 van het Strafwetboek (en uit artikel 58 van het Militair Strafwetboek).

Het genoemde lid dient derhalve te vervallen.

HOOFDSTUK 4 – OPHEFFINGSBEPALINGEN

ARTIKEL 4

237. Er wordt in de eerste plaats verwezen naar opmerking 16.

238. Artikel 4 van het ontwerp, dat kan aanvangen met de woorden “Worden opgeheven:”, dient te worden gestructureerd als volgt:

“Worden opgeheven:

1° in het Strafwetboek:

- a) artikel ...;
- b) artikel ...;
- c) artikel ...;
- d) artikel ...;

2° in het Wetboek van Strafvordering:

- a) artikel ...;
- b) artikel ...;

3° de wet van ...;

, enzovoort.”²⁰¹

239. Gevraagd naar de gevolgen van het nieuwe Boek 1 van het Strafwetboek op de opcentiemen, verklaarde de gemachtigde wat volgt:

“In Boek II Sw. zullen de bijkomende straffen – tenzij de invulling al voor zich spreekt in Boek I Sw. – per misdrijf verder worden verfijnd, uiteraard ook wat het maximum betreft. De opcentiemen – die dan zouden moeten gelden voor de geldboeten – zouden in de eerste fase van de inwerkingtreding niet toepasselijk zijn, daar het de intentie is van de wetgever om de opcentiemen op 0 te zetten. Bij de bepaling van de bedragen werd hiermee rekening gehouden. Dit neemt niet weg dat na verloop van tijd de bedragen kunnen worden aangepast aan nieuw te bepalen opcentiemen.”

²⁰¹ Bij de op te heffen bepalingen dient telkens de wetshistoriek te worden vermeld.

De wet van 5 maart 1952 ‘betreffende de opdecimes op de strafrechtelijke geldboeten’ zal dan dienen te worden aangepast.

HOOFDSTUK 5 – INWERKINGTREDING

ARTIKEL 5

240. De inwerkingtreding van de aan te nemen wet is op een rechtsonzekere en mogelijk niet sluitende wijze geregeld. Nog daargelaten het gegeven dat het niet aan de burger mag worden overgelaten om zelf op zoek te gaan naar de datum van inwerkingtreding van een andere wet waaraan de inwerkingtreding van de aan te nemen wet is gekoppeld, is het haast uitgesloten dat bij één enkele wet zal worden voorzien in de regeling van alle aangelegenheden die zijn opgesomd in artikel 5 van het ontwerp. Wanneer dit niet zo is en die aangelegenheden derhalve worden geregeld in afzonderlijke wetten, wordt het onmogelijk om de datum van inwerkingtreding van de aan te nemen wet te bepalen wanneer in die wetten verschillende data van inwerkingtreding zouden worden bepaald.

Artikel 5 dient derhalve fundamenteel te worden herzien. Gelet op de onderlinge samenhang tussen het voorliggende ontwerp en de ontwerpen betreffende de in artikel 5 opgesomde aangelegenheden, wordt het bepalen van een datum van inwerkingtreding wellicht het best aan de Koning toevertrouwd, waarbij het optreden van de Koning kan worden gebonden aan een termijn die begint te lopen vanaf de datum van bekendmaking van de laatste in artikel 5 van het ontwerp bedoelde aan te nemen wetten. Er kan daarbij worden voorzien in een vangnetbepaling die inhoudt dat de aan te nemen wet in elk geval in werking treedt bij het verstrijken van die termijn.

Er moet bovendien worden opgemerkt dat bij het bepalen van de inwerkingtreding ermee rekening moet worden gehouden dat de gemeenschappen en de gewesten over de nodige tijd dienen te beschikken om na te gaan of de nieuwe algemene regels die zijn opgenomen in het nieuwe Boek 1 van het Strafwetboek nopen tot een aanpassing, op grond van de hen bij artikel 11, eerste en tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 toegewezen strafrechtelijke bevoegdheid, van in decreten of ordonnanties opgenomen strafbepalingen. Een al te korte termijn zou de uitoefening van die bevoegdheid onevenredig moeilijk maken en is derhalve niet toelaatbaar.

241. In artikel 5, tweede streepje (lees: 2°), schrijve men in de Nederlandse tekst “Boek 1” in plaats van “het Boek I” en in de Franse tekst “Livre 1^{er}” in plaats van “Livre premier”.

SLOTOPMERKING

242. Het ontwerp verdient nog een wetgevingstechnisch en taalkundig nazicht. Zo kan op het volgende worden gewezen:

- opsommingen dienen te worden aangegeven met “1^o”, 2^o”, “3^o”, enzovoort, en zo binnen een opsomming een verdere opsomming voorkomt met “a)”, “b)”, “c)”, enzovoort;

- de ontworpen artikelen 34, 37 en 52 zouden overzichtelijker zijn mochten ze worden onderverdeeld in paragrafen;

- op een aantal vlakken dient te worden gestreefd naar terminologische uniformiteit. Naast de reeds voorheen aangegeven gevallen, worden doorheen het ontwerp de woorden “gestraft” en “bestraft” door elkaar gehanteerd;

- ook op andere punten kan het ontwerp nog redactioneel worden verbeterd.²⁰²

*

²⁰² Zie bijvoorbeeld de ontworpen artikelen 1, vierde lid (Franse tekst: “à leur auteur”), 6, eerste lid (Nederlandse tekst: “Opdat er sprake zou zijn”), 13, tweede lid (Nederlandse tekst: “Er is geen aanleiding tot”) 34 (typografische fouten), 37, eerste lid (Nederlandse tekst: “zes” in plaats van “six”) 45, § 3, tweede lid (Franse tekst: “les quinze jours” in plaats van “le quinze jours”), 61, § 2, eerste zin (Nederlandse tekst: “is tussengekomen”), 61, § 3, tweede lid, (Franse tekst: “la peine prononcée après”) en artikel 4, 1^o, a), van het ontwerp (Nederlandse tekst).

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique ¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

Par ailleurs, le présent avis comporte également un certain nombre d'observations sur d'autres points. Il ne peut toutefois s'en déduire que, dans le délai qui lui est imparti, la section de législation a pu procéder à un examen exhaustif du projet.

*

OBSERVATION PREALABLE

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis réforme fondamentalement les principes généraux du droit pénal belge. Le Conseil d'État, section de législation, se réjouit de l'approche globale et étayée par des données scientifiques qui a présidé à la réécriture du Livre premier du Code pénal. Un projet présentant un tel intérêt social et juridique requiert cependant que les organes consultatifs institués par le constituant et le législateur, tel le Conseil d'État, section de législation, puissent pleinement exercer leur mission et réaliser un examen approfondi. Le Conseil d'État doit toutefois constater que, le 24 janvier 2017, le projet a fait l'objet d'une demande d'avis en application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois sur le Conseil d'État, soit dans un délai de trente jours. Le Conseil d'État a demandé que soit prolongé ce délai, lequel ne l'a été que de moins d'un mois. En dépit de la préparation minutieuse du projet, le délai inférieur à deux mois dans lequel l'avis doit ainsi être donné est cependant largement insuffisant pour permettre l'examen approfondi que justifierait le caractère fondamental du projet à l'examen. Le Conseil d'État ne peut que le regretter, d'autant plus que l'entrée en vigueur de la loi à adopter n'interviendra que dans un futur très lointain. En outre, le fait que les avis des organes dans lesquels sont représentés les acteurs directement concernés ne sont pas encore disponibles ² ne favorise pas non plus la profondeur de l'examen. À cet égard, il ne faut pas non plus perdre de vue que le Conseil d'État, section de législation, ne dispose pas des moyens nécessaires pour examiner d'une manière appropriée des textes tels que l'avant-projet soumis pour avis et, dans le même temps, pour analyser les très nombreuses demandes d'avis, qui affluent sans discontinuer, sur des projets de loi, de décret et d'arrêté dans les délais accordés par le législateur et les demandeurs d'avis. Il s'agit d'un motif supplémentaire justifiant, qu'à l'avenir, les demandes d'avis relatives à des projets d'une telle ampleur et d'une telle importance prennent en compte la nécessité de prévoir un délai suffisant pour les examiner.

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

² Voir à ce sujet, les observations 6 et 7. Il y a au demeurant un contraste saisissant entre le délai accordé au Conseil d'État pour donner un avis sur cet important projet et le temps beaucoup plus long laissé à d'autres organes pour se prononcer sur ce même projet (voir les notes 11 et 12).

PORTÉE DU PROJET³

3.1. L'avant-projet de loi soumis pour avis a principalement pour objectif d'instaurer un nouveau livre 1^{er} du Code pénal (article 2) et constitue une première étape de la révision complète de ce code, et plus largement encore, du droit de la procédure pénale et de l'exécution des peines. Le projet prévoit en outre une modification du Code pénal militaire (article 3), un certain nombre de dispositions abrogatoires liées au nouveau livre 1^{er} du Code pénal (article 4) et des dispositions concernant l'entrée en vigueur de la loi à adopter (article 5), indiquant qu'il y aura également un mécanisme permettant de convertir les peines prévues dans les lois pénales particulières élaborées avant l'entrée en vigueur de la loi à adopter et de les faire correspondre à l'un des niveaux de peines prévus dans le nouveau livre 1^{er} du Code pénal.

3.2.1. Le livre 1^{er}, en projet, du Code pénal comporte sept chapitres.

3.2.2. Le chapitre 1^{er}, en projet, comprend des dispositions générales.

Ce chapitre aborde tout d'abord la classification des infractions (article 1^{er}, en projet) : il n'existe désormais plus que des crimes et des délits ; la catégorie des contraventions disparaît. En outre, la frontière entre les crimes et les délits est déplacée, et la qualification en crime ou délit est définitive ; la peine finalement infligée n'a plus d'incidence sur cette qualification.

Il comporte en outre un certain nombre de principes généraux (articles 2 à 5, en projet) : il rappelle le principe de légalité en matière pénale, formule des principes généraux en matière d'application de la loi pénale dans le temps et dans l'espace et, enfin, énonce les directives interprétatives selon lesquelles la loi pénale est d'interprétation stricte et ne s'applique pas par analogie.

3.2.3. Le chapitre 2, en projet, concerne l'infraction.

On y définit tout d'abord les éléments constitutifs de l'infraction, à savoir l'élément matériel, l'élément fautif et ses différentes formes possibles et l'élément aggravant (articles 6 à 9, en projet).

En principe, la tentative de commettre une infraction est toujours punissable et est punie des mêmes peines que l'infraction consommée (article 10, en projet). Il est également prévu de punir les personnes qui, de façon ferme et certaine, proposent, offrent de commettre ou provoquent à commettre une infraction déterminée et les personnes qui acceptent une telle proposition, offre ou provocation, lorsqu'il ne s'en est pas suivi d'effet en raison de circonstances indépendantes de leur volonté.

³ Voir pour le contexte et un résumé plus complet J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS, « Het voorstel van nieuw Boek I Strafwetboek. Na 150 jaar eindelijk tijd om 'de sprong' te wagen ... », *NC* 2017, 1-9, et « La proposition d'avant-projet de nouveau Livre 1^{er} du Code pénal. Après 150 ans, une réforme bien nécessaire! », *JT* 2017/7, 129-134.

Enfin, les causes de justification sont définies : l'ordre ou l'autorisation de la loi, l'ordre de l'autorité, l'état de nécessité, la légitime défense, et la résistance légitime aux abus de l'autorité (articles 11 à 16, en projet).

3.2.4. Le chapitre 3, en projet, est consacré à l'auteur de l'infraction.

Tout d'abord, il pose le principe de la responsabilité pénale individuelle (article 16, en projet) et confirme la responsabilité pénale des personnes morales, à l'exception d'un certain nombre de personnes morales de droit public, le régime de décumul prévu par l'actuel article 5, alinéa 2, du Code pénal étant abrogé (article 17, en projet). En outre, le projet règle la participation punissable (articles 18 et 19, en projet), étant entendu que la distinction entre coauteurs et complices est abandonnée et que des dispositions règlent l'imputation des éléments aggravants et des circonstances aggravantes aux participants. Il est ensuite question des causes d'exemption de culpabilité, à savoir la force irrésistible et l'erreur invincible (articles 20 à 22, en projet), et des causes de non-imputabilité, à savoir le trouble mental et la minorité (articles 23 à 25, en projet).

3.2.5. Le chapitre 4, en projet, concerne les peines, qui sont désormais classées selon quatre niveaux.

On y trouve en premier lieu des dispositions générales concernant les objectifs de la peine et les circonstances aggravantes et atténuantes (articles 26 à 28, en projet), ainsi que deux dispositions plutôt de procédure pénale concernant l'information des autorités judiciaires et l'avis à leur donner en vue de déterminer la peine à infliger aux délinquants sexuels (articles 29 et 30, en projet). On y trouve également une section relative aux causes d'excuse, dans le cadre de laquelle l'excès de légitime défense fait l'objet d'une réglementation (articles 31 et 32, en projet).

Les peines criminelles et correctionnelles principales applicables aux personnes physiques sont respectivement la réclusion à perpétuité ou la réclusion de vingt ans à trente ans (en ce qui concerne les crimes) et l'emprisonnement (de un à vingt ans), la peine de surveillance électronique, la peine de travail, la peine de probation, la condamnation par déclaration de culpabilité, l'amende, la confiscation, la peine pécuniaire fixée en fonction du profit escompté ou obtenu de l'infraction, l'exclusion de la participation aux marchés publics ou aux concessions et la condamnation par déclaration de culpabilité (en ce qui concerne les délits) (articles 33 et 34, en projet). Peuvent être infligées à titre de peines accessoires l'amende, la confiscation, la peine pécuniaire fixée en fonction du profit escompté ou obtenu de l'infraction, la déchéance « des » droits, l'interdiction professionnelle, l'exclusion de la participation aux marchés publics ou aux concessions, la publication de la décision de condamnation, la fermeture d'établissement, la déchéance du droit de conduire et l'interdiction de résidence ou de contact (article 35, en projet).

Les peines criminelles et correctionnelles principales applicables aux personnes morales sont l'amende et, au niveau 2 ou 1 comme peine correctionnelle principale, la peine de prestation en faveur de la communauté, la peine de probation, le cumul de deux ou plusieurs peines de niveau 1 ⁴, la condamnation par déclaration de culpabilité, la dissolution, l'interdiction d'exercer une activité relevant de l'objet social, la confiscation, la peine pécuniaire fixée en

⁴ En ce qui concerne la peine de niveau 2.

fonction du profit escompté ou obtenu de l'infraction, l'exclusion de la participation aux marchés publics ou aux concessions, la fermeture d'établissement et la condamnation par déclaration de culpabilité (articles 36 et 37, en projet). Les peines accessoires applicables aux personnes morales sont l'amende, la confiscation, la peine pécuniaire fixée en fonction du profit escompté ou obtenu de l'infraction, l'interdiction d'exercer une activité relevant de l'objet social, la dissolution, l'exclusion de la participation aux marchés publics ou aux concessions, la fermeture d'établissement et la publication de la décision de condamnation (article 38, en projet). Les articles 39 à 41, en projet, apportent des précisions relatives aux peines spécifiquement applicables aux personnes morales.

D'autres précisions sont ensuite apportées pour presque toutes les peines citées, des peines de substitution étant également prévues lorsque certaines peines principales ne sont pas exécutées ou ne le sont que partiellement (articles 42 à 58, en projet).

Les parties suivantes du chapitre 4, en projet, concernent la fixation de la peine et le sursis à l'exécution des peines. Il s'agit de dispositions relatives à la récidive, qui est désormais limitée à la récidive spéciale (article 59, en projet), au concours constitué d'un seul fait et au concours constitué de plusieurs faits (articles 60 et 61, en projet) et au sursis à l'exécution des peines (article 62, en projet).

3.2.6. Le chapitre 5, en projet, concerne ce qu'il est appelé les « dispositions civiles ». Il s'agit de l'interdiction, sauf dispositions légales contraires, de tenir une personne civilement responsable d'une peine pécuniaire à laquelle une autre personne a été condamnée (article 63, en projet), de la restitution et des dommages-intérêts (article 64, en projet), de la solidarité pour les restitutions, les dommages-intérêts et le paiement des frais de justice (article 65, en projet), du régime de priorité en cas de condamnation à des peines patrimoniales, à des restitutions et à des dommages-intérêts (article 66, en projet) et de l'indignité successorale (article 67, en projet).

3.2.7. Le chapitre 6, en projet, concerne l'extinction des peines par la mort du condamné (article 68, en projet), et la prescription des différentes peines (article 69, en projet) et des « condamnations civiles » (article 70, alinéa 1^{er}, en projet). L'indignité successorale est imprescriptible, mais peut être levée par le pardon (article 70, alinéa 2, en projet).

3.2.8. Le chapitre 7, en projet, comporte des dispositions relatives aux effets des condamnations qui sont prononcées dans d'autres États membres de l'Union européenne et concernant l'application des dispositions du Livre 1^{er} du Code pénal aux infractions prévues dans des lois particulières.

COMPETENCE

4. L'article 11, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', prescrit que, sauf les exceptions qui peuvent être prévues par décret (ou par ordonnance) pour des infractions particulières, les dispositions du Livre 1^{er} du Code pénal s'appliquent aux infractions et aux peines que les communautés et les régions établissent dans les limites de leurs compétences sur le fondement de cette disposition. Dans la logique de celle-ci, la possibilité pour les communautés et les régions de déroger au Livre 1^{er} du Code pénal ne

concerne que le droit pénal matériel. Le Livre 1^{er}, en projet, du Code pénal comporte cependant aussi certaines règles de procédure pénale⁵ ainsi que des règles concernant l'exécution des peines⁶, auxquelles, sauf application de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 (compétences implicites), les communautés et les régions ne peuvent pas déroger⁷. De telles dispositions n'ont pas leur place dans le Livre 1^{er} du Code pénal, non seulement pour des motifs de clarté et de cohérence, mais en outre pour éviter toute confusion au sujet des compétences pénales des communautés et des régions.

Pour des motifs tenant notamment aux règles de répartition des compétences, il faudrait également indiquer expressément quand une forme de confiscation particulière est considérée comme une mesure de sûreté⁸: les communautés et les régions sont en effet compétentes sans restriction pour modifier les conditions d'application d'une telle mesure, tandis que si la confiscation est conçue comme une peine, il s'agit de l'instauration d'une nouvelle peine qui, en application de l'article 11, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980, requiert l'avis conforme du Conseil des Ministres⁹.

5. Il ressort de l'article 5, deuxième tiret (lire : 2°), du projet qu'on prévoira un mécanisme pour convertir les peines prévues dans les lois pénales particulières élaborées avant l'entrée en vigueur de la loi à adopter et les faire correspondre à l'un des niveaux de peines prévus dans le nouveau Livre 1^{er} du Code pénal. Reste à savoir si le législateur fédéral est également compétent pour établir ce dispositif à l'égard des communautés et des régions.

À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De omzettingstabellen hebben een algemene draagwijdte. De doelstelling van het conversiemechanisme is het uitwerken van een systeem waardoor de regels van het nieuwe Strafwetboek kunnen worden toegepast op wetten in de ruime betekenis van het woord (dus ook de decreten en ordonnances) waarvoor geen uitdrukkelijke wettelijke 'vertaling' heeft plaatsgevonden. Bij dit conversiemechanisme wordt getracht de wil van de wetgever bij het opstellen van deze bijzondere strafwet zoveel als mogelijk te benaderen en tegelijk de niet-aangepaste wet zoveel als mogelijk te integreren in de mogelijkheden die het nieuwe Strafwetboek biedt. De regels van het nieuwe Strafwetboek zijn dus van toepassing op deze wetten voor feiten gepleegd vanaf de inwerkingtreding van het nieuwe Strafwetboek (en voor feiten van voorheen indien het nieuwe systeem *in concreto* (cf. rechtspraak EHRM) tot een mildere straf leidt, aangezien de conversie geen afbreuk doet aan de principes inzake toepassing van de strafwet in de tijd zoals neergelegd in artikel 2 oud Strafwetboek en artikel 3 nieuw Strafwetboek).

⁵ Voir par exemple les articles 29 et 30, en projet.

⁶ Voir par exemple les articles 39, §§ 3 et 4, 41, dernier alinéa, 45, § 3, 46, §§ 3 et 4, 47, §§ 4 et 5, chaque fois le dernier alinéa des articles 49, 52, 53, 56, 57 et 58, et les articles 61, § 4, et 62, §§ 3 et 4.

⁷ Les règles de procédure pénale inscrites dans le projet ne relèvent pas de l'une des trois matières que les communautés et les régions ont le pouvoir de régler sur le fondement de l'article 11, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980.

⁸ Voir l'observation 185.

⁹ Voir au sujet de la pertinence de la distinction au regard des règles répartitrices de compétences et pour des références à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, M. FAURE et J. VANHEULE, *Milieustrafrecht*, Malines, Kluwer, 2006, p. 39-42, n^{os} 82-89.

Ici, à nouveau, il doit être rappelé que les législateurs communautaire ou régional pourront prévoir des règles dérogatoires et qu'ils en auront l'occasion durant la période transitoire dont question ci-dessus. Le mécanisme de conversion peut également servir de repère pour ces législateurs des entités fédérées (soit ils l'adoptent, soit ils prévoient des règles dérogatoires).

O.i. kan de federale wetgever in het licht van art. 11 BWHI alleen een conversiemechanisme aannemen dat ook geldt voor de gemeenschappen en gewesten indien dit formeel deel wordt van Boek I. Dit zou dan ook in het voorontwerp van Boek II moeten opgenomen worden als een toevoeging aan de wet die Boek I invoert. O.i. kan dit worden verantwoord, aangezien de bevoegdheid over Boek I de opstelling van de straffen impliceert. Gemeenschappen en Gewesten kunnen immers slechts een nieuwe straf aannemen na eensluidend advies van de ministerraad. Het omzetten van straffen naar de strafniveaus kan dus worden beschouwd als een federale bevoegdheid ».

Pour qu'elles puissent s'appliquer aux communautés et aux régions, les règles de conversion doivent en effet être inscrites dans le Livre 1^{er} du Code pénal ¹⁰.

FORMALITES

6. Selon le délégué, le projet a été soumis pour avis, tant au Conseil supérieur de la Justice ¹¹, qu'au Collège des cours et tribunaux et au Collège des procureurs généraux ¹², mais ces avis n'ont pas encore été rendus. La concertation imposée avec les communautés au sujet de certaines dispositions du projet ne paraît pas encore avoir eu lieu (voir l'observation 7). Selon le délégué, la concertation continuerait également avec les communautés et les régions, bien qu'il n'ait pas pu fournir de précisions sur ce point ¹³.

À cet égard, il convient de rappeler que, même si depuis la modification des lois sur le Conseil d'État par la loi du 2 avril 2003, le non-accomplissement des formalités ne peut plus conduire à l'irrecevabilité de la demande d'avis, il n'en demeure pas moins qu'il reste

¹⁰ Voir également l'observation 240 au sujet du temps qu'il faut laisser aux communautés et aux régions pour, le cas échéant, prévoir des dérogations à ces règles de conversion dans des dispositions particulières.

¹¹ Selon le délégué, le 18 janvier 2017, les experts qui ont collaboré à la rédaction du projet ont présenté celui-ci aux membres du Conseil supérieur de la Justice et l'assemblée générale de ce conseil devrait donner un avis sur le projet à la fin du mois de mai 2017.

¹² Selon le délégué, les experts qui ont collaboré à la rédaction du projet ont déjà présenté celui-ci au Collège des procureurs généraux le 22 septembre 2016 et ce collège devrait donner un avis à la fin du mois de mars 2017.

¹³ Selon l'article 11, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980, les dispositions du Livre 1^{er} du Code pénal s'appliquent aux décrets qui érigent en infraction les manquements à leurs dispositions, sauf les exceptions qui peuvent être prévues par décret pour des infractions particulières, tandis que selon l'article 11, alinéa 2, de la même loi, 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 1^{er} du Code pénal ». Eu égard à l'incidence considérable que l'introduction d'un nouveau Livre 1^{er} du Code pénal a, au regard de ces dispositions, sur les compétences pénales des communautés et des régions, et à la philosophie générale de l'article 11bis de la loi spéciale précitée, le souci d'une bonne réglementation impose d'associer étroitement les communautés et les régions à l'élaboration de la réforme du droit pénal, de la procédure pénale et de l'exécution des peines. Il faut en outre attirer l'attention sur les modalités obligatoires de collaboration, qui découlent des articles 6, § 3bis, 4°, et 92bis, § 4undecies, de la loi spéciale du 8 août 1980 et de l'accord de coopération du 17 décembre 2013 'entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à l'exercice des missions des Maisons de Justice'.

toujours recommandé de ne consulter la section de législation qu'à l'issue des différentes étapes de la préparation administrative du projet concerné et après que l'organe compétent pour l'établissement du projet a eu la possibilité de l'adapter éventuellement à la lumière des éléments recueillis lors de l'accomplissement des formalités¹⁴. Il serait ainsi évité que le Conseil d'État donne son avis sur un projet de texte non définitif et il serait garanti que l'avis soit rendu sur la base d'une information complète concernant tous les éléments pertinents en cause.

7. En vertu de l'article 6, § 3bis, 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980, il y a lieu de mener une concertation en ce qui concerne la modification des missions visées à l'article 5, § 1^{er}, III, de cette même loi. En vertu de l'article 2, alinéa 3, de l'accord de coopération du 17 décembre 2013 'entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à l'exercice des missions des Maisons de Justice'¹⁵, il y a lieu, dans le cadre de la Conférence interministérielle pour les Maisons de justice, de mener une concertation au sujet de la modification des missions des Maisons de justice et au sujet de toutes les initiatives des parties qui ont ou sont susceptibles d'avoir une incidence sur « la capacité d'exécution des Maisons de justice dans le cadre de l'exercice de leurs missions ». Le projet comporte un certain nombre de dispositions de cette nature, de sorte que les dispositions précitées y sont applicables.

Selon le délégué, cette concertation a eu lieu le 5 septembre 2016, mais le dossier qui a été présenté au Conseil d'État, section de législation, ne contenait aucun document reproduisant le procès-verbal de cette réunion¹⁶. Invité à donner des précisions à ce sujet, le délégué a transmis le procès-verbal de la réunion de la conférence interministérielle du 5 septembre 2016, précitée, dans lequel on peut lire ce qui suit :

« POINT 5 DE L'ORDRE DU JOUR : AVANT-PROJET CODE PENAL

Les Communautés demandent de pouvoir se concerter en temps utile sur l'avant-projet de nouveau code pénal. Le cabinet du ministre de la justice fait savoir qu'il n'existe pas encore de textes consolidés et propose que les experts fournissent aux Communautés des explications en rapport avec l'avant-projet de code pénal. Cette séance d'information se tiendra le 20 septembre 2016 à 13h30.

Le Ministre de la justice précise qu'il s'agit uniquement du Livre I du code pénal et qu'il n'existe pas encore d'accord du Gouvernement sur l'avant-projet de textes.

La CIM prend connaissance du fait que les experts fourniront aux Communautés des explications en rapport avec l'avant-projet de code pénal le 20 septembre 2016 ».

¹⁴ Avis C.E. 41.417/AG à 41.420/AG de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État du 6 octobre 2006 sur des avant-projets devenus la loi du 10 mai 2007 'modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie', la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes', la loi du 10 mai 2007 'tendant à lutter contre certaines formes de discriminations' et la loi du 10 mai 2007 'adaptant le Code judiciaire à la législation tendant à lutter contre les discriminations et réprimant certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie', *Doc. parl.*, Chambre, 2006-07, n° 51-2720-001, pp. 130-131 ; avis C.E. 58.729/AG du 26 janvier 2016 sur un avant-projet devenu la loi du 27 avril 2016 'relative à des mesures complémentaires en matière de lutte contre le terrorisme' (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-16, n° 54-1727/001, pp. 89-90).

¹⁵ Qui a été conclu en application de l'article 92bis, § 4undecies, de la loi spéciale du 8 août 1980.

¹⁶ La note au Conseil des ministres mentionne en outre qu'une concertation avec les communautés ou les régions n'est pas nécessaire.

Il ressort de ce procès-verbal que, lors de la réunion précitée, le projet a bien été annoncé, mais aucunement examiné (il est même mentionné que « des textes consolidés » ne sont pas encore disponibles) et que le 20 septembre 2016, les experts qui collaborent à la rédaction du nouveau code se borneraient à présenter le projet, ce qui ne peut de toute évidence être assimilé en rien à la concertation imposée par l'article 6, § 3bis, 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980 et par l'article 2, alinéa 3, de l'accord de coopération du 17 décembre 2013.

Cette concertation devra dès lors encore avoir lieu. À cet égard, il faut en outre attirer l'attention sur l'article 30bis de la loi spéciale du 6 janvier 1989 'sur la Cour constitutionnelle' qui s'énonce comme suit :

« Art. 30bis. Pour l'application des articles 1^{er} et 26, § 1^{er}, sont considérées comme règles visées au 1° de ces deux dispositions, la concertation, l'association, la transmission d'informations, les avis, les avis conformes, les accords, les accords communs et les propositions prévus par la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, à l'exception des accords de coopération visés à l'article 92bis de ladite loi, ainsi que par la loi spéciale sur le financement des Communautés et Régions ou par toute autre loi prise en exécution des articles 39, 127, § 1^{er}, 128, § 1^{er}, 129, § 1^{er}, 130, § 1^{er}, 135, 136, 137, 140, 166, 175, 176 et 177 de la Constitution ».

Il ressort de cet article que la méconnaissance de l'obligation de concertation prévue à l'article 6, § 3bis, 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980 peut conduire à l'annulation des dispositions qui devaient faire l'objet de cette concertation, ou à la constatation qu'elles violent les règles répartitrices de compétences.

8. Le projet soumis pour avis a également donné lieu à la réalisation d'une analyse d'impact de la réglementation (AIR). Il s'agit d'une obligation fondée sur l'article 6, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 2013 'portant des dispositions diverses concernant la simplification administrative'. Le Conseil d'État s'interroge sur le sérieux avec lequel cette formalité a été accomplie : selon le formulaire « Analyse d'impact intégrée » complété, les mesures n'auraient aucun impact.

Interrogé à ce sujet, le délégué a donné la réponse suivante :

« De RIA of ReguleringImpactAnalyse impliceert dat de positieve en negatieve effecten van beleidsopties in kaart worden gebracht. De vooropgestelde hervorming zal zeker geen ongunstig effect hebben op de meest kwetsbaren van de samenleving, wel integendeel. Zo betreft een van de uitgangspunten dat de vrijheidsstraf het *ultimum remedium* moet zijn. Zo is er een categorie van misdrijven waarbij de toevlucht tot de gevangenisstraf niet kan worden gerechtvaardigd. Ook wordt er niet langer meer voorzien in de vervangende gevangenisstraf bij de geldboete. Dit is immers een onrechtvaardige, discriminatoire straf, aangezien zij niet de weerspanningen viseert doch wel de armen. De lange vrijheidsstraffen geïntroduceerd door de Potpourri-II-wet worden eveneens verlaten. Volgens wetenschappelijke literatuur staat het buiten kijf dat de vrijheidsstraf in vele gevallen een nefaste werking heeft die de zwakkeren uit de samenleving het meeste treft. De literatuur (nationale en internationale) is hierover eenduidig. Bijkomend onderzoek lijkt in dit stadium dan ook overbodig. Bovendien laat het voorontwerp omwille van de flexibiliteit toe dat een straf (hoofd- en bijkomende straf) kan worden gekozen die het best is aangepast aan de persoonlijke situatie van de beklaagde. Vele uitgetekende straffen zijn een vorm van spiegelbestrafing waarbij het gepleegde misdrijf of de daderproblematiek bepalend zijn voor de inhoud van de straf. Gedragsbeïnvloeding met het oog op de

terugdringing van recidive wordt beoogd met spiegelbestrafing. De rechtspsychologische/criminologische literatuur toont aan dat de aanwezigheid van een duidelijk causaal verband tussen het misdrijf en de straf een cognitieve factor is die de effectiviteit van de straf bevordert. Deze beleidskeuze zou o.i. dan ook globaal gezien een positieve impact moeten hebben. (zie hierover uitgebreid J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH, 'De spiegelstraf herontdekt: een nieuw wapen in de strijd tegen de ineffectiviteit van de bestrafing?', RW 2016-2017, 243-257). Il convient de noter que la proposition faite par le Commissaire LEGROS et reprise par la Commission de réforme instituée par le ministre d'appliquer au montant de l'amende un multiplicateur en fonction de la capacité financière de l'auteur de l'infraction (afin que les personnes plus fortunées se voient infliger une amende plus élevée que les moins fortunés) n'a pas été retenue par le Gouvernement.

Meer algemeen is het bijzonder moeilijk om een volledig juiste impactanalyse te maken in het raam van bestrafing. Het meten van effectiviteit is gemakkelijker gezegd dan gedaan. (...) Idealiter moeten mensen met een vergelijkbaar profiel willekeurig worden verdeeld over een experimentele en een controlegroep. Het is maar wanneer die groepen verschillend worden behandeld dat een accurate effectiviteitsmeting kan worden gehouden. Dit is niet voor de hand liggend in een strafrechtelijke setting waar de strafrechter in eer en geweten een aan het feit en de dader aangepaste sanctie moet uitspreken. Een strafrechter kan bezwaarlijk omwille van wetenschappelijke doeleinden een bepaalde straf opleggen wanneer in zijn ogen eigenlijk een andere straf meer gerechtvaardigd is. Bovendien is de notie 'effectiviteit' geen eenduidig begrip (Zie J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH, 'De spiegelstraf herontdekt: een nieuw wapen in de strijd tegen de ineffectiviteit van de bestrafing?', RW 2016-2017, 245-246) ».

Les exemples cités dans la réponse du délégué montrent clairement qu'il y a bel et bien une incidence sur certains domaines qui doivent être abordés dans une analyse d'impact de la réglementation¹⁷. Le fait que cette incidence est positive, ou que certains effets sont difficiles à mesurer, ne dispense pas d'également réaliser correctement l'analyse d'impact de la réglementation sur ces domaines. Les auteurs du projet devront dès lors apprécier s'il n'y a pas lieu de compléter l'analyse d'impact de la réglementation.

9. Si à la suite des formalités encore à accomplir, le texte soumis au Conseil d'État devait être modifié, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État.

OBSERVATIONS GENERALES

10. On peut se réjouir du fait que pour réécrire le Livre 1^{er} du Code pénal, on a fait le choix d'une approche globale et étayée par des données scientifiques, en veillant à la précision, à la cohérence et à la simplicité, et du fait que cette réforme fait partie d'une réforme générale, planifiée, du droit pénal, de la procédure pénale et de l'exécution des peines. Il s'ensuit que la réforme du Livre 1^{er} du Code pénal ne peut pas être considérée et évaluée indépendamment de cette réforme globale. Dès lors qu'il n'existe pas encore d'avant-projets concrets ou mêmes de

¹⁷ En outre, à titre d'exemple, on peut encore mentionner l'incidence des peines patrimoniales sur la situation sociale des condamnés.

lignes directrices concernant le Livre 2 du Code pénal, un code de procédure pénale et un code d'exécution des peines, il n'est pas possible d'apprécier la cohérence des différentes composantes du droit pénal matériel et formel et l'intégration du nouveau Livre 1^{er} du Code pénal dans le système pénal global ¹⁸. Il convient de lire l'avis sous cette importante réserve.

11. Le Livre 1^{er} du Code pénal, en projet, rappelle un certain nombre de principes généraux qui découlent de normes supérieures, tels le principe de légalité en matière pénale et le principe de non-rétroactivité de la loi pénale la plus sévère et de l'application de la loi pénale la plus clément. Bien que ce procédé ne puisse pas être désapprouvé, dès lors qu'il faudra tenir compte de ces principes pour interpréter et appliquer la loi pénale, il faut être conscient, d'une part, que tous les principes découlant de normes supérieures ne sont pas (expressément) rappelés ¹⁹, ce qui ne dispense pas de les respecter et, d'autre part, qu'une loi, un décret ou une ordonnance ne peut pas déroger à des principes découlant d'une norme supérieure ²⁰. Afin d'éviter toute ambiguïté ou toute confusion, il est en tout cas recommandé de compléter le projet sur ce plan ou d'apporter des précisions dans l'exposé des motifs.

12. Le Livre 1^{er}, en projet, du Code pénal prévoit une extension très importante du champ d'incrimination et une aggravation des peines. Ainsi, sauf dispositions contraires, la tentative est toujours punissable ²¹ et elle est punie des mêmes peines que l'infraction (article 10, alinéa 3, en projet). Sont également punies, d'une manière générale et des mêmes peines que l'infraction elle-même, la proposition, l'offre de commettre une infraction déterminée et la provocation à la commettre et l'acceptation qui s'ensuit, lorsqu'elle n'a pas eu d'effet en raison de circonstances indépendantes de la volonté de la personne qui commettrait l'infraction (article 10, alinéa 4, en projet) ²². Il n'est plus fait non plus de distinction entre coauteurs et complices (article 18, en projet), et la notion d'infraction continue est abandonnée.

Reste à savoir si toutes les conséquences de cette option fondamentale ont bien été correctement évaluées ²³ et si certaines de ces règles ne doivent pas être revues. Eu égard aux questions que cette réforme peut soulever sur le plan de la conformité avec le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination ²⁴ et avec celui de la proportionnalité des peines, auxquels le législateur, tout autant que le juge, doit avoir égard, il est également recommandé d'aborder cette question d'une manière plus approfondie dans l'exposé des motifs,

¹⁸ C'est ainsi que la distinction entre les crimes et les délits est liée au sort de la Cour d'assises.

¹⁹ C'est ainsi qu'il n'est pas fait état du principe de proportionnalité (inscrit à l'article 49, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne), ni du principe de la personnalité des peines (ce dernier principe découlant, il est vrai, des articles 16 et 23, en projet).

²⁰ Lorsque le législateur décretaal ou ordonnantiel déroge, dans des cas particuliers et sur le fondement de l'article 11, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980, aux cas prévus dans le Livre 1^{er}, en projet, du Code pénal.

²¹ Pour l'heure, seule la tentative de commettre un crime est toujours punissable (article 52 du Code pénal), tandis que la tentative de commettre un délit ne l'est que dans les cas expressément déterminés par la loi (article 53 du Code pénal). Dans la plupart des pays européens, la tentative n'est pas non plus toujours punissable et lorsqu'elle l'est, la peine est le plus souvent plus légère que pour l'infraction elle-même.

²² Voir également les observations 59 et 60.

²³ Voir les observations 52, 56, 59, 60 et 90.

²⁴ Des situations substantiellement différentes sont traitées d'une manière tout à fait identique, ce qui doit être adéquatement justifié.

d'autant plus que l'extension considérable du champ d'incrimination et de la répression paraît difficilement se concilier avec le principe de la subsidiarité du droit pénal que rappelle l'exposé des motifs (et que consacre en partie l'article 26, en projet).

13. Dans le Livre 1^{er}, en projet, du Code pénal, le mot « loi » est utilisé avec plusieurs significations, à savoir la loi au sens formel, la loi au sens matériel ²⁵, la loi fédérale et le décret ou l'ordonnance ²⁶, voire uniquement le décret ou l'ordonnance ²⁷, ou encore les normes supérieures (dans le cas de causes de justification). Le Conseil d'État comprend qu'eu égard à la diversité des cas susceptibles de se présenter, il est difficile de chaque fois apporter des précisions dans le texte à ce sujet, mais il est malgré tout recommandé d'envisager cette question dans l'exposé des motifs. En outre, dans un certain nombre de cas, la mention du mot « loi » peut être omise ²⁸.

14. Dans certains cas, il est indiqué que des règles s'appliquent « sauf dans les cas prévus par la loi » ou moyennant une réserve analogue (par exemple, les articles 4, alinéas 1^{er} et 2, 35, phrase liminaire, 38, phrase liminaire, et 42, alinéa 1^{er}, en projet), et dans d'autres pas. Les auteurs du projet doivent examiner si cela se justifie par un motif particulier et, le cas échéant, le préciser dans l'exposé des motifs, en tenant compte du fait qu'une loi peut toujours déroger à une règle inscrite dans une autre loi. En l'absence d'une telle justification, la mention précitée doit être omise.

15. Ni le texte du Livre 1^{er}, en projet, du Code pénal, ni l'exposé des motifs ne tiennent suffisamment compte de la délinquance transfrontalière. C'est ainsi que sur ce plan des questions se posent en ce qui concerne l'application territoriale du droit pénal (localisation des éléments sur le territoire belge) ou l'effet de causes de justification inscrites dans la législation étrangère. À propos de ce dernier point, se pose par exemple la question de savoir si des causes de justification prévues dans la législation étrangère ne devraient pas s'appliquer lorsque le centre de gravité de l'infraction est situé à l'étranger ²⁹. Les auteurs du projet devant vérifier s'il ne convient pas de compléter le projet ou l'exposé des motifs sur ce point.

16. Le projet ne comporte aucune disposition transitoire, alors que de nombreuses questions seront soulevées lors du passage de l'ancien au nouveau système, par exemple consécutivement à l'instauration de peines nouvelles ou conçues différemment ³⁰, à la suppression de la mise à la disposition du tribunal d'application des peines (voir

²⁵ Par exemple, l'article 12, en projet.

²⁶ Dans la plupart des cas, par application de l'article 11 de la loi du 8 août 1980. Il découle en effet de cet article que lorsque le Livre 1^{er} du Code pénal prévoit, en ce qui concerne l'incrimination et les peines, une réglementation par la voie légale, les communautés et les régions peuvent également intervenir en la matière par décret ou ordonnance, et ce dans les limites de leurs compétences.

²⁷ Voir l'article 25, en projet.

²⁸ Voir par exemple les observations 24, 63, 108 et 141.

²⁹ Sur ce point, les déclarations des délégués ne sont pas concordantes.

³⁰ Il est vrai que l'article 5, deuxième tiret (lire : 2°), du projet annonce un mécanisme de conversion qui, selon le délégué, figurera dans le Livre 1^{er}, en projet, du Code pénal.

l'observation 35.3), à l'abandon du concept d'« infraction continue », au passage du traitement répressif à la sanction civile ou administrative (en conséquence de la suppression de la catégorie d'infractions « contraventions ») ou sur le plan de l'articulation entre le Livre 1^{er} du Code pénal et les lois pénales particulières. Cette lacune devra être comblée en temps opportun.

OBSERVATIONS PARTICULIERES

CHAPITRE 1^{ER} – DISPOSITION PRELIMINAIRE

17. Le chapitre 1^{er} du projet ne donne lieu à aucune observation.

CHAPITRE 2 – LE CODE PÉNAL

Article 2

18. Du point de vue de la technique législative, le plus simple est de remplacer l'actuel Livre premier du Code pénal par le nouveau livre inscrit dans l'article 2 du projet³¹. Dans ce cas, les articles 1^{er} à 99bis du Code pénal ne doivent plus être abrogés dans l'article 4, 1^o, a), du projet. Dans la phrase introductive de l'article 2 du projet, on écrira en outre, dans le texte français « Livre 1^{er} » et dans le texte néerlandais « Boek 1³² ». Le projet de Livre 1^{er} du Code pénal (ci-après : PCpén) qui est reproduit après cette phrase introductive, doit être pourvu des mêmes mentions, suivies d'un intitulé³³.

Livre 1^{er}, en projet, du Code pénal

Chapitre 1^{er} – Dispositions générales

Observation générale

19. L'article 1^{er}, en projet, commence immédiatement par la classification des infractions en deux catégories, tandis que l'article 6, en projet, se borne à indiquer les éléments de l'infraction. Cependant, il serait préférable que le projet commence par définir la notion d'« infraction » en tant que telle, en explicitant le concept de base. À cet égard, il faudrait également accorder une attention particulière à la définition de la notion de « comportement

³¹ Il est vrai que le guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires, cité dans la note suivante, prescrit, lors de la modification d'articles successifs de textes législatifs (à la différence des arrêtés), de rédiger chaque fois un article modificatif pour chaque article à modifier (voir les recommandations 118, 120 et 121), mais vu l'ampleur du nombre d'articles à remplacer et eu égard à l'importance de la bonne lisibilité du projet, il est compréhensible que les auteurs de celui-ci aient renoncé à cette méthode. Une fois cette option retenue, il est plus simple de remplacer en une seule fois l'ensemble auquel appartiennent les articles à remplacer (en l'occurrence, le Livre premier), plutôt que de remplacer une série d'articles et d'abroger les articles « excédentaires ».

³² *Principes de la technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, recommandation n° 64, à consulter sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be).

³³ Actuellement, cet intitulé est rédigé comme suit : « Des infractions et de la répression en général ».

illicite »³⁴ et aux circonstances dans lesquelles un comportement perd son caractère illicite, qui ne sont actuellement abordées que dans l'article 11, alinéa 1^{er}, en projet.

L'insertion d'une telle définition dans le code permet qu'il y soit uniformément fait référence à l'« infraction » (plutôt qu'au « fait » ou au « comportement ») et d'y utiliser uniformément la notion d'« illicéité ». La définition doit également préciser qu'il existe une différence entre les éléments constitutifs de l'infraction et la responsabilité pénale qui en découle.

L'article 6, en projet, pourrait être intégré dans ce nouvel article 1^{er}. On pourrait ensuite inscrire les articles 2 à 5, en projet, ainsi qu'un article relatif aux exclusions de la responsabilité pénale, tandis que le chapitre 2, en projet, pourrait commencer par l'actuel article 1^{er}, en projet.

Article 1^{er} PCpén

20. Lorsqu'il s'agit du premier article, ce dernier mot est écrit en toutes lettres. On écrira dès lors « Article 1^{er}. » au lieu de « Art. 1^{er}. ».

21. L'article 1^{er} classe les infractions en deux catégories, à savoir les crimes et les délits. Lorsque, dans la suite du projet, il est fait état d'une règle qui s'applique tant aux crimes qu'aux délits, il vaudrait dès lors mieux faire état d'infractions en général, sans viser les deux catégories. Cette observation vaut pour l'article 2, alinéa 1^{er}, en projet, pour l'intitulé de la section 2 du chapitre 3, et pour les articles 18, alinéa 3, 41, alinéa 1^{er}, et 56, alinéa 1^{er}, en projet, du Code pénal, ainsi que pour l'article 14quinquies, alinéa 1^{er}, en projet, du Code pénal militaire (article 3 du projet).

22. L'article 1^{er} en projet tient uniquement compte des peines applicables aux personnes physiques, alors que les articles 36 et 37 en projet prévoient pour les personnes morales des peines principales « criminelles » et « correctionnelles » applicables aux crimes et délits. Cette situation devrait logiquement se traduire dans l'article 1^{er} en projet. On pourrait ainsi écrire « que la loi punit d'une peine criminelle » au lieu de « que la loi punit de la peine de réclusion à perpétuité ou de la peine de réclusion de vingt ans à trente ans ».

23. Dans le texte néerlandais de l'article 1^{er}, alinéa 2, en projet, on supprimera le mot « de » devant les mots « verzachtende omstandigheden ».

24. Selon l'article 1^{er}, alinéa 4, en projet, la loi fixe les peines applicables à leur auteur³⁵. Le Conseil d'État s'interroge sur la plus-value apportée par cette disposition. Le fait que l'élément « peine » est lié à l'existence d'une infraction ressort déjà de l'article 1^{er}, alinéa 2,

³⁴ Bien que cela ne figure pas expressément dans la section 1^{ère} du chapitre 2, il ressort de l'exposé des motifs et d'une formulation négative dans plusieurs articles (articles 12 (« il n'y a pas d'infraction »), 13, 14 et 15, en projet), et *a contrario* des articles 20 et 23, en projet, que l'illicéité est également requise pour qu'il y ait infraction.

³⁵ Le texte français de cette disposition n'est pas correct lorsqu'il est écrit « à leur auteur », le mot « leur » ne pouvant de toute évidence pas porter sur le mot « peines ».

en projet, et pourrait également être intégré dans la définition de la notion d'« infraction » à introduire. En outre, il est évident que lorsque le législateur qualifie d'infraction un acte ou une omission, il est également tenu de fixer la peine applicable à cet acte ou à cette omission. Si l'intention est de rappeler le principe de légalité qui s'applique également en matière de peines, la disposition précitée a sa place à l'article 2, en projet, dont l'alinéa 2, par ailleurs, fait double emploi avec l'article 1^{er}, alinéa 4, en projet.

25. Sans préjudice de l'observation précédente, il convient de relever que non seulement les auteurs d'une infraction peuvent être sanctionnés, mais également ceux qui y participent (voir l'article 18, en projet)³⁶.

Article 2 PCpén

26. Le texte néerlandais de l'article 2, alinéa 3, en projet – ainsi que de l'article 3, alinéa 1^{er}, en projet – utilise chaque fois la notion « nalaten », alors que l'article 7, en projet, utilise la notion « verzuim ». Les auteurs du projet veilleront à utiliser une terminologie uniforme dans l'ensemble du projet.

27. Si l'intention est d'appliquer la juridiction que la Belgique a instaurée à l'égard des infractions visées à l'article 2, alinéa 3, en projet, également à des comportements extraterritoriaux survenus avant cette instauration, il vaudrait mieux l'indiquer et le justifier clairement dans l'exposé des motifs.

Article 3 PCpén

28. Conformément à la terminologie utilisée à l'article 2, en projet, on écrira à l'article 3, alinéa 1^{er}, en projet, « puni » au lieu de « condamné ».

29. Selon l'article 3, alinéa 2, en projet, il ne peut être infligé aucune peine plus forte que celle prévue par la loi au moment où l'infraction a été commise. Dans un souci de sécurité juridique, des règles générales devraient être intégrées afin de pouvoir déterminer quelle est la peine la plus forte, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et celle de la Cour de cassation en la matière devant être conciliées³⁷. À cet égard, on tiendra compte du fait que, pour apprécier

³⁶ Le fait qu'ils soient sanctionnés de la même manière que les auteurs ne signifie pas qu'ils sont eux-mêmes également les auteurs.

³⁷ Voir à ce sujet : K. BEIRNAERT, « Werkstraf op verzet na geldboete bij verstek : lacune in de wet ? », note sous C.C., 11 janvier 2007, n° 4/2007, RW 2007-08, (360), pp. 362-363 ; K. BEIRNAERT et B. INSEL, « Arbitragehof gaat bevoegdheden te buiten », *Juristenkrant* 2007, n° 147, 1 et 8 ; J. DE CODT, « Cassation et renvoi préjudiciel: nul ne peut servir deux maîtres », dans F. DERUYCK e.a. (eds.), *De wet voorbij. Liber Amicorum Luc Huybrechts*, Anvers, Intersentia, 2010, (49) pp. 54-55 ; A. DE NAUW, « Onderzoek naar de oorzaken van de uiteenlopende rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie in het strafrecht en het strafprocesrecht », RW 2010-11, (2), 14 ; S. DERRE, « Application de la loi dans le temps en matière de roulage: Cour de cassation versus Cour d'arbitrage », *JLMB* 2005, pp. 511-513 ; C. MARR, « L'application de la loi pénale dans le temps après intervention de la Cour constitutionnelle », *JT* 2010, pp. 713-716 ; F. MOLINE, « L'échelle des peines à l'aune des droits fondamentaux », dans P. MARTENS e.a. (eds.) *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme, Liber Amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, (673), pp. 682-683 ; A. MONSIEURS, « De zwaarte van de straf volgens het Hof van Cassatie, het Grondwettelijk Hof en het Europees Hof voor de rechten van de Mens », *Nullum Crimen* 2008,

la peine la plus lourde, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle³⁸ prend également en considération l'intention du législateur³⁹ (qui doit nécessairement être appréciée séparément pour chaque réglementation légale) et combine peines principales et peines accessoires. Si cette situation peut entraver l'établissement de règles générales, il n'en demeure pas moins qu'il est nécessaire de fixer des règles à cet égard⁴⁰. À ce propos, il faut également vérifier s'il n'est pas possible de concevoir une échelle applicable aux peines accessoires⁴¹⁻⁴².

30. Selon l'article 3, alinéa 3, en projet, en cas de modification de la loi pénale postérieurement à l'infraction, les dispositions les plus favorables seront appliquées à son auteur. Cette disposition vise sans doute non seulement des incriminations et des peines, mais également des causes de justification, des causes d'exemption de culpabilité et des causes d'excuse, ce qu'il vaudrait mieux préciser. En effet, toutes les dispositions qui ont un effet favorable pour l'intéressé doivent en principe⁴³ être réputées relever de l'application de la loi pénale moins sévère.

31. La jurisprudence tempère quelque peu le principe inscrit à l'article 3, alinéa 3, en projet, à savoir pour des lois de circonstance, des lois temporaires et des règlements d'exécution modifiés (comme des règlements de circulation) concernant des lois-cadres inchangées⁴⁴. La question se pose de savoir si les auteurs du projet veulent maintenir ces tempéraments ou certains d'entre eux. Dans l'affirmative, et si le maintien de (certains de) ces cas peut être réputé

pp. 225-244) ; P. POPELIER, « Art. 2 Sw. mag niet steeds de regel zijn in strafzaken », note sous C.C., 23 février 2005, n° 45/2005, RW 2005-06, (219), 220 ; X, « Quand la Cour d'arbitrage interprète : premières suites judiciaires d'un surprenant arrêt relatif à la gravité de la peine », note sous C.C., 23 février 2005, n° 45/2005, RDP 2005, pp. 787-788 et T. VANDROMME, « De vernieuwde straffen voor huisjesmelkerij : Hof van Cassatie en Grondwettelijk Hof zijn het opnieuw oneens over welke straf als de minst zware moet worden beschouwd », RW 2010-11, pp. 18-21.

³⁸ Sachant que certaines règles appliquées par la Cour de cassation ont été déclarées inconstitutionnelles par la Cour constitutionnelle dans des circonstances déterminées (c'est ainsi que s'analyse la jurisprudence de la Cour constitutionnelle).

³⁹ Voir : C.C., 23 février 2005, n° 45/2005, B.8.3 et B.8.4 ; C.C., 19 juillet 2005, n° 138/2005, B.5.3 et B.5.4 ; C.C., 5 octobre 2005, n° 151/2005, B.4.3 et B.4.4 ; C.C., 5 octobre 2005, n° 153/2005, B.5.3 à B.5.5 ; C.C., 17 mars 2010, n° 27/2010, B.8.4 et B.8.5.

⁴⁰ Le fait que la Cour européenne des droits de l'homme se prononce toujours dans un cas concret (voir par exemple CEDH (Grande chambre), 18 juillet 2013, *Maktouf et Damjanović c. Bosnie-Herzégovine*) ne s'oppose pas non plus à ce que des règles généralement applicables, susceptibles d'inspirer le législateur lors de l'édiction de règles générales pour fixer la gravité des peines, puissent être déduites de cette jurisprudence.

⁴¹ Selon le délégué, les peines accessoires ne peuvent pas être subdivisées en catégories selon la gravité au motif qu'elles peuvent s'appliquer à chacune des peines principales. Cela ne change rien au fait qu'une telle division est en tout état de cause pertinente pour déterminer la sévérité de la peine globale en cas d'application d'une même peine principale combinée avec une autre peine accessoire, ou dans l'hypothèse où, en cas d'admission de circonstances atténuantes, une peine accessoire se substitue à la peine principale (voir les articles 34, dernier alinéa, et 37, dernier alinéa, en projet).

⁴² Voir pour une proposition concrète F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en Strafprocesrecht voor bachelors*, 2016, Louvain, Acco, 398-400, n° 1696.

⁴³ Voir les nuances que la Cour de cassation a apportées dans un arrêt du 3 octobre 2000 lors de l'instauration de la responsabilité pénale des personnes morales (Cass., 3 octobre 2000, P.00.0432.N).

⁴⁴ P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, pp. 69-72 ; Ch. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET et S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Anvers, Maklu, 2014, pp. 119-120, avec d'autres références.

conforme aux normes de droit international⁴⁵, la disposition précitée devrait en faire expressément état. Dans la négative, il vaudrait mieux mentionner dans l'exposé des motifs que les exceptions citées sont abandonnées et indiquer les motifs de cet abandon.

32. Selon la Cour constitutionnelle, la règle insérée à l'article 3, alinéa 3, en projet, s'applique également lorsqu'il s'agit de condamnations supplémentaires qui revêtent un caractère pénal au sens de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁶. Il est recommandé de rappeler cette jurisprudence dans l'exposé des motifs.

33. Le délégué a encore fourni les précisions suivantes à propos de l'article 3, alinéa 3, en projet :

« Artikel 3, derde lid betreft de wettelijke verankering van eenduidige jurisprudentie en doctrine. De geldingsduur van strafwetten strekt zich uit over een periode die begint op het ogenblik waarop de strafwetten in werking treden en die eindigt op het ogenblik waarop zij worden opgeheven of vernietigd. Wanneer wordt bepaald dat de nieuwe wet maar van toepassing is vanaf een bepaalde dag, betekent dit dat de inwerkingtredingsdatum van de kwestieuze strafwet overeenstemt met die welbepaalde dag. Om uit te maken welke wet van toepassing is, moet men kijken naar de wet die op het tijdstip van het plegen van het misdrijf van kracht was ; latere wetten kunnen toepassing vinden als zij worden aangemerkt als 'mildere strafwet' en in werking zijn getreden op het moment van de berechting. M.a.w. gelden dan de meest gunstige bepalingen. De term 'wijziging van de strafwet' heeft een algemene draagwijdte : deze overkoepelt zowel de wijziging op niveau van de strafbaarstelling als op niveau van de straf. Hierover is zowel de rechtspraak als de rechtsleer eenduidig. Dit moet o.i. dan ook niet in de wettekst worden geëxpliciteerd ».

Ces précisions peuvent éventuellement être insérées dans l'exposé des motifs.

34. La question se pose de savoir s'il ne faut pas également régler le sort des peines définitives pour un comportement qui n'est plus punissable consécutivement à la modification de la loi pénale.

35.1. La question se pose de savoir quelle est la conséquence de l'abandon de la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines.

⁴⁵ La doctrine s'interroge sur ce sujet (voir Ch. CONINGS, « Retroactieve toepassing van de mildere strafwet », note sous Corr. Gand, 9 avril 2013, *NJW* 2013, 610 ; A. DE NAUW et F. DERUYCK, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Bruges, die Keure, 2015, 27, n° 61 ; P. POPELIER, o.c., pp. 128-129 ; B. SPRIET, « Het strafrechtelijk retroactiviteitsbeginsel toegepast op een gunstige wijziging van de uitvoeringsreglementering » dans *Liber amicorum Armand Vandeplass*, Gand, Mys en Breesch, 1994, (349) 365-367 ; F. TULKENS et M. VAN DE KERCKHOVE, *Introduction au droit pénal: aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, Kluwer, 2005, 242 ; O. VANDEMEULENBROECKE, « Propos sur la rétroactivité des incriminations pénales (art. 2, al. 2 du Code pénal) », dans *Liber amicorum José Vanderveeren*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 184 ; E. VAN MUYLEM, « Gunstige wijziging van het verkeersreglement – Toepassing van het retroactiviteitsbeginsel », note sous Cass., 21 février 1995, *AJT* 1995-96, (139) 140-142). Eu égard au délai extrêmement bref qui lui a été imparti pour rendre son avis (voir l'observation 2), le Conseil d'État n'a pas pu approfondir cette question.

⁴⁶ C.C., 19 décembre 2007, n° 157/2007, B.6 à B.10.

La mise à la disposition du tribunal de l'application des peines, qui est actuellement réglée par les articles 34*bis* à 34*quinq* du Code pénal et par les articles 95/2 à 95/30 de la loi du 17 mai 2006 'relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine' est une peine complémentaire⁴⁷ qui « doit ou peut être prononcée dans les cas prévus par la loi aux fins de protection de la société à l'égard de personnes ayant commis certains faits graves portant atteinte à l'intégrité de personnes ». Cette peine complémentaire prend cours à l'expiration de l'emprisonnement principal ou de la réclusion. Elle peut impliquer tant la privation de liberté que la libération sous surveillance (article 95/2 de la loi du 17 mai 2006). Le délégué a déclaré à cet égard que le futur Livre 2 du Code pénal prévoira probablement des peines principales plus lourdes pour des infractions qui entrent actuellement en compte pour l'imposition de la peine complémentaire de la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines, ce qui constitue en effet une approche plus simple et plus cohérente.

À cet égard, deux questions distinctes se posent. Premièrement, quels sont les effets de l'article 3, en projet, lorsque les faits ont été commis sous l'empire de la réglementation actuelle, mais sont jugés après l'entrée en vigueur du nouveau Livre 1^{er} du Code pénal. Deuxièmement, l'abrogation de la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines a-t-elle une incidence sur les mises à la disposition déjà ordonnées ou en cours, et si oui laquelle.

35.2. Il semble qu'il faille répondre de manière nuancée à la première question. Dès lors que le taux de la peine principale est aggravé, la nouvelle peine principale ne peut être appliquée et l'ancien taux reste d'application pour celle-ci car il s'agit de la loi pénale moins sévère. Selon la doctrine abstraite de la Cour de cassation sur la gravité de la peine, la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines pourrait par contre être purement et simplement appliquée comme peine complémentaire parce que les dispositions pénales du régime légal le plus favorable – déterminé par la Cour exclusivement sur la base de la gravité relative de la peine d'emprisonnement principale⁴⁸ – doivent être appliquées intégralement et dans tous leurs éléments⁴⁹. L'application de cette jurisprudence peut toutefois avoir pour conséquence une privation de liberté nettement plus longue que celle qui est possible en vertu de la nouvelle loi pénale (à savoir lorsque le tribunal de l'application des peines décide que la mise à la disposition implique une privation de liberté pour une période plus longue que celle qui est possible en vertu de la nouvelle peine). Cette conséquence est contraire au principe de la non-rétroactivité de la loi pénale, tel que le conçoivent la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour constitutionnelle dans les arrêts précités⁵⁰, qui visent une protection juridique effective⁵¹ ne pouvant être atteinte par l'utilisation d'un critère totalement abstrait et obligeant dans certains cas

⁴⁷ Cass., 22 juillet 1955, *Pas.* 1955, 1271 ; Cass., 17 juin 1975, *Pas.* 1975, 998 ; Cass., 17 février 1976, *Pas.* 1976, 675 ; Cass., 4 avril 1978, *Pas.* 1978, 858.

⁴⁸ Cass., 11 février 1986, *Pas.* 1986, 709 ; Cass., 11 février 2003, P.02.0734.N ; Cass., 15 juin 2005, P. 05.0278.F ; Cass., 19 mai 2009, P.08.1164.N ; Cass., 22 décembre 2009, P.09.0701.N.

⁴⁹ Cass., 19 mai 2009, P.08.1164.N.

⁵⁰ Voir l'observation 29.

⁵¹ Voir par ex. : CEDH (Grande chambre), 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre*, § 145 ; CEDH (Grande chambre), 18 juillet 2013, *Maktouf et Damjanović c. Bosnie-Herzégovine*, § 66.

de considérer conjointement des peines principales et accessoires lors de l'appréciation de la gravité de la peine.

Toutefois, le législateur pourrait prescrire à titre de mesure transitoire que pour les cas précités, une mise à la disposition du tribunal de l'application des peines est encore et toujours possible, tout en étant limitée alors à la différence entre la durée de l'ancienne peine principale privative de liberté et celle de la nouvelle.

35.3. Une autre question qui se pose est celle de savoir quelle est l'incidence éventuelle de la suppression de la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines sur les mises à la disposition déjà en cours⁵² ou déjà ordonnées.

Interrogé à ce sujet, le délégué a répondu ce qui suit :

« O.i. dient toepassing te worden gemaakt van de Del Rio Prada rechtspraak van 21 oktober 2013. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens erkent in dit arrest een retroactiviteitsverbod voor die (zwaardere) wijzigingen met betrekking tot de strafuitvoering die in het leven zijn geroepen nadat de straf werd opgelegd of terwijl de straf wordt uitgevoerd waarover men niet over een appreciatiebevoegdheid beschikt om ze toe te kennen en die resulteren in een herdefiniëring of aanpassing van de inhoud van de straf zoals deze opgelegd door het vonnisgerecht. *A contrario* moet dan wel toepassing worden gemaakt van de retroactieve werking van de mildere strafwet wanneer het gaat om een nieuwe wet die de uitvoering van de straf verlicht of kan verlichten (wat wordt bewerkstelligd met de afschaffing van de TBS).

Uit het arrest del Rio Prada volgt immers dat bij wet bepaalde maatregelen die een aanzienlijke vermindering van de duur van de straf die moest worden ondergaan met zich meebrengen en waarbij de rechter geen appreciatiebevoegdheid meer heeft, worden beschouwd als maatregelen die de straf zoals bedoeld in artikel 7 EVRM herdefiniëren. De discussies die in het verleden in België zijn gerezen hadden veeleer te maken met een verzwaring van de strafuitvoering.

Een voorbeeld is de wet van 26 april 2007 betreffende de terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank. Veroordeelden die voor de inwerkingtreding van de wet reeds ter beschikking van de regering waren gesteld, worden door deze wet zonder meer ter beschikking van de strafuitvoeringsrechtbank gesteld. Van een echte overgangsregeling is geen sprake. Artikel 12 Wet Terbeschikkingstelling Strafwitvoeringsrechtbank stelt enkel: 'Bij de inwerkingtreding van deze wet worden de dossiers van de ter beschikking van de regering gestelden waarin de minister van Justitie hetzij een beslissing tot internering, hetzij een beslissing tot invrijheidstelling op proef heeft genomen ambtshalve en zonder kosten ingeschreven op de algemene rol van de strafuitvoeringsrechtbanken. De minister maakt de dossiers over aan de griffier van de bevoegde strafuitvoeringsrechtbank (...)'. Het Hof van Cassatie (Cass. 17 april 2012, TGR 2012, 347-348) leidde uit deze bepaling af dat vanaf 1 januari 2012 de strafuitvoeringsrechtbanken uitsluitend bevoegd zijn met betrekking tot de uitvoering van de terbeschikkingstelling. De omstandigheid dat de Wet Terbeschikkingstelling Strafwitvoeringsrechtbank de mogelijkheid tot aanvraag tot invrijheidstelling door de ter beschikkinggestelde heeft afgeschaft en vervangen door voor een van zijn vrijheid

⁵² Au motif qu'une mise à la disposition définitivement imposée ne prend cours qu'après l'expiration des peines privatives de liberté, souvent fort longues, il est possible qu'une mise à la disposition du tribunal de l'application des peines ne prenne cours que longtemps après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

benomen terbeschikkinggestelde qua termijn minder gunstige procedure, doet hieraan volgens het Hof van Cassatie geen afbreuk.

De wetgever heeft nochtans wel (...) de in 2013 de toepassing van de wetgeving met betrekking tot de verstrenging van de tijdsdrempels voor voorwaardelijke invrijheidstelling uitdrukkelijk beperkt voor veroordelingen van na de inwerkingtreding van de wet. Artikel 21, lid 1 van de wet van 17 maart 2013 stelt immers dat: 'de artikelen (...) zijn van toepassing op de veroordelingen die in kracht van gewijsde zijn getreden na de inwerkingtreding van deze wet'. (Zie hierover b.v. B. GROOTAERT, « De (on)toelaatbaarheid van de retroactieve toepassing van de strengere strafwet inzake de uitvoering van de straf (noot onder EHRM 21 oktober 2013, NC 2014, 194-206).

Tenslotte dient opgemerkt te worden dat het toekomstige Boek II mogelijks in zwaardere hoofdstraffen zal voorzien voor misdrijven die thans in aanmerking komen voor de oplegging van de bijkomende straf van de terbeschikkingstelling van de strafuitvoeringsrechtbank ».

Dans l'arrêt *Del Río Prada* précité, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé notamment ce qui suit :

« 88. La Cour tient à souligner que le terme 'infligé' figurant à la seconde phrase de l'article 7 § 1 ne saurait être interprété comme excluant du champ d'application de cette disposition toutes les mesures pouvant intervenir après le prononcé de la peine. Elle rappelle à cet égard qu'il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoire (Hirsi Jamaa et autres c. Italie [GC], n° 27765/09, § 175, CEDH 2012, et Scoppola, précité, § 104).

89. Au vu de ce qui précède, la Cour n'exclut pas que des mesures prises par le législateur, des autorités administratives ou des juridictions après le prononcé d'une peine définitive ou pendant l'exécution de celle-ci puissent conduire à une redéfinition ou à une modification de la portée de la 'peine' infligée par le juge qui l'a prononcée. En pareil cas, la Cour estime que les mesures en question doivent tomber sous le coup de l'interdiction de la rétroactivité des peines consacrée par l'article 7 § 1 in fine de la Convention. S'il en allait différemment, les États seraient libres d'adopter – par exemple en modifiant la loi ou en réinterprétant des règles établies – des mesures qui redéfiniraient rétroactivement et au détriment du condamné la portée de la peine infligée, alors même que celui-ci ne pouvait le prévoir au moment de la commission de l'infraction ou du prononcé de la peine. Dans de telles conditions, l'article 7 § 1 se verrait privé d'effet utile pour les condamnés dont la portée de la peine aurait été modifiée *a posteriori*, et à leur détriment. La Cour précise que pareilles modifications doivent être distinguées de celles qui peuvent être apportées aux modalités d'exécution de la peine, lesquelles ne relèvent pas du champ d'application de l'article 7 § 1 in fine.

90. Pour se prononcer sur la question de savoir si une mesure prise pendant l'exécution d'une peine porte uniquement sur les modalités d'exécution de celle-ci ou en affecte au contraire la portée, la Cour doit rechercher au cas par cas ce que la 'peine' infligée impliquait réellement en droit interne à l'époque considérée ou, en d'autres termes, quelle en était la nature intrinsèque. Ce faisant, elle doit notamment avoir égard au droit interne dans son ensemble et à la manière dont il était appliqué à cette époque (Kafkaris, précité, § 145) »⁵³.

⁵³ CEDH (Grande chambre), 21 octobre 2013, *Del Río Prada c. Espagne*. Comp. CEDH (Grande chambre), 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre*.

Une réserve s'impose quant à la conviction dont fait preuve le délégué dans son raisonnement *a contrario*. En effet, il convient de relever que le cas traité dans l'arrêt *Del Río Prada* est différent de celui qui est présentement examiné. L'arrêt concernait effectivement la prévisibilité d'un revirement de la jurisprudence concernant la mesure concernée elle-même, qui était survenu au cours de l'exécution d'une longue peine privative de liberté et qui avait pour conséquence de fait d'aggraver considérablement (l'exécution de) la peine dans le cas concret. Le cas examiné concerne la question de savoir si la suppression d'une peine (accessoire) après la condamnation définitive doit avoir des conséquences sur les peines prononcées définitivement. La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas encore prononcée par principe explicitement au sujet de l'incidence d'une telle suppression sur les peines (définitives) encore en cours. Par ailleurs, il apparaît toutefois que lors du contrôle effectué au regard de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, on ne peut pas toujours faire abstraction (notamment) de mesures légales intervenues après la décision définitive sur la peine⁵⁴.

Pour répondre à la question posée, il faut également tenir compte de l'arrêt 160/2013⁵⁵ de la Cour constitutionnelle, dans lequel on peut lire :

« B.9. Faute de dispositions transitoires spécifiques pour les personnes condamnées pénalement qui avaient été mises à la disposition du gouvernement avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 avril 2007 et qui, si elles avaient été condamnées après le 1^{er} janvier 2012, n'auraient plus pu être mises à la disposition du tribunal de l'application des peines sous l'empire de la législation nouvelle, ces personnes sont néanmoins mises à la disposition du tribunal de l'application des peines.

B.10.1. Selon un principe fondamental de notre ordre juridique, les décisions juridictionnelles ne peuvent être modifiées que par la mise en œuvre de voies de recours.

B.10.2. L'introduction d'une loi pénale plus clémentine ne change rien à ce principe. Une telle loi ne rétroagit que dans la mesure où une décision pénale définitive n'a pas encore été prononcée. Si la décision pénale est devenue irrévocable, la peine infligée peut être exécutée, même si la loi pénale est devenue plus clémentine dans l'intervalle.

B.10.3. En ce sens, il a été déclaré dans les travaux préparatoires de la loi du 26 avril 2007 que les mises à la disposition d'une durée de vingt ans seront poursuivies sur la base de ce délai et que les personnes qui ont été condamnées à une mise à la disposition pourront se prévaloir, par voie de grâce, de la disposition pénale plus favorable qui ramène le délai maximal de la mise à la disposition à quinze ans (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51-2999/003, p. 16).

B.11. Etant donné que la disposition en cause a pour objectif de respecter et de faire respecter les décisions judiciaires passées en force de chose jugée, elle repose sur un motif impérieux d'intérêt général et elle est par conséquent raisonnablement justifiée ».

La question se pose toutefois de savoir s'il est possible de concilier pleinement cet arrêt avec la doctrine de l'arrêt *Del Río Prada* de la Cour européenne des droits de l'homme, dont il ressort, ainsi que cela a déjà été observé, que pour apprécier la conformité au regard de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, il ne peut être fait abstraction

⁵⁴ CEDH (Grande chambre), 21 octobre 2013, *Del Río Prada c. Espagne*, § 88.

⁵⁵ C.C., 21 novembre 2013, n° 160/2013. Même si la date de l'arrêt de la Cour constitutionnelle est postérieure à celle de l'arrêt *Del Río Prada*, la Cour constitutionnelle, eu égard au cours laps de temps entre les deux arrêts, n'a sans doute pas pu tenir compte de ce dernier arrêt, qui n'est en tout cas pas mentionné dans l'arrêt 160/2013.

dans tous les cas de mesures intervenues après la condamnation définitive. Le législateur ne peut certes mettre directement à néant des décisions judiciaires définitives, mais la question se pose de savoir si, et certainement dans le cadre de l'exécution des peines où le tribunal de l'application des peines possède déjà des compétences étendues qui peuvent être exercées après la condamnation, un juge ne peut se voir attribuer le pouvoir de statuer sur les effets de la suppression d'une peine sur les peines en cours.

Par souci d'exhaustivité, on relèvera également à cet égard un arrêt récent de la Cour européenne des droits de l'homme qui traite effectivement de manière explicite de l'application de lois pénales plus douces intervenues ultérieurement, sur les peines définitives⁵⁶ et où la Cour n'a pas tranché la question de manière définitive, mais se fonde surtout sur les spécificités du système juridique national concerné pour conclure, sur un autre fondement, à une violation des articles 7 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En tout état de cause, il est recommandé que le législateur prenne expressément position concernant la question de savoir quel sort doit être réservé aux mises à la disposition définitivement prononcées, mais non encore exécutées ou non encore exécutées intégralement au moment de la suppression de la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines. Sous réserve de décisions contraires rendues par les juridictions suprêmes, il paraît souhaitable en l'espèce de laisser à un juge le soin de décider du sort des mises à la disposition prononcées (via la création d'une voie de recours particulière eu égard au considérant B.10.1 de l'arrêt 160/2013 de la Cour constitutionnelle). Il convient également de vérifier si la durée maximale des nouvelles peines privatives de liberté ne devrait pas constituer un plafond pour le maintien de la mise à la disposition.

Article 4 PCpén

36. L'intitulé de l'article 4, en projet, devrait de préférence être « L'application territoriale de la loi pénale » plutôt que « L'application de la loi pénale dans l'espace ».

37. Les auteurs du projet vérifieront les doubles emplois entre l'article 4, en projet, et les articles 6 et suivants du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, en veillant à insérer dans le Code pénal toutes les dispositions de droit pénal matériel⁵⁷.

38. A l'article 4, alinéa 3, en projet, il vaudrait mieux écrire « L'infraction est commise sur le territoire du royaume » plutôt que « L'infraction est réputée commise sur le territoire du royaume ». En effet, il s'agit de déterminer quand une infraction est commise en Belgique, et non de déterminer des cas d'assimilation à cette situation.

⁵⁶ CEDH, 12 janvier 2016, *Gouarré Patte c. Andorre*.

⁵⁷ À cet égard, l'option consistant à traiter l'énumération des cas d'extraterritorialité dans les dispositions relatives à la procédure pénale (voir l'exposé des motifs, commentaire de l'article 4, *in fine*) ne peut être suivie : la question de l'application du droit pénal belge est une question de droit pénal matériel ; seules des conditions de procédure, telle que l'intervention obligatoire du procureur fédéral, doivent dès lors être réglées dans le cadre de la procédure pénale.

39. L'article 4, alinéa 3, en projet, présente une discordance entre le texte français et le texte néerlandais, le texte néerlandais portant « daadwerkelijk », et le texte français « matériellement ». En tout état de cause, ce dernier mot ne convient pas en ce qui concerne l'élément fautif visé à l'article 8, en projet. Indépendamment de ce qui précède, la question se pose de savoir quelle plus-value représente l'utilisation des mots précités⁵⁸. L'article 4, alinéa 3, en projet, doit être réexaminé sur ce point.

40. Selon l'exposé des motifs, si l'infraction consiste en une omission⁵⁹, elle est réputée commise au lieu où l'obligation non respectée était censée être exécutée. Mieux vaudrait également exprimer cette règle à l'article 4 en projet.

41. Il serait préférable de préciser si, lorsqu'il s'agit d'infractions où la survenance d'une conséquence déterminée relève de leur définition, l'article 4, alinéa 3, en projet, s'applique également lorsque cette conséquence a lieu sur le territoire belge.

Article 5 PCpén

42. Selon l'article 5, en projet, la loi pénale est d'interprétation stricte et elle ne s'applique pas par analogie. La question se pose de savoir si ces règles d'interprétation ne sont pas formulées de manière trop peu nuancée et si elles reproduisent bel et bien correctement l'intention des auteurs du projet.

D'une part, comme le rappelle également l'exposé des motifs et ainsi que le délégué l'a confirmé, l'interdiction d'une interprétation par analogie ne s'applique que lorsque celle-ci est défavorable à l'accusé ou au prévenu, mais pas lorsqu'elle lui procure un avantage.

Par ailleurs, la règle de l'interprétation stricte doit également être nuancée.

Comme l'indique également l'exposé des motifs, une interprétation évolutive de la loi pénale n'est pas interdite⁶⁰.

Si la Cour européenne des droits de l'homme estime dans sa jurisprudence que le principe de légalité en matière pénale commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, par exemple par analogie, et qu'une infraction doit être clairement définie par le droit, elle ajoute cependant immédiatement que la dernière exigence est remplie lorsque le citoyen peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux et d'un avis juridique éclairé, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale⁶¹, estimant qu'il existe immanquablement un

⁵⁸ Ils ne figurent pas dans la jurisprudence de la Cour de cassation (voir par exemple : Cass., 23 janvier 1979, *Pas.* 1979, 582 ; Cass., 24 janvier 2001, *Pas.* 2001, 168), ni dans le Code pénal français.

⁵⁹ Le texte néerlandais du projet utilise les mots « nalaten » ou « verzuim ». En ce qui concerne la nécessité d'une terminologie uniforme, voir l'observation 26.

⁶⁰ Voir également L. ARNOU, « De teleologische wetsinterpretatie als baken voor de rechtstoepassing in het strafrecht : over Hell's Angels en privé-milities », dans F. VERBRUGGEN e.a. (eds.), *Strafrecht als roeping. Liber Amicorum Lieven Dupont*, Louvain, Universitaire Pers Louvain, 2005, pp. 11-30.

⁶¹ CEDH, 11 février 2016, *Dallas c. Royaume-Uni*, § 69 ; CEDH, 24 janvier 2017, *Koprivnikar c. Slovénie*, §§ 46-47.

élément d'interprétation judiciaire parce qu'il sera toujours nécessaire d'élucider les points douteux et *de s'adapter aux changements de situation*⁶². Et d'ajouter :

« 155. (...) D'ailleurs il est solidement établi dans la tradition juridique des États parties à la Convention que la jurisprudence contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal. On ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible (S.W. c. Royaume-Uni, 22 novembre 1995, § 36, série A no 335-B, C.R. c. Royaume-Uni, 22 novembre 1995, § 34, série A n° 335-C, Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne [GC], n^{os} [34044/96](#), [35532/97](#) et [44801/98](#), § 50, CEDH 2001-II, K.-H.W. c. Allemagne, précité, § 45, Jorgic c. Allemagne, n° [74613/01](#), § 101, CEDH 2007-III, et Kononov, précité, § 185) »⁶³.

Dans d'autres arrêts, on peut lire :

« Aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. D'ailleurs il est solidement établi dans la tradition juridique du Royaume-Uni comme des autres États parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal. On ne saurait interpréter l'article 7 (art. 7) de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible »⁶⁴.

et

« 92. En raison même du caractère général des lois, le libellé de celles-ci ne peut pas présenter une précision absolue. L'une des techniques-types de réglementation consiste à recourir à des catégories générales plutôt qu'à des listes exhaustives. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique (Kokkinakis, précité, § 40, et Cantoni, précité, § 31). Dès lors, dans quelque système juridique que ce soit, aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, y compris une disposition de droit pénal, il existe inévitablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. En outre, la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or, le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation (Kafkaris, précité, § 141).

93. La fonction de décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes (ibidem). D'ailleurs, il est solidement établi dans la tradition juridique des États parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal (Kruslin c. France, 24 avril 1990, § 29, série A no 176-A). On ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification

⁶² CEDH, 27 janvier 2015, *Rohlena c. Tchéquie*, § 92 ; CEDH, 1^{er} septembre 2016, *X et Y c. France*, § 55.

⁶³ CEDH (Grande chambre) 20 octobre 2015, *Vasiliauskas c. Lituanie*. Dans le même sens CEDH (Grande chambre), 17 mai 2010, *Kononov c. Lettonie*, § 155.

⁶⁴ CEDH, 22 novembre 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*, § 36 ; CEDH, 22 novembre 1995, *C.R. c. Royaume-Uni*, § 34 ; CEDH, 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, § 50.

graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible (S.W. c. Royaume-Uni, précité, § 36, et C.R. c. Royaume-Uni, précité, § 34, Streletz, Kessler et Krenz, précité, § 50, K.-H.W. c. Allemagne [GC], n° [37201/97](#), § 85, 22 mars 2001, Korbely c. Hongrie [GC], n° [9174/02](#), § 71, CEDH 2008, et Kononov c. Lettonie [GC], no [36376/04](#), § 185, CEDH 2010). L'absence d'une interprétation jurisprudentielle accessible et raisonnablement prévisible peut même conduire à un constat de violation de l'article 7 à l'égard d'un accusé (voir, pour ce qui est des éléments constitutifs de l'infraction, Pessino c. France, n° [40403/02](#), §§ 35-36, 10 octobre 2006, et Dragotoni et Militaru-Pidhorni c. Roumanie, n°s [77193/01](#) et [77196/01](#), §§ 43-44, 24 mai 2007 ; voir, pour ce qui est de la peine, Alimuçaj c. Albanie, n° [20134/05](#), §§ 154-162, 7 février 2012). S'il en allait autrement, l'objet et le but de cette disposition – qui veut que nul ne soit soumis à des poursuites, condamnations ou sanctions arbitraires – seraient méconnus »⁶⁵.

Dans le droit fil de cette interprétation, la Cour européenne des droits de l'homme a admis qu'en raison de la nécessité d'éviter une rigidité excessive et de s'adapter aux changements de situation, les lois peuvent contenir des formules plus ou moins vagues dont la portée peut être précisée par la jurisprudence, laquelle peut s'écarter de la formulation littérale du texte législatif⁶⁶, et que le libellé du texte législatif peut être adapté par une interprétation judiciaire en fonction de l'évolution de la situation⁶⁷.

Bien qu'étant quelque peu plus stricte dans sa formulation de principe⁶⁸, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle abonde dans le même sens, dès lors qu'elle offre une certaine latitude à une liberté d'appréciation du juge pour pouvoir appliquer les lois pénales à la « diversité des situations auxquelles elles s'appliquent » et pour les adapter à « l'évolution des comportements qu'elles répriment »⁶⁹.

La Cour de cassation se fonde également sur cette approche. Elle ajoute aux considérations précitées que la libre appréciation du juge est notamment définie par la complexité de la matière à régler et du caractère fondamental du bien juridique à protéger, qui peuvent justifier plus de marge pour le juge, et que lors de l'appréciation de la prévisibilité raisonnable (qui constitue une limite par rapport à la marge d'appréciation du juge), il peut notamment être tenu compte de « l'interprétation de la disposition pénale à la lumière des objectifs du législateur et de la genèse de la loi »⁷⁰. Dans un autre arrêt, la Cour de cassation a considéré que « le juge ne doit pas, dans tous les cas, interpréter la loi pénale dans un sens favorable à la personne poursuivie. Ce n'est que lorsque le juge ne parvient pas à pénétrer l'esprit de la loi, de sorte que

⁶⁵ CEDH (Grande chambre), 21 octobre 2013, *Del Río Prada c. Espagne*.

⁶⁶ CEDH, 24 mai 1988, *Müller e.a. c. Suisse*, § 29.

⁶⁷ CEDH, 8 juillet 1999, *Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie*, § 39 ; CEDH, 7 février 2002, *E.K. c. Turquie*, § 52.

⁶⁸ J. ROZIE, « Beklaagde alwetend. Over het criterium van de redelijke voorzienbaarheid als maatstaf van het *lex certa*-principe in strafzaken », *RW* 2012-13, (802), 807-808.

⁶⁹ Voir par exemple : C.C., 11 mars 2009, n° 40/2009, B.18.1 ; C.C., 28 février 2013, n° 20/2013, B.8 ; C.C., 5 décembre 2013, n° 163/2013, B.9.3 ; C.C., 26 mars 2015, n° 41/2015, B.12 ; C.C., 21 mai 2015, n° 61/2015, B.3.1 ; C.C., 17 septembre 2015, n° 110/2015, B.3.3 ; C.C., 29 octobre 2015, n° 153/2015, B.3.3 ; C.C., 14 janvier 2016, n° 1/2016, B.5.3 ; C.C., 18 février 2016, n° 25/2016, B.18.2 ; C.C., 25 mai 2016, n° 72/2016, B.5.1.

⁷⁰ Cass., 29 novembre 2011, *Arr. Cass.* 2011, 2444, conclusions de l'avocat général TIMPERMAN ; Cass., 22 mai 2012, P.11.1723.N, *RW* 2012-13, 819, conclusions du premier avocat général M. DE SWAEF.

celle-ci reste douteuse, qu'il doit l'interpréter dans le sens le plus favorable au prévenu. Si l'application analogique des lois pénales est proscrite, il ne s'en déduit pas que, dans leur interprétation, le juge soit toujours tenu de prendre les termes employés par elles dans leur sens le plus restreint. Il n'est tenu que de donner à ces termes le sens que le législateur a voulu y attacher »⁷¹.

Une grande partie de la doctrine conteste également le principe de l'interprétation stricte⁷² ou le nuance à des degrés divers⁷³.

Dans l'avant-projet de la Commission de la révision du Code pénal (la commission Legros), auquel l'exposé des motifs fait référence, les nuances suivantes sont apportées concernant l'interprétation « stricte » :

« (...) »

a) l'interprétation stricte s'entend par rapport à la volonté du législateur, raisonnablement comprise, non de manière exégétique par rapport aux mots :

(...)

c) le doute profite à l'accusé et au prévenu, quand il porte sur les faits (...). En revanche, quand il concerne l'application de la loi, le juge doit rechercher et affirmer le sens qu'il convient d'attribuer au texte »⁷⁴.

L'intégration de pareilles règles d'interprétation est primordiale pour déceler la portée exacte de l'article 5 en projet. Cet article doit dès lors être révisé au regard de l'intention des auteurs du projet.

Chapitre 2 – L'infraction

Section 1^{re} – Les éléments constitutifs de l'infraction

Article 6 PCpén

43. L'article 6, en projet, portant le même intitulé que la section dont il fait partie, il devrait être modifié en « Généralités » ou « Définition de l'infraction ».

⁷¹ Cass., 22 février 2012, P.11.1809.F, conclusions du procureur général J.-F. LECLERCQ.

⁷² A. DE NAUW et F. DERUYCK, *o.c.*, pp. 19-20, n° 42 ; L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Louvain, Acco, 1989-90, pp. 119-123.

⁷³ Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 101-110 ; F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 232-240 ; Ch. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET et S. VANDROMME, *o.c.*, pp. 83, 85 et 86 ; F. TULKENS et M. VAN DE KERCKHOVE, *o.c.*, pp. 270-271 et pp. 274-276 ; voir également J. ROZIE, *l.c.*, pp. 802-817 ; *dans un sens contraire* D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, la Charte, 2015, pp. 35-37.

⁷⁴ R. LEGROS, *Considérations de la commission sur l'avant-projet de Code pénal*, Bruxelles, Ministère de la Justice, 1986, 38.

44. L'article 6, alinéa 1^{er}, en projet ⁷⁵, doit être intégré dans le nouvel article 1^{er}. Il est renvoyé sur ce point à l'observation 19.

Article 7 PCpén

45. L'élément matériel de l'infraction peut également consister en la survenance d'une conséquence, ce que devrait exprimer l'article 7 en projet. Cet article doit également tenir compte de ce que des faits juridiques (par exemple l'âge de la victime lors de certains délits à caractère sexuel ou l'appartenance d'une chose à une autre personne en cas de vol) peuvent également constituer un élément de l'infraction.

Article 8 PCpén

46. L'article 8 en projet contient des modalités concernant l'élément fautif. Cet article soulève un certain nombre de questions, et le Conseil d'État n'aperçoit pas clairement si toutes les conséquences et l'articulation ou la connexité avec d'autres dispositions du régime en projet ont été suffisamment évaluées.

46.1. Lors du classement des éléments fautifs, les auteurs du projet utilisent un mélange de droit existant et de doctrine Legros.

La doctrine classique, sur laquelle semble se baser l'alinéa 1^{er} de l'article 8 en projet, requiert soit l'intention, soit la faute (faute ou négligence). Cette vision trouve son origine chez J.J. Haus, l'un des auteurs du Code pénal de 1967. Elle signifie qu'en cas de silence du législateur, l'intention ou la faute est toujours requise : « *Un fait purement matériel, un acte qui ne peut être imputé ni au dol, ni à la faute de l'auteur ne constitue ni crime, ni délit, ni contravention* » ⁷⁶. Selon cette doctrine classique, ni l'intention ni la négligence ne peuvent être présumées, mais elles doivent être prouvées. Rien n'empêche toutefois le juge de déduire l'existence des faits proprement dits, lorsque la faute en résulte avec évidence.

Toutefois, la proposition du professeur Legros, qui, en tant que Commissaire royal a reproduit en 1985 plusieurs des positions développées dans sa thèse de 1952 sur *L'élément moral dans les infractions*, paraît également devoir "être réitérée en partie. Legros était d'avis que le *dol général* était une notion inutile, qui devait disparaître. Pour lui, les formes et degrés d'intention (intention spéciale, éventuelle, ...) étaient également des notions inutiles et artificielles devant être abandonnées ⁷⁷. La faute consiste en l'infraction, en la violation non justifiée de la loi pénale même. La loi doit uniquement préciser les cas pour lesquels une intention spéciale est requise ou pour lesquels une imprudence suffit.

⁷⁵ Où, par ailleurs, il convient d'écrire dans le texte néerlandais « Er is slechts een misdrijf zo ... » au lieu de « Opgat er sprake zou zijn van een misdrijf moet ... ».

⁷⁶ Titre X – Des contraventions, II, Exposé des motifs, dans J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou commentaire et complément du code pénal belge*, III, Bruxelles, Bruylant, 1868, 771, n° 3.

⁷⁷ R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, Bruxelles, Édité par le moniteur belge, 1985, 101.

Au second tiret (lire : 2°) de l'article 8, alinéa 2, en projet, il semble que l'intention générale soit requise, comme tel est le cas dans les pays voisins. La combinaison de « *la volonté délibérée et en connaissance de cause d'adopter le comportement incriminé* » et du dernier alinéa qui énonce que « *[l]a simple volonté et la simple connaissance caractérisant le comportement libre, sont toujours présumées jusqu'à admission d'une cause de justification, de non-imputabilité ou d'exemption de culpabilité* », fait toutefois référence à la doctrine du professeur Legros.

Le troisième tiret (lire : 3°) fait également référence à la doctrine des infractions matérielles. Le délégué a déclaré à ce sujet :

« L'avant-projet et l'exposé des motifs sont très clairs (...) : Toute infraction requiert le constat d'un élément fautif (voy. les articles 6 et 8). Comme le précise l'exposé des motifs, la faute (aussi légère soit elle) consiste ici dans le fait que l'agent n'a pas respecté le prescrit légal. Sur le plan de l'administration de la preuve, la preuve de la faute résulte du constat que, sans justification, l'agent n'a pas respecté le prescrit légal et que, ce faisant, il a commis une faute (L. KENNES, D. VANDERMEERSCH et A. WEYEMBERG, 'L'élément fautif comme élément subjectif de l'infraction : tentative de clarification des notions', in C. GUILLAIN, P. JADOUL et J.-F. GERMAIN (s.l.d.), Questions spéciales en droit pénal, 58) ».

Selon les auteurs du projet, la présence de la faute est dès lors bel et bien nécessaire, mais elle est prouvée par le fait que le comportement objectif est établi. Seule une cause de justification, une cause d'exemption de culpabilité ou une cause d'excuse absolutoire, (que le suspect doit invoquer) peut encore entraîner la non-incrimination.

Ainsi qu'il sera observé ci-après, l'article en projet doit encore définir avec davantage de clarté l'élément fautif qui est considéré comme règle générale ainsi que les formes de fautes qui doivent être expressément déterminées. La simple juxtaposition dans le texte de loi des deux approches différentes décrites n'est pas suffisamment claire.

46.2. Il ressort de l'article 8 en projet (présomption d'intention), combiné avec l'article 22 en projet (invincibilité de l'erreur pour obtenir l'exemption de culpabilité) que même celui qui se méprend sur les éléments essentiels de l'infraction restera punissable pour une infraction *intentionnelle* si cette erreur n'était pas invincible.

Le délégué l'a expressément confirmé :

« Conformément à l'article 22 de l'avant-projet, seule l'erreur invincible est retenue. L'exposé des motifs est explicite sur cette question : Il suffit de constater que l'agent a adopté, dans les faits, le comportement fautif, c'est-à-dire celui interdit par la loi pénale 'étant entendu cependant que l'auteur est mis hors cause lorsque la force majeure, l'erreur invincible ou une autre cause exclusive de culpabilité est démontrée ou à tout le moins n'est pas dépourvue de crédibilité' ».

Le Conseil d'État relève que ce choix s'écarte de ce que l'on observe dans la majorité des pays voisins, à savoir que l'erreur peut être exclusive d'intention, fût-elle non invincible. Compte tenu du fait qu'en cas d'erreur non invincible également, l'intention n'existait pas dans les faits, mais, selon les auteurs du projet, doit néanmoins être légalement présumée, la question se pose de savoir si ce régime peut être considéré comme raisonnable et proportionné.

46.3. Les auteurs du projet doivent vérifier s'il ne faut pas prévoir la catégorie supplémentaire de l'« intention éventuelle » (également appelée intention indirecte ou possible), qui implique que l'acte ou l'omission est volontaire mais que l'auteur ne veut pas expressément les conséquences et impose sa volonté tout en sachant qu'il est possible, voire parfois probable, qu'une conséquence déterminée se produise⁷⁸.

47. L'article 8 en projet manque de clarté et de cohérence.

47.1. L'article 8, alinéa 2, en projet ne contient qu'une énumération des éléments fautifs éventuels, sans préciser la règle générale⁷⁹. Il y a lieu de combler cette lacune en indiquant, le cas échéant, s'il existe une distinction sur ce point entre les infractions figurant dans le Livre 2 (soumis à révision) du Code pénal et celles qui sont définies dans les lois pénales spéciales⁸⁰.

47.2. On n'aperçoit pas clairement l'articulation entre les deuxième et troisième alinéas de l'article 8 en projet. Il a été demandé au délégué comment, conformément à l'article 8, alinéa 3, la volonté et la connaissance peuvent toujours être présumées alors que l'intention spéciale et la volonté délibérée et en connaissance de cause d'adopter le comportement incriminé doit, selon l'exposé des motifs, être prouvé par la partie poursuivante. Le délégué a répondu ce qui suit :

« L'élément fautif (dénommé aussi 'Elément moral' ou 'Elément intentionnel') est un des questions qui suscitent, en droit pénal, le plus de difficultés et de discussion.

L'article 8 pose d'abord le principe généralement admis suivant lequel toute infraction requiert l'existence d'un élément fautif (sans faute, il n'y a pas d'infraction).

Ensuite l'alinéa 2 de l'article 8 énumère les quatre types d'éléments fautifs qui peuvent caractériser une infraction (il revient au législateur, lorsqu'il incrimine un comportement, de déterminer quel est l'élément fautif retenu ; s'il le fait de façon implicite, c'est à la jurisprudence d'interpréter la loi à cet égard). Comme il s'agit d'un élément constitutif de l'infraction, il revient au ministère public, comme déjà actuellement, d'apporter la preuve de l'existence de l'élément fautif de l'infraction.

L'alinéa 3 ne concerne pas directement les éléments fautifs énumérés à l'alinéa 2 ou l'un d'entre eux mais se réfère de façon générale aux causes générales (extérieure) qui peuvent exclure l'existence d'une faute dans l'agent (cause de justification, cause de non-imputabilité ou cause d'exemption de culpabilité). Autrement dit, le ministère public ne doit pas établir dans chacune des causes qui sont soumises au juge que le prévenu est bien sain d'esprit, qu'il n'a pas été victime d'une erreur invincible ou qu'il se trouvait en état de nécessité. C'est pourquoi il est indiqué qu'a priori, toute personne est censée agir librement (c'est-à-dire qu'elle est dotée d'une capacité de volonté et de connaissance). A cet égard, l'alinéa 3 se conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation : lorsqu'un prévenu invoque une cause de justification ou une cause de non-imputabilité, il ne doit certes pas en prouver l'existence, mais il lui revient d'établir que son allégation n'est pas dénuée de tout crédit (Cass., 5 janvier 2016, RG P.15.1203.N). Dans ce cadre, il lui

⁷⁸ Voir L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *o.c.*, pp. 255-256, qui plaident en faveur d'une précision légale.

⁷⁹ Sur le plan du droit comparé, la plupart des codes semblent prévoir que l'intention est la norme pour l'incrimination et que l'incrimination d'un comportement négligent constitue l'exception.

⁸⁰ Voir également la Commission pour la révision du Code pénal, *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, Bruxelles, Ministère de la Justice, 1979, p. 58

appartient de fournir au juge les éléments de nature à rendre son allégation crédible (Cass., 24 février 2010, RG P.09.1614.F, Pas., 2010, n° 120) et il appartient au juge de décider sur la base des éléments de fait si la cause de justification invoquée par le prévenu n'est pas dépourvue de toute crédibilité. (Cass., 21 avril 1998, RG P.96.0727.N, Pas., 1998, n° 202) ».

Le dernier alinéa de l'article 8 en projet ne concerne donc pas la définition de l'élément fautif. Selon le délégué, il porte sur les « causes générales (extérieures) qui peuvent exclure l'existence d'une faute dans (lire : dans le chef de) l'agent ». Il ressort de l'exposé des motifs et de l'explication du délégué que l'alinéa 3 présente surtout un intérêt à l'égard de la charge de la preuve.

Afin de le faire apparaître plus clairement du texte, et pour préciser le caractère général de l'alinéa 3, il semble opportun d'inscrire cette disposition dans un article distinct.

47.3. Sans préjudice de l'observation précédente, il est à noter que l'existence d'une cause de justification n'a aucun lien avec l'existence de la « volonté et connaissance » en matière d'infraction, de sorte que l'article 8, alinéa 3, en projet n'est en tout cas pas formulé de manière précise.

47.4. Pour indiquer d'une manière logique la gradation entre les différentes formes de faute, il convient de permuter les dispositions en regard des troisième et quatrième tirets (lire : 3° et 4°) de l'article 8, alinéa 2, en projet.

47.5. Selon l'exposé des motifs, la catégorie actuellement décrite au troisième tiret (lire : 3°) de l'article 8, alinéa 2, en projet s'applique aux infractions dites réglementaires. Sauf lorsque le texte légal en dispose autrement, les infractions instituées par les lois particulières appartiendraient à la catégorie des infractions dites réglementaires. L'exposé des motifs précise que le libellé de ces infractions ne contient, en règle, que la description de l'élément matériel de l'infraction, sans spécification d'un élément fautif particulier.

La disposition en projet ne le fait toutefois pas apparaître expressément.

Pourtant, cette clarification est cruciale pour connaître la portée des lois pénales spéciales (tant fédérales que communautaires et régionales). Le délégué déclare à cet égard :

« Sauf lorsque le texte légal en dispose autrement, les infractions instituées par les lois particulières appartiennent à la catégorie des infractions dites réglementaires (F. KUTY, Principes généraux du droit pénal belge, I. La loi pénale, Bruxelles, Larcier, 2007, 412). La plupart des incriminations prévues par les législations régionales et communautaires sont donc des infractions dites réglementaires. La définition dans le Livre I^{er} de l'élément fautif propre à ce type d'infractions est de nature à apporter la clarté nécessaire pour une bonne perception de cet élément fautif.

Sans avoir fait des recherches à cet égard, il n'est pas exclu que certaines incriminations régionales ou communautaire vise un comportement par défaut de prévoyance ou de précaution. Si c'est le cas, il appartiendra au législateur des entités fédérées à décider s'il retient le défaut grave de prévoyance ou de précaution ou comme actuellement le défaut simple de prévoyance ou de précaution (qui inclut la culpa levissima) ».

et

« Comme indiqué ci-dessus, sauf lorsque le texte légal en dispose autrement, les infractions instituées par les lois particulières appartiennent à la catégorie des infractions dites réglementaires. S'il veut prévoir un autre élément intentionnel, le législateur régional ou communautaire devra l'indiquer explicitement ».

Il est dès lors vivement recommandé de déterminer expressément dans la loi les infractions auxquelles s'applique l'élément fautif visé au troisième tiret (lire : 3°) de l'article 8, alinéa 2, en projet.

47.6. Concernant la notion de « défaut grave de prévoyance ou de précaution », inscrite à l'actuel quatrième tiret (lire : 4°) de l'article 8, alinéa 2, en projet, l'exposé des motifs présente une discordance en ce sens qu'il indique d'abord que la notion renvoie aux cas de faute lourde et plus loin qu'elle vise également la faute légère habituelle. On éliminera cette discordance. Par ailleurs, dans un souci de sécurité juridique et afin de mieux se conformer au principe de légalité en matière pénale, il est recommandé d'inscrire cette précision de la notion « grave » dans l'article 8 en projet.

48. Sans préjudice des observations précédentes, il convient d'apporter quelques corrections d'ordre rédactionnel dans l'article en projet.

48.1. Dans le texte néerlandais de l'article 8, alinéa 1^{er}, en projet, on écrira « bij de dader » au lieu de « in hoofde van de dader ».

48.2. L'ajout du segment de phrase « Suivant les cas déterminés par la loi », dans la phrase introductive de l'article 8, alinéa 2, en projet, n'apporte guère de plus-value ; mieux vaudrait dès lors l'omettre.

48.3. À la question de savoir pourquoi seul l'article 8, alinéa 2, troisième tiret (lire : 3°), en projet mentionne une éventuelle cause de justification (« sans justification »), le délégué a répondu ce qui suit :

« C'est dans un souci de précision pour bien indiquer que la faute résulte du constat que, sans justification, l'agent n'a pas respecté le prescrit légal (on aurait pu y ajouter sans cause d'exemption de culpabilité ou de non imputabilité mais cela alourdit le texte). En revanche, l'exposé des motifs est explicité sur ce point. Sur le plan de la preuve de cet élément fautif, la partie poursuivante peut se borner à établir, sans plus, le comportement fautif, à savoir le fait que l'agent n'a pas respecté le prescrit légal. Ce n'est que si l'agent invoque une cause de justification, une cause d'exemption de culpabilité ou encore une cause de non-imputabilité, non dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit, que le ministère public ou la partie civile devra, en outre, en prouver l'inexactitude ».

Se référer uniquement aux causes de justification alors que les causes d'exemption de culpabilité et de non-imputabilité sont tout autant applicables, d'une part, et ne le faire qu'en ce qui concerne un seul élément fautif possible d'autre part, peut toutefois prêter à confusion.

Article 9 PCpén

49. Le relèvement de la peine d'un ou de plusieurs niveaux étant une caractéristique essentielle de l'élément aggravant⁸¹, il n'est pas adéquat d'écrire que la loi *peut* prévoir que l'infraction est punie d'une peine d'un ou de plusieurs niveaux plus élevés *lorsque* l'existence d'un ou de plusieurs éléments aggravants est constatée. On écrira plutôt que la loi peut prévoir des circonstances, appelées éléments aggravants, ayant pour effet que l'infraction est punie d'une peine d'un ou de plusieurs niveaux plus élevés.

50. L'article 9 en projet fait uniquement état d'un « élément aggravant » lorsque l'infraction est punie d'une peine d'un ou de plusieurs niveaux plus élevés. La question se pose toutefois de savoir si tel ne doit pas également être le cas lorsque la peine minimale est relevée.

Section 2 – La tentative punissable

Intitulé

51. La question se pose de savoir si le mot « punissable » ne peut pas être omis, dès lors que toutes les tentatives le sont, sauf disposition contraire.

La même observation peut être formulée à l'égard de l'intitulé de l'article 10 en projet.

Article 10 PCpén

52. La question se pose de savoir si punir la tentative de commettre une infraction d'une manière tout à fait générale et uniforme est compatible avec le principe de proportionnalité applicable en matière pénale, qui exige que la peine soit proportionnée aux faits commis⁸²⁻⁸³.

⁸¹ Il s'agit notamment de la différence avec les circonstances aggravantes visées à l'article 27 en projet, définies comme « des circonstances (...) que le juge doit prendre en considération lorsqu'il fait le choix et détermine le degré de la peine ou de la mesure, *sans qu'il puisse imposer une peine d'un niveau plus élevé* » (article 27 en projet – voir également les commentaires que l'exposé des motifs consacre aux articles 9 et 27 en projet).

⁸² Voir par exemple : CEDH (Grande chambre), 9 juillet 2013, *Vinter e.a. c. Royaume-Uni* (qui fait bien état d'une « nette disproportion ») ; C.J.U.E., 3 décembre 2014, C-315/13, *De Clercq e.a.*, point 73 ; C.J.U.E., 7 juin 2007, C-156/04, *Commission c. Grèce*, point 72 ; C.C., 7 juin 2007, n° 84/07, B.8.1 à B.9.4 ; C.C., 30 octobre 2008, n° 140/2008, B.8.1 à B.9.4 ; C.C., 4 février 2010, n° 8/2010, B.12 ; C.C., 5 février 2015, n° 13/2015, B.20 ; avis C.E. 56.561/1/V du 3 septembre 2014 sur un avant-projet devenu le décret de la Région flamande du 19 décembre 2014 'tot wijziging van de Vlaamse Codex Fiscaliteit van 13 december 2013', *Doc. Parl.*, Parl. fl., 2014-15, n° 114/1, (285) ; voir également CEDH, 11 janvier 2007, *Mamidakis c. Grèce* et C.C., 4 février 2010, n° 8/2010, B.12 (concernant les sanctions disciplinaires ; l'arrêt 13/2015 du 5 février 2015 fait référence à cet arrêt).

⁸³ Certes, la Cour constitutionnelle n'exerce sur ce point qu'un contrôle marginal et ne déclare les peines inconstitutionnelles que si elles sont manifestement déraisonnables ou s'il s'agit de choix inconséquents ou incohérents aboutissant à une différence de traitement manifestement déraisonnable (C.C., 25 janvier 2001, n° 5/2001, B.6.4.2 ; C.C., 6 octobre 2004, n° 157/2004, B.67 ; C.C., 10 mai 2006, n° 71/2006, B.11 ; C.C., 28 mars 2007, n° 55/2007, B.3 ; C.C., 18 avril 2007, n° 64/2007, B.3 ; C.C., 31 juillet 2008, n° 110/2008, B.8.6 ; C.C., 29 octobre 2009, n° 167/2009, B.8 ; C.C., 18 février 2016, n° 25/2016, B.20.1).

Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« In het huidige Strafwetboek staan er reeds tal van uitzonderingen waarbij de bestraffing van de poging op voet van gelijkheid wordt geplaatst met het voltooide misdrijf. De individualisering van de bestraffing laat toe een bestraffing op maat te voorzien. De flexibiliteit in de bestraffing die in het voorontwerp van Sw. wordt opgedreven, laat toe om te differentiëren.

In de andere zin zou ook kunnen worden beargumenteerd dat wanneer er sprake is van een voltooide poging of een mislukt misdrijf, de huidige bestraffing in wanverhouding staat met het voltooide misdrijf. Er is sprake van een mislukt misdrijf wanneer de dader alles in het werk heeft gesteld om de voltooiing van het misdrijf te bewerkstelligen, maar er buiten zijn wil om, er niet in geslaagd is, bv. het vuurschot mist het voorgenomen slachtoffer.

O.i. kan geen contra-argument uit het artikel 26 m.b.t. doelstellingen van de straf worden gepuurd. Wanneer de rechter opteert voor een straf kan hij een of meer doelstellingen beogen. Het herstel van de schade is een mogelijk strafdoel, hetgeen betrekking heeft op het immateriële en materiële herstel van de verstoorde relatie tussen het slachtoffer, de dader en de maatschappij. De doelstellingen van de straf sturen de rechter bij zijn keuze van de straf. Dit heeft geen betrekking op de vraag naar de al dan niet strafbaarheid van een gedraging (cf; de poging).

Met de gevolgen van het misdrijf zal wel degelijk rekening kunnen worden gehouden. In Boek II Sw. zal immers een systeem van verzwarende bestanddelen worden uitgewerkt, waartoe de arbeidsongeschiktheid – ngl. het geval – kan worden gerekend ».

S'il est vrai que le juge dispose d'un grand pouvoir d'appréciation pour déterminer la peine et qu'il peut, à cet égard, tenir compte du contexte de la tentative échouée ainsi que des différentes conséquences de la tentative et de l'infraction consommée⁸⁴, il n'en demeure pas moins que la peine minimale infligée pour la tentative est identique en tous points à celle infligée pour l'infraction consommée. Dès lors que le législateur est lui aussi lié par le principe de proportionnalité des peines, cette option requiert une justification adéquate, que le Conseil d'État n'aperçoit cependant pas. Pour l'heure, il est uniquement fait référence à l'objectif de simplification, ce qui en soi ne justifie toutefois pas adéquatement la mesure envisagée, et au choix politique de l'ancienne Commission pour la révision du Code pénal pour mettre l'accent sur le danger qui émane de l'auteur d'une infraction plutôt que sur la gravité de celle-ci, ce qui nécessite au moins des précisions.

53. Il n'est pas tout à fait exact de prévoir qu'il n'y a pas de tentative punissable en cas d'infraction non consommée en raison de circonstances dépendantes de la volonté de l'auteur. En effet, il y a bel et bien une tentative punissable, mais l'intéressé ne peut être puni pour celle-ci en raison de son désistement volontaire, qui constitue en réalité une cause d'excuse absolutoire. En effet, selon l'exposé des motifs, la tentative reste punissable qui n'on aucun mérite au désistement.

⁸⁴ Dans cette perspective, il faudrait du reste écrire, à l'article 10, alinéa 3, deuxième phrase, en projet « peut être punie » au lieu de « est punie ».

On adaptera la rédaction de l'article 10, alinéa 2, en projet, en conséquence ⁸⁵.

54. À la question de savoir si l'article 10, alinéa 2, en projet, se répercute sur les participants, le délégué a répondu ce qui suit :

« Is er sprake van een strafbare poging [dan] geldt ook het algemeen principe van onzelfstandigheid van de strafbare deelneming. Men kan maar deelnemen aan iets dat een misdrijf is of in de fase van de poging is blijven steken. Dit is de essentie van de strafbare deelneming en moet niet worden benadrukt in de wettekst.

Wanneer er sprake is van vrijwillige terugtred, is het standpunt van de wetgever dat de vrijwillige terugtred niet zou mogen doorwerken naar de deelnemers, behalve als de desbetreffende voorwaarden ook voor hen gerealiseerd zijn. Dit wordt uitgewerkt in de memorie van toelichting.

De niet-doorwerking van de vrijwillige terugtred volgt echter ook uit de nieuwe formulering 'Er is geen strafbare poging indien het misdrijf niet is voltooid wegens omstandigheden die afhankelijk zijn van de wil van de dader'. Hier moet de vrijwillige terugtred als strafontheffende verschoningsgrond worden aangemerkt. In de huidige versie van artikel 51 Sw. is de vrijwillige terugtred daarentegen een negatief constitutief bestanddeel in de wettelijke omschrijving van de poging. De kwalificatie van de vrijwillige terugtred als negatief constitutief bestanddeel wordt soms als argument gehanteerd om aan te geven dat de vrijwillige terugtred wél zou doorwerken naar de deelnemers. Dit standpunt moet o.i. worden verlaten. Vandaar de herformulering in het wetsartikel ».

La non-répercussion du désistement volontaire sur les participants ne ressort toutefois que de l'exposé des motifs et non du texte de l'article 10, alinéa 2, en projet, proprement dit ou du texte de l'article 18, en projet ⁸⁶. Par ailleurs, la question se pose aussi de savoir comment le participant qui a connaissance du désistement de l'autre et qui se désiste ensuite lui-même également peut prouver ce caractère volontaire (et restera donc impuni).

55. Aux termes de l'article 10, alinéa 4, en projet, la personne qui, de façon ferme et certaine, propose ou offre de commettre une infraction ou provoque à commettre celle-ci et la personne qui accepte cette proposition ou offre ou qui donne suite à cette provocation, est également punissable lorsque cette proposition, offre ou provocation n'a pas eu d'effet en raison de circonstances indépendantes de sa volonté.

Le Conseil d'État estime que la problématique de la proposition ou de l'offre de commettre une infraction, ou la provocation à commettre celle-ci, ne doit pas être réglée dans le cadre de la tentative punissable, mais plutôt dans le cadre de la participation ou d'(une) incrimination(s) distincte(s).

À cet égard, il convient du reste de souligner que l'article 18, en projet, qui traite de la participation punissable, fait aussi déjà état de la provocation (directe) à commettre l'infraction, à savoir à l'alinéa 2, b) (lire : 2°). Le commentaire que l'exposé des motifs donne de

⁸⁵ On pourrait ainsi écrire « Celui qui se désiste en raison de circonstances dépendantes de sa volonté n'est pas punissable ».

⁸⁶ L'exposé des motifs indique pourtant à juste titre qu'une réglementation claire garantirait la sécurité juridique.

l'article 18, en projet, relève (à juste titre) que la provocation restée sans suite ne pourra pas être considérée comme participation. La question se pose toutefois de savoir comment cette règle se concilie avec l'incrimination générale prévue à l'article 10, alinéa 4, en projet.

56. Il est excessif de prévoir que les personnes visées à l'article 10, alinéa 4, en projet, sont dans tous les cas punies, indépendamment du fait qu'il y ait un commencement d'exécution de l'infraction dont la commission est provoquée, offerte ou proposée, alors qu'il est en soi essentiel pour la tentative que l'intention de commettre une infraction se soit manifestée par un commencement d'exécution. Une différence de traitement qui semble injustifiable est ainsi instaurée.

57. Il convient de préciser la portée de l'exigence selon laquelle la proposition, l'offre ou la provocation visées à l'article 10, alinéa 4, en projet, sont formulées « de façon ferme et certaine ». À ce propos, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De terminologie 'vasthoudende en zekere wijze' betreft de geherformuleerde overname van de terminologie gehanteerd in het Voorontwerp Strafwetboek van Legros waarbij de Franse versie de volledige lading dekt ('de vaste en bepaalde onderneming' en in het Frans 'l'instigation et l'offre ferme et précise'). Ook was het de bedoeling een algemene draagwijdte te geven aan de wetten van 7 juli 1875 en 25 maart 1891.

Er moet niet noodzakelijk sprake zijn van een zekere herhaling of een bepaalde duur. De gedraging moet alleen van die aard zijn dat ze geen twijfel laat bestaan over de bedoeling van de dader ».

Cette explication ne fait toutefois pas toute la clarté sur la notion précitée, qui s'applique à toutes les infractions. L'exposé des motifs doit apporter toutes les précisions nécessaires à ce sujet.

58. On n'aperçoit pas non plus très clairement la portée exacte, dans ce contexte, de la condition prévue à l'article 10, alinéa 4, en projet, selon laquelle la proposition, l'offre ou la provocation « n'a pas eu d'effet en raison de circonstances indépendantes de [la] volonté [de l'auteur] », dès lors que, selon le délégué, le commencement d'exécution de l'infraction qui est proposée, offerte ou qui est provoquée n'est pas nécessaire.

59. Les personnes relevant du champ d'application de l'article 10, alinéa 4, en projet, sont dans tous les cas punies de la sanction prévue pour l'infraction consommée.

À la question de savoir si cette égalité de sanction est compatible avec le principe de proportionnalité des peines, le délégué a répondu ce qui suit :

« Er kan inderdaad worden beargumenteerd dat de vooropgestelde uitgangsstraf bij het louter voorstellen/aanzetten te hoog ligt. De experten hadden zich trouwens ook al afgevraagd of het niet gepast zou zijn om hiervoor een straf te voorzien van één niveau lager, aangezien er nog geen begin van uitvoering is (J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, M. DEBAUCHE, M. TAEYMANS, Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek, Brugge, die Keure, 2016, 2) ».

Le Conseil d'État n'aperçoit pas comment le fait de punir la simple présentation ou l'offre de commettre une quelconque infraction ou la simple provocation à la commettre⁸⁷, ou encore leur acceptation, de la même manière que l'infraction consommée elle-même, sans un quelconque commencement d'exécution, pourrait se concilier avec le principe de proportionnalité⁸⁸.

60. La question se pose de savoir comment l'article 10, alinéa 1^{er}, en projet, selon lequel la tentative d'infraction est punissable lorsque la résolution de l'auteur de commettre l'infraction s'est manifestée par un commencement d'exécution, s'articule avec l'article 10, alinéa 4, en projet, qui punit la proposition, l'offre ou la provocation à commettre une infraction, et leur acceptation, « lorsque cette proposition, offre ou provocation n'a pas eu d'effet en raison de circonstances indépendantes de [la] volonté [de la personne concernée] ».

Section 3 – Les causes de justification

Article 11 PCpén

61. À l'article 11, alinéa 1^{er}, en projet, les mots « et qui autorisent ou justifient ce comportement »⁸⁹ sont superflus, dès lors qu'il est déjà prévu au début de la même phrase que les causes de justification enlèvent au comportement son caractère illicite.

Article 12 PCpén

62. La question se pose de savoir pourquoi, à l'article 12, en projet, l'ordre ou l'autorisation de la loi et le commandement de l'autorité sont considérés globalement, alors qu'à l'article 11, en projet, ils sont regardés comme des catégories distinctes. Il y a lieu d'uniformiser ce point.

⁸⁷ Aucune distinction n'est opérée en fonction de la nature de l'infraction.

⁸⁸ Comparer avec l'article 1^{er} de la loi du 7 juillet 1875 'contenant des dispositions pénales contre les offres ou propositions de commettre certains crimes', qui s'énonce comme suit : « Quiconque aura offert ou proposé, directement, de commettre un crime punissable de la détention à perpétuité ou de la réclusion à perpétuité, de la réclusion de dix ans à quinze ans ou un terme supérieur, ou de participer à un tel crime; quiconque aura accepté semblable offre ou proposition, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans et d'une amende de 50 francs à 500 francs, sauf l'application de l'article 85 du Code pénal, s'il existe des circonstances atténuantes. Le coupable pourra, de plus, être condamné à l'interdiction, conformément à l'article 33 du Code pénal.

Toutefois ne seront point punies l'offre ou la proposition simplement verbale, quand elle n'est pas accompagnée de dons ou promesses ou subordonnée à des dons ou promesses, ni l'acceptation de semblable offre ou proposition ». L'abrogation de cette loi, qui découle de l'article 10, alinéa 3, à adopter, aurait pour effet d'augmenter d'une manière très significative les peines qu'elle prévoit (éventuellement d'un emprisonnement de trois mois à la réclusion à perpétuité).

⁸⁹ Au demeurant, la différence entre « autoriser » et « justifier » n'est pas claire.

63. L'article 12, en projet, prête à confusion et sa formulation générale n'est pas cohérente d'un point de vue logique. Selon le délégué, les mots « Sauf dans les cas prévus par la loi » visent à se référer aux infractions qui sont actuellement définies dans le Livre II, titre I^{er} bis, du Code pénal, actuel (« [d]es violations graves du droit international humanitaire »). Mieux vaudrait dans ce cas utiliser une formulation analogue à celle de l'actuel article 70 du Code pénal.

64. Dans le texte néerlandais de l'article 12, alinéa 1^{er}, en projet, on écrira « opgelegd » au lieu de « geboden ».

Article 13 PCpén

65. À la question de savoir comment l'on déterminera si la valeur de l'intérêt qui est sauvegardé en adoptant le comportement qualifié infraction est supérieure à l'intérêt abandonné, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Dit zal *in concreto* moeten gebeuren. Het betreft een feitelijke appreciatie van de bodemrechter met marginaal toetsingsrecht van het Hof van Cassatie. De discussie is als zodanig niet nieuw. In de huidige stand van zaken zal – om de rechtsfiguur van de noodtoestand te kunnen honoreren – ook *in concreto* moeten worden nagegaan of de belangen al dan niet gelijkwaardig zijn ».

66. Il n'est pas cohérent de prévoir qu'il y a *absence d'infraction* lorsqu'un droit ou un intérêt supérieur ne peut être sauvegardé autrement qu'*en commettant une infraction*. Sans doute entend-on par là viser un comportement qualifié infraction, terminologie qu'il serait dès lors préférable d'utiliser.

67. À la fin de l'article 13, alinéa 1^{er}, en projet, mieux vaudrait écrire « affectée » au lieu de « sacrifiée ».

68. Il appartient au législateur de déterminer si l'état de nécessité ne doit pas aussi s'appliquer lorsque le droit ou l'intérêt à défendre est d'une valeur égale au droit ou l'intérêt protégé par la loi pénale.

69. Dans le texte néerlandais de l'article 13, alinéa 2, en projet, on supprimera les mots « aanleiding tot », conformément au texte français, et on écrira « de betrokkene » au lieu de « men ».

Article 14 PCpén

70. Dans l'intitulé du texte néerlandais de l'article 14, en projet, ainsi que dans son deuxième alinéa, mieux vaudrait écrire « gewettigde verdediging » ou « gerechtvaardigde verdediging » au lieu de « wettige verdediging »⁹⁰. Bien que la notion « wettige verdediging » soit consacrée, elle n'est pas tout à fait correcte, dès lors que le comportement visé est en soi

⁹⁰ Comparer avec le texte néerlandais de l'article 32 en projet, qui fait état de « noodweerexces ».

contraire à la loi (et n'est donc pas « wettig »), mais bien légitime ou justifié (« gewettigd » ou « gerechtvaardigd ») (consécutivement à une cause de justification prévue par la loi).

71. Pour indiquer clairement que la légitime défense concerne toujours une agression contre la personne, on écrira, dans le texte néerlandais de l'article 14, alinéa 2, en projet, « of tegen de persoon van een derde » au lieu de « tegen een derde ».

72. L'agression que l'on entend éviter pouvant aussi être dirigée contre un tiers, il serait plus clair d'écrire dans la même disposition « commet le fait qualifié infraction » au lieu de « se défend ».

Article 15 PCpén

73. Pour le même motif que celui invoqué à l'observation 70, on écrira dans la version néerlandaise de l'intitulé de l'article 15, en projet, « Gewettigd verzet » ou « Gerechtvaardigd verzet » au lieu de « Wettig verzet ».

74. La cause de justification de la résistance légitime à un acte manifestement illégal de l'autorité s'applique uniquement lorsque la résistance s'exerce de manière individuelle contre cet acte. À la question de savoir si cette cause de justification ne doit pas aussi être appliquée en cas de résistance collective, le délégué a répondu ce qui suit :

« Het collectief verzet is uit zijn aard niet verzoenbaar met de verschoningsgrond, aangezien een collectief verzet steeds een zekere mate van organisatie vereist die onverenigbaar is met de toepassingsvoorwaarde dat een *onverwijld*e reactie noodzakelijk is.

La responsabilité pénale est toujours conçue dans notre droit de façon individuelle en telle sorte que la cause de justification est conçue aussi de façon individuelle. Dit belet echter niet dat verscheidene personen tegelijkertijd reageren tegen het misbruik door de overheid en dat dit zelfs enigszins in onderling overleg gebeurt. In dat geval kunnen alle betrokken actoren een beroep doen op deze rechtvaardigingsgrond.

De ruime interpretatie van rechtvaardigingsgronden in het belang van de beklaagde is overigens toegestaan ».

La question se pose de savoir si, compte tenu de cette réponse, il ne serait néanmoins pas préférable d'omettre le mot « individuelle » ; le fait qu'une réaction réellement organisée n'entre pas dans le champ d'application de la cause de justification découle de la condition selon laquelle il doit s'agir d'une « réaction immédiate », alors que la suppression du mot « individuelle » lèverait tout doute quant au fait que la cause de justification s'applique également lorsque la résistance légitime émane de différentes personnes en même temps. En tout état de cause, l'interprétation du délégué doit figurer dans l'exposé des motifs.

75. Les auteurs du projet doivent vérifier s'il ne faut pas étendre la cause de justification de la résistance légitime⁹¹ à la résistance légitime à un acte manifestement punissable d'une personne privée en attendant l'aide des autorités compétentes.

Chapitre 3 – L'auteur de l'infraction

Section 1^{re} – Dispositions générales

Observation générale

76. Le chapitre 3 en projet ne donne pas de définition du terme « auteur ». Une définition de cette notion pourrait pourtant se révéler utile, notamment pour préciser la distinction avec la participation à une infraction⁹². Mieux vaudrait compléter le projet sur ce point.

77. À la question de savoir pourquoi la qualité d'auteur indirect et celle de co-auteur ne sont pas mentionnées, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De voorbeelden die in de vraag worden aangehaald zijn eigenlijk geen voorbeelden van deelneming; vandaar dat er werd geopteerd om hiervan geen gewag (meer) te maken in het artikel m.b.t. de strafbare deelneming.

Zij die het misdrijf hebben uitgevoerd (cf. huidig artikel 66, tweede lid Sw.) zijn in feite geen deelnemers, maar daders in de gebruikelijke en restrictieve betekenis van het woord. Hierover is de rechtsleer eenduidig. Het is mogelijk dat twee personen beiden voor zich de gehele delictsomschrijving vervullen. Het is ook mogelijk dat geen van de daders het gehele feit pleegt: de delictsbestanddelen zijn dan als het ware verspreid. Dit betreft dan het zgn. co-daderschap. Ook kan worden beargumenteerd dat de termen in het huidig artikel 66, tweede lid, laatste overweging 'zij die aan de uitvoering rechtstreeks hebben meegewerkt' in feite daders zijn (hierover is de rechtsleer echter niet altijd eenduidig). Ook hieronder zou eventueel het co-daderschap kunnen vallen.

Diegene die een derde als louter instrument gebruikt om een misdrijf te plegen is ook een uitvoerder van dat misdrijf en dus dader en geen deelnemer. Het gaat om de *middellijke dader* of de *doen pleger*. De derde is de *onmiddellijke dader* of de '*manus ministrae*' (de hand van de meester) of het willoos werktuig en is niet strafbaar. De onmiddellijke dader zal vrijuit gaan, ofwel omdat het vereiste schuldbestanddeel in zijn hoofd ontbreekt dan wel omdat hij zich kan beroepen op een schuldontheffingsgrond (veelal van dwang). Hoewel het huidig Strafwetboek in Hoofdstuk VII van Boek I nergens refereert aan de rechtsfiguur van het middellijk daderschap, wordt deze toch wel aanvaard in de rechtspraak en de rechtsleer. De figuur van het middellijk daderschap moet wel worden losgezien van de rechtsfiguur van de aanzetting van het huidig artikel 66, vierde/vijfde lid Sw. (en overgenomen in het artikel 18 c) van het Voorontwerp). Het is m.b.t. een zaak van valsheid in geschriften dat het Hof van Cassatie deze rechtsfiguur voor het eerst heeft erkend. De eiser in cassatie werd door het bestreden arrest veroordeeld om valsheden te hebben doen plegen door personen die volledig te goeder trouw handelden in opdracht. Het Hof bepaalde dat diegene die een derde als louter instrument gebruikt om een misdrijf te plegen zelf de *uitvoerder* is van dat misdrijf in de zin van

⁹¹ Voir les observations 70 et 73 pour le texte néerlandais.

⁹² Voir à ce sujet J. VANHEULE, De rechtsfiguur van de strafbare deelneming in het Belgisch Strafrecht: tussen hamer en aambeeld, Gand, UGent. Faculté de droit, 2009, pp. 989-991.

artikel 66, tweede lid Sw. (Cass. 9 maart 1993, *Arr.Cass.* 1993, 268). Om reden dat de middellijke dader geen deelnemer is, wordt er dus niet naar verwezen in het artikel 18 van het Voorontwerp.

(zie in dezelfde zin ook bv. A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 91-92; zie ook F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors – Deel I*, Antwerpen, Maklu, 2016, 100-101).

Conclusie: het artikel 18 a) van het Voorontwerp waar het refereert aan zij die rechtstreeks aan het misdrijf *deelnemen* viseert dus noch de middellijke daders, noch zij die het misdrijf hebben *uitgevoerd*, noch zij die aan de uitvoering rechtstreeks hebben *meegewerkt*, daar in het kwestieuze artikel enkel de gevallen van deelneming worden geïnventariseerd. Vandaar dat er werd geopteerd voor de neutralere alomvattende omschrijving die onmiddellijk gelinkt kan worden aan de strafbare deelneming '*zij die rechtstreeks aan de uitvoering deelnemen*'. Co-daders zijn o.i. daders en geen deelnemers. Zoals geschreven is de rechtsleer hierover niet altijd eenduidig. Desgevallend zouden zij dan ook probleemloos onder de noemer '*zij die rechtstreeks aan de uitvoering deelnemen*' van artikel 18 a) Voorontwerp kunnen vallen ».

Il est recommandé d'inscrire dans l'exposé des motifs ces précisions, qui confirment par ailleurs la nécessité de définir la notion d'« auteur ».

Article 16 PCpén

78. Conformément à l'article 7 en projet, l'article 16, alinéa 1^{er}, en projet doit aussi mentionner l'omission ou la négligence.

79. L'article 16, alinéa 2, en projet ne porte pas sur le principe de responsabilité individuelle mais prévoit qui peut commettre des infractions. Par conséquent, il n'a pas sa place dans un article portant cet intitulé et devrait dès lors figurer de préférence dans un article distinct avec son propre intitulé.

Dans le texte néerlandais du même alinéa 2, on écrira par ailleurs « gepleegd » au lieu de « begaan ».

Article 17 PCpén

80. L'article 17 en projet, qui traite de la responsabilité pénale des personnes morales, reproduit le texte de l'actuel article 5 du Code pénal, à l'exception de la « disposition de décumul »⁹³, qui est supprimée, et d'une « disposition de cumul »⁹⁴, qui est ajoutée.

⁹³ « Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable ».

⁹⁴ « La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs des mêmes faits ou y ayant participé ».

L'exposé des motifs cite à cet effet un certain nombre de motifs politiques, mais cette modification s'impose également à la lumière de certaines directives de l'Union européenne⁹⁵.

L'imputation d'infractions à la personne morale ne se limite du reste pas aux infractions commises par des dirigeants ou commises à la suite d'une surveillance ou d'un contrôle défaillant de la part de ceux-ci, mais peut également porter sur des infractions commises par des travailleurs ou des préposés. Ce faisant, le projet va au-delà des exigences des directives précitées, ce qui est admissible en soi, mais, en cas d'infractions transfrontalières et pour les personnes morales étrangères, pourrait néanmoins donner lieu à une plus grande insécurité juridique que si l'on se rapprochait davantage de critères d'imputation plus sévères et plus restrictifs.

81. Eu égard à la subdivision du chapitre 3 du Livre 1^{er}, en projet, du Code pénal, mieux vaudrait insérer l'article 17 en projet dans une section distincte.

82. Le délégué a déclaré ce qui suit à propos de l'article 17 en projet :

« De minister van Justitie heeft bijna een ontwerp klaar m.b.t. de hervorming van het vennootschapsrecht en dus m.b.t. de verschillende vormen van vennootschappen. Na aanvaarding door het Parlement zal dit artikel aangepast worden ».

Pour se conformer à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, l'article 17 en projet modifié devra être soumis à l'avis du Conseil d'État, section de législation.

83. À l'article 17, alinéa 1^{er}, en projet, mieux vaudrait écrire « est punissable » au lieu de « est pénalement responsable ».

84. À l'article 17, alinéa 3, en projet, on écrira « Ne sont pas considérées comme des personnes morales responsables pénalement » au lieu de « Ne peuvent pas être considérées comme des personnes morales responsables pénalement ».

85. On peut se demander si l'exclusion des personnes morales de droit public énumérées à l'article 17, alinéa 3, en projet, se concilie avec le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination⁹⁶. À cet égard, on peut se référer aux arrêts 128/2002 et 31/2007 de la Cour constitutionnelle dans lesquelles celle-ci a jugé que « [l]a différence de traitement ainsi établie entre personnes morales selon qu'elles disposent d'un organe démocratiquement élu ou non repose sur un critère objectif » et que les personnes morales de droit public énumérées à

⁹⁵ Voir par exemple l'article 6 de la directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 'relative à la protection de l'environnement par le droit pénal' et l'article 12 de la directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 'relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil'.

⁹⁶ Voir, en ce qui concerne l'abrogation ou l'atténuation de l'exception, l'avis C.E. 57.901/1/V-57.902/1/V du 22 septembre 2015 sur une proposition de loi 'modifiant le Code pénal en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales' et une proposition de loi 'modifiant le Code pénal en ce qui concerne la responsabilité pénale de certaines personnes morales de droit public', *Doc. parl.*, Chambre, 2014-15, n^{os} 54-0816/002 et 54-1031/002.

l'article 5, alinéa 4, du Code pénal « ont la particularité d'être principalement chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative, de disposer d'assemblées démocratiquement élues et d'organes soumis à un contrôle politique ». La Cour a estimé ensuite que le législateur a pu raisonnablement « redouter, s'il rendait ces personnes morales pénalement responsables, d'étendre une responsabilité pénale collective à des situations où elle comporte plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique » et que le législateur, dans cette disposition, n'a pas accordé une immunité qui serait injustifiée⁹⁷⁹⁸.

86. La question se pose de savoir quelle est la portée exacte de l'article 17, dernier alinéa, en projet, et plus particulièrement des mots « auteurs des mêmes faits ou y ayant participé ». En effet, on n'aperçoit pas clairement si le mot « faits » porte simplement sur l'élément matériel de l'infraction ou s'il fait office de synonyme du mot « infraction », ce qui pourrait se déduire des mots « ou y ayant participé ».

Comme argument en faveur de la suppression de la disposition de décumul, l'exposé des motifs souligne à juste titre que le système belge repose sur une imputation directe à la personne morale et qu'il ne s'agit pas d'une responsabilité dérivée de la responsabilité de la personne physique. La spécificité et la non-comparabilité des fautes respectives de la personne physique et de la personne morale y sont soulignées.

Toutefois, l'article 17, dernier alinéa, en projet ne précise pas la nature de la qualité d'auteur de la personne morale, notamment l'imputation subjective (l'élément fautif requis au sens de l'article 8 en projet). Ainsi, on n'aperçoit pas clairement si le comportement intentionnel de la personne physique combiné à l'absence de contrôle de la personne morale entraîne la condamnation de la personne morale du chef de la même infraction intentionnelle que la personne physique ou du chef de la variante non intentionnelle si celle-ci entraîne également une – autre – infraction⁹⁹. En effet, dans ce cas, il s'agit des mêmes « faits », mais qui sont qualifiés différemment, et partant d'infractions différentes. Au regard de la responsabilité autonome de la personne morale et de la subjectivation de la qualité d'auteur et de la participation qui sont visées selon l'exposé des motifs, cette dernière interprétation paraît plus logique mais, sur la base du texte de la disposition précitée, on ne distingue pas clairement si telle est l'intention.

À la différence de certains autres systèmes juridiques, la spécificité de la qualité d'auteur de la personne morale et, surtout alors l'élément subjectif (élément fautif) chez cette

⁹⁷ C.C., 10 juillet 2002, n° 128/2002, B.7.5 et B.7.6 et C.C., 21 février 2007, n° 31/2007, B.4.4. La dernière considération n'apparaît pas expressément dans l'arrêt n° 31/2007.

⁹⁸ Quant à l'incorporation des zones pluricommunales et des centres publics d'action sociale, voir C.C., 21 février 2007, n° 31/2007, B.7.3. La question se pose de savoir si cette dernière considération peut effectivement être étendue aux zones de secours et aux prézones que la loi du 15 mai 2007 'relative à la sécurité civile' a ajoutées à l'énumération inscrite dans l'actuel article 5, alinéa 4, du Code pénal et qui figurent également dans l'article 17, alinéa 3, en projet.

⁹⁹ Ainsi est-il également possible qu'il existait chez la personne physique un « défaut grave de prévoyance ou de précaution » au sens de l'article 8 en projet, alors qu'il existait certes chez la personne morale un défaut de prévoyance ou de précaution, qui n'était toutefois pas *grave*. En toute logique, seule la personne physique est dans ce cas punissable.

personne morale, est peu évoquée. L'article 17, alinéa 1^{er}, en projet souligne, il est vrai, le lien intrinsèque de l'infraction « [avec] la réalisation de [l'] objet [de la personne morale] ou [avec] la défense de ses intérêts », ou la constatation que l'infraction a été « commise pour [le] compte [de la personne morale ainsi que les faits concrets le démontrent] ». On n'aperçoit toutefois pas clairement si ce lien doit exister dans le chef de l'auteur qui est une personne physique ou dans le chef de l'auteur qui est une personne morale. Dans d'autres systèmes juridiques, l'intention subjective des dirigeants dotés d'un pouvoir de décision peut bel et bien être imputée à la personne morale, tandis qu'en ce qui concerne les autres travailleurs, préposés, et ceux qui agissent en fait pour cette personne morale, la « faute » réside dans l'absence de contrôle ou de surveillance dans l'organisation et est, dès lors, d'un tout autre ordre.

Il est recommandé de préciser davantage ce point, d'autant qu'en égard à l'article 18, alinéa 3, en projet, la réponse à la question a également une incidence sur le fait de déterminer si la participation à l'infraction est punissable ou non.

Section 2 – La participation à un crime ou un délit

Article 18 PCpén

87. Selon l'article 18, alinéa 1^{er}, en projet¹⁰⁰, les dispositions de la section 2 du chapitre 3 du Livre 1^{er} du Code pénal s'appliquent tant aux personnes morales qu'aux personnes physiques¹⁰¹. La question se pose toutefois de savoir pourquoi on le prévoit expressément en ce qui concerne la section 2 du chapitre 3, alors que ce n'est pas le cas pour les sections suivantes.

88. Dans la phrase introductive de l'article 18, alinéa 2, en projet, mieux vaudrait écrire dans le texte néerlandais « *bijdragen tot* » au lieu de « *deelnemen aan* » afin d'éviter d'utiliser dans la définition la notion définie elle-même.

89. Il n'est pas tout à fait correct d'écrire dans la phrase introductive de l'article 18, alinéa 2, en projet, qui relève du chapitre relatif à l'auteur de l'infraction et non de celui relatif aux peines, que les participants « *(s)ont punis* comme auteurs », dès lors qu'il est possible qu'une personne soit l'auteur mais qu'elle ne puisse néanmoins être punie, en raison de sa minorité par exemple. Mieux vaudrait dès lors écrire « *Sont considérés comme auteurs de l'infraction et peuvent être punis à ce titre* ».

90. Selon l'article 18, alinéa 2, en projet, sont punis « *comme auteurs* » les participants tels que définis dans cette disposition, qui ne fait plus de distinction entre les co-auteurs et les complices, lesquels sont actuellement punis d'une peine plus légère que celle punissant les auteurs¹⁰².

¹⁰⁰ Qui, dès lors que la section précitée comporte deux articles, aurait sa place dans un article distinct.

¹⁰¹ Le texte utilise la forme du singulier.

¹⁰² Voir l'article 69 du Code pénal.

Le délégué a justifié cet alignement total comme suit :

« In de huidige stand van zaken worden mededaders (die dan ook niet alle constitutieve bestanddelen hebben uitgevoerd) sedert de totstandkoming van het Strafwetboek in 1867 ook al gestraft alsof ze daders zijn. De rechtspraak – in het bijzonder ook de rechtspraak van het Hof van Cassatie – heeft het begrip mededaderschap zodanig ingevuld dat er voor medeplichtigheid *de facto* geen ruimte meer bestaat. De relatief noodzakelijke hulp, zelfs al was de verstrekte hulp/bijstand klein, wordt immers thans ook als een vorm van mededaderschap aangemerkt (dit wordt verder uitgewerkt in de memorie van toelichting).

(...)

De ruime straftoemingsvrijheid waarover de rechter beschikt in het ontwerp laat overigens toe een gepaste straf op te leggen, in verhouding tot de concrete bijdrage van de deelnemer aan het misdrijf ».

La question se pose toutefois de savoir si toutes les circonstances énumérées dans l'article 18, alinéa 2, en projet justifient une peine aussi lourde (considérée *in abstracto*) que l'infraction elle-même. Il y a également lieu d'observer en l'espèce que les possibilités étendues dont dispose le juge en matière de fixation des peines n'empêchent pas que le fait que les peines minimales sont aussi tout à fait identiques pour les auteurs et les participants puisse poser problème.

91. Interrogé sur la portée de la notion « facilitent » dans l'article 18, alinéa 2, b), (lire : 2°), en projet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« *O.i.* is er geen strijdigheid met het materieel legaliteitsprincipe. Elke deelnemer moet worden beschouwd als diegene die een significante bijdrage heeft geleverd aan het eindresultaat. Het misdrijf zoals het werd gepleegd, zou m.a.w. nooit op dezelfde wijze tot stand gekomen zijn wanneer er geen sprake zou geweest zijn van een deelnemingshandeling. Zonder deelneming zou het misdrijf niet zijn gepleegd zoals het *in concreto* werd gepleegd. *A contrario* betekent dit dat wanneer het hoofdfeit zich op identieke wijze zou hebben voorgedaan zonder tussenkomst van anderen, er geen sprake kan zijn van strafbare deelneming.

Cela rejoint la jurisprudence de la Cour de cassation qui a jugé en ce sens: Sauf lorsque la qualité de l'auteur est un élément essentiel de l'infraction, toute personne qui a commis le fait infractionnel est punissable et il appartient au juge de déterminer l'agent de l'infraction; doivent être tenus pour auteurs d'une infraction, fût-elle une contravention ou une infraction prévue par une loi particulière, tous ceux qui, par leurs agissements personnels, ont directement coopéré à l'exécution du fait punissable, de manière telle que, sans la part prise par eux à cette exécution, l'infraction n'eût pas été commise telle qu'elle l'a été (Cass., 4 novembre 2015, RG P.15.682.F, *Pas.*, 2015, à sa date) ».

Selon les explications du délégué, il est nécessaire que l'intéressé « een significante bijdrage heeft geleverd aan het eindresultaat »¹⁰³. L'exposé des motifs utilise lui aussi la même approche, d'une manière plus générale pour ce qui est de la participation

¹⁰³ Ce qui y est lié, à savoir que l'infraction n'aurait jamais pu être réalisée de la même manière sans la participation n'a pas tout à fait la même signification. Au demeurant, on n'aperçoit pas clairement ce qu'il faut entendre par « op dezelfde wijze tot stand gekomen ». Cela se rapporte-t-il à l'accomplissement des éléments constitutifs ? En tout cas, le fait de mettre ces définitions sur un pied d'égalité prête à confusion.

punissable. La question se pose toutefois de savoir si, à cet égard, il a été suffisamment tenu compte de l'abandon de la distinction existant actuellement entre corréité et complicité et de la distinction qui y est liée entre l'aide nécessaire et utile. Il est possible que l'aide « facilite » l'infraction ou la préparation de celle-ci (et qu'elle était par conséquent utile) mais sans que l'aide contribue de manière significative au résultat final ¹⁰⁴.

L'article 18 en projet doit devra être réexaminé au regard de ce qui précède et adapté compte tenu de l'intention des auteurs du projet.

92. Selon l'article 18, alinéa 2, c) (lire : 3°), en projet, ceux qui provoquent *directement* à la commission d'une infraction sont considérés comme participants. ¹⁰⁵ Sans doute faut-il comprendre par là qu'il doit exister un lien de causalité entre la provocation et l'infraction commise ¹⁰⁶, mais la question est de savoir si l'utilisation du mot « directement » exprime cette idée avec suffisamment de clarté. Ainsi pourrait-il y avoir un doute sur la question de savoir si ceux qui incitent à commettre une infraction par personne interposée, pourraient être punis comme participants. Il est dès lors recommandé de préciser la portée de la disposition précitée.

93. Les textes français et néerlandais de l'article 18, alinéa 2, en projet ne sont pas parfaitement parallèles et ne sont pas tout à fait en accord du point de vue linguistique avec la phrase introductive de cette disposition. Ainsi, le texte français de l'article 18, alinéa 2, a) (lire : 1°), en projet ne reproduit pas l'équivalent du mot « rechtstreeks » figurant dans le texte néerlandais, alors que le texte néerlandais de l'article 18, alinéa 2, b) (lire : 2°) en projet ne contient pas l'équivalent des mots « de l'infraction » figurant dans le texte français. Il s'impose de réexaminer la disposition sur ce point.

94. Le délégué a déclaré ce qui suit concernant l'alinéa 3 de l'article 18 en projet :

« Ceci étant dit, il n'existe pas d'objection à supprimer purement et simplement l'alinéa 3 de l'article 18 dès lors que l'acte de participation requiert, aux termes de l'alinéa 1^{er}, une participation 'de façon délibérée et en connaissance de cause', ce qui exclut *a priori* les infractions commises par défaut de prévoyance ou de précaution (l'alinéa 3 contient donc une précision qui peut être jugée superflue) ».

En effet, l'article 18, alinéa 3, en projet est superflu et peut dès lors être omis.

¹⁰⁴ L'application de l'autre critère entraîne également des difficultés : en ce qui concerne l'accomplissement de ses éléments constitutifs (si c'est cela qu'on vise), une infraction peut être accomplie tout à fait de la même manière, mais l'aide peut néanmoins en avoir facilité la préparation.

¹⁰⁵ En ce qui concerne l'articulation avec l'article 10, alinéa 4, en projet, voir l'observation 55.

¹⁰⁶ En ce sens : A. DE NAUW et F. DERUYCK, *o.c.*, 93, n° 212 ; L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *o.c.*, 326.

Article 19 PCpén

95. Dans le texte néerlandais de l'intitulé de l'article 19 en projet, mieux vaudrait écrire « Toerekening ... aan » au lieu de « Doorwerking ... naar ».

96. Selon l'article 19, alinéa 1^{er}, un élément aggravant « objectif » et des circonstances aggravantes « objectives » sont imputés au participant qui avait connaissance ou devait avoir connaissance de cet élément et de ces circonstances et a persisté dans sa volonté de s'associer à la commission de l'infraction.

Il faut tout d'abord constater que, contrairement à l'exposé des motifs, l'article 19 en projet ne contient aucune définition des notions précitées. Mieux vaudrait remédier à cette lacune.

Par ailleurs, il est à noter que le fait d'avoir ou de devoir avoir connaissance d'un élément aggravant objectif ou d'une circonstance aggravante objective devra être apprécié *in concreto*. À cet égard, on peut se référer à l'arrêt *Iasir* contre la Belgique prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme qui considère ce qui suit :

« 27. La Cour note ensuite que dans l'affaire Haxhishabani, précitée (§§ 22, 34 et 40), le requérant se plaignait que les juges du fond ne s'étaient pas prononcés sur son implication individuelle dans la circonstance aggravante réelle de meurtre, mais avaient appliqué la théorie de l'emprunt matériel de criminalité et automatiquement répercuté sur lui la circonstance aggravante sans retenir les éléments matériel et moral du meurtre dans son chef et donc sans démontrer qu'il ait volontairement et consciemment participé au meurtre. Dans cette affaire, les juges du fond avaient souligné qu'il n'existait aucune preuve que le requérant ait participé matériellement au meurtre de la victime et avaient qualifié la circonstance aggravante de meurtre d'objective. Leur analyse n'avait toutefois pas abouti à imputer automatiquement cette circonstance aggravante au requérant. Les juges du fond avaient en effet examiné, avec la plus grande attention et sur la base des éléments contradictoirement débattus devant eux, le comportement du requérant et le rôle joué par lui. La Cour avait donc considéré qu'ils avaient ainsi subjectivisé la circonstance aggravante du meurtre, venant à la conclusion que le requérant était coauteur des faits ayant entraîné la mort de la victime.

28. En l'espèce, la Cour constate que la cour d'assises n'a pas qualifié la circonstance aggravante de meurtre d'objective, mais a motivé l'application de cette circonstance aggravante au requérant. La question qui se pose est par conséquent de savoir si, par cette motivation, la cour d'assises a suffisamment analysé la circonstance aggravante et l'intention de tuer dans le chef du requérant.

29. À l'instar de ce qu'elle avait considéré dans l'affaire Haxhishabani, précitée (§ 37), la Cour estime en l'espèce que la manière dont les éléments constitutifs de la circonstance aggravante réelle de meurtre furent appliqués au requérant est une déduction assimilable à une « présomption » en matière pénale. En effet, même si le requérant n'a pas personnellement commis le meurtre pour faciliter le vol, cette circonstance aggravante réelle a été retenue à son encontre.

30. La Cour rappelle que la Convention ne prohibe pas les présomptions de fait ou de droit en matière pénale. Elle oblige néanmoins les États « à ne pas dépasser à cet égard un certain seuil » : ils doivent « les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense » (*Salabiaku c. France*,

7 octobre 1988, § 28, série A no 141-A ; Radio France et autres c. France, n° 53984/00, § 24, CEDH 2004-II, et Haxhishabani, précité, § 38).

31. La cour d'assises a déduit de l'analyse des faits de l'espèce (voir paragraphes 13 et 14 ci-dessus) que le requérant n'était pas matériellement intervenu dans le meurtre de la policière. Elle a ensuite conclu que, dans la mesure où le requérant était sur les lieux avec une voiture volée, ganté, cagoulé et lourdement armé, il avait conscience que la circonstance aggravante de meurtre constituait un élément ou une suite prévisible de l'infraction principale de vol et que malgré cela, il ne s'était à aucun moment désolidarisé du co-accusé G.K., qui avait tiré les coups de feu mortels, mais avait persisté dans la volonté de s'associer au vol qu'il avait prévu de commettre ensemble avec ses co-accusés. La cour d'assises précisa que la nature des armes emportées en connaissance de cause par les trois accusés ne pouvait laisser aucun doute quant à la connaissance du risque de causer la mort d'un tiers et l'acceptation de cette possibilité.

32. La Cour considère dès lors que la cour d'assises a analysé avec suffisamment de soin l'élément intentionnel au niveau de la circonstance aggravante de meurtre dans le chef du requérant. Certes, il n'existait aucune preuve que le requérant ait participé matériellement au meurtre de la victime. Il n'en demeure pas moins que la cour d'assises a examiné, sur la base des éléments contradictoirement débattus devant elle, le comportement du requérant et le rôle joué par lui avant, pendant et après les faits ayant entraîné la mort de K.V.N. La cour d'assises a dès lors valablement pu retenir que le requérant avait envisagé et accepté que des tiers perdent leur vie et s'était de ce fait rendu coupable de la circonstance aggravante réelle de meurtre.

33. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 2 de la Convention »¹⁰⁷.

L'article 19 en projet doit être appliqué au regard de cette jurisprudence, dont l'exposé des motifs fera mention de préférence.

97. La question se pose de savoir si l'intention est que, sur la base de l'article 19 en projet, la mort, lorsqu'elle est une conséquence involontaire de coups et blessures volontaires, doit être considérée comme une circonstance aggravante objective. Le participant doit-il uniquement avoir connaissance des coups et blessures et l'intention d'y participer et la prévisibilité de la mort suffit-elle pour l'imputation ? Ou bien cette conséquence est-elle nécessairement imprévue et involontaire, de sorte que la participation n'est toujours pas possible ? L'exposé des motifs devra apporter des éclaircissements sur ces questions.

98. La question se pose de savoir s'il est cohérent que l'article 19 en projet prenne en considération l'intention éventuelle du participant par rapport aux conséquences aggravantes, alors que tel n'est pas le cas à l'article 8 en projet en ce qui concerne l'intention de l'auteur concernant la conséquence d'un élément constitutif de l'infraction proprement dite (par exemple, la mort en cas d'homicide).

¹⁰⁷ CEDH, 26 janvier 2016, *lasir c. Belgique* ; voir également CEDH, 20 janvier 2011, *Haxhishabani c. Luxembourg*.

Section 3 – Les causes d'exemption de culpabilité

Article 20 PCpén

99. En ce qui concerne l'alinéa 1^{er} de l'article 20 en projet, dont les textes français et néerlandais ne sont d'ailleurs pas conforme en tous points¹⁰⁸, il est suggéré de le rédiger comme suit :

« Les causes d'exemption de culpabilité sont les circonstances mentionnées dans l'alinéa 2 en raison desquelles aucune faute ne peut être reprochée à l'auteur de l'infraction eu égard à la situation concrète dans laquelle il adopte le comportement infractionnel même si celui-ci reste illicite ».

Article 21 PCpén

100. Le délégué a déclaré ce qui suit concernant la portée de l'article 21 en projet :

« De in het artikel 21 gehanteerde formulering toont aan dat de penale dwang *in concreto* en dus in hoofde van de betrokkene moet worden beoordeeld. Om het onweerstaanbaar karakter te meten, zou moeten worden gerefereerd aan de leeftijd, het geslacht, de maatschappelijke ontwikkeling en de verstandelijke ontwikkeling van de dader. De *in concreto* beoordeling strookt trouwens ook met de huidige tekst van artikel 71 Sw.: 'een macht waaraan hij niet heeft kunnen weerstaan'. Wanneer men de terminologie « waaraan hij niet hoefde te kunnen weerstaan » zou bezigen doet dit o.i. te veel afbreuk aan het vooropgestelde *in concreto* karakter van de rechtsfiguur omdat het doet veronderstellen dat de toetsingsmaatstaf de 'bonus pater familias'-standaard is, wat niet correct is voor de rechtsfiguur van de penale dwang.

De *in concreto* toets is dus het uitgangspunt, maar correcties ten behoeve van de redelijkheid moeten mogelijk blijven. Zoals uit de rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad blijkt (Hoge Raad 23 november 1999, NJ 2000, 8), mag het misschien waar zijn dat de verdachte of de beklaagde in een toestand is geraakt waarvan voor hem een sterke aandrang uitging om – desnoods exorbitante – acties te ondernemen, dat betekent niet dat redelijkerwijs niet van hem gevergd kan worden aan die aandrang weerstand te bieden. Dit is in overeenstemming met het Nederlandse wetsartikel (art. 40 Sr. : 'Niet strafbaar is hij die een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedrongen'). Deze benadering combineert als het ware subjectieve en objectieve elementen: hoewel de strafrechter met de kenmerken van de persoon van de actor rekening moet houden, zal toch een corrigerende objectieve maatstaf moeten worden gehanteerd. Op die manier kan de nodige abstrahering van een concreet geval worden gewaarborgd.

(Zie hierover uitgebreid : J. ROZIE 'In abstracto of in concreto ? Over de subjectivering van de bonus pater familias- standaard bij de toetsing van de schuldontheffingsgrond van overmacht en dwaling', NC 2016, 223-236) ».

Le texte actuel de l'article 21 en projet ne traduit toutefois pas suffisamment cette intention des auteurs du projet, d'autant qu'il ressort du commentaire détaillé dans l'exposé des motifs que l'on entend revenir sur l'interprétation qu'a donnée la Cour de cassation à la notion de

¹⁰⁸ Comp. « le comportement infractionnel » avec « een wettelijke delictsomschrijving ».

force majeure et que les auteurs du projet jugent trop stricte¹⁰⁹. Dans ces conditions, en ce qui concerne la nuance visée, on peut difficilement s'en remettre à une « interprétation jurisprudentielle du texte de loi », ainsi que l'indique l'exposé des motifs, mais le législateur doit expressément prendre position quant aux options à adopter qui doivent être énoncées clairement dans l'article 21 en projet.

101. La question se pose de savoir pourquoi l'article 21 en projet fait état d'absence de responsabilité pénale et non d'« exemption de culpabilité » à laquelle on s'attendait dans une section traitant des causes d'exemption de culpabilité.

La même observation vaut pour l'article 22 en projet.

Section 4 – Les causes de non-imputabilité

Article 23 PCpén

102. Dans l'article 23 en projet, le trouble mental et la minorité sont mis sur le même pied d'égalité que les causes de non-imputabilité. Même si le Conseil d'État est conscient que la minorité est généralement considérée comme une cause de non-imputabilité¹¹⁰, il existe néanmoins une différence fondamentale entre le trouble mental et la minorité¹¹¹.

Si le trouble mental suppose une absence, une perte ou une atteinte intrinsèques des facultés mentales de l'intéressé, tel n'est assurément pas toujours le cas pour la minorité. Lorsque le législateur a introduit la notion « fait qualifié infraction » dans la loi du 15 mai 1912 'sur la protection de l'enfance', notion qu'a conservée la loi du 8 avril 1965 'relative à la protection de la jeunesse'¹¹², il entendait uniquement neutraliser la question de la capacité de discernement (« faculté de discernement »)¹¹³⁻¹¹⁴. Depuis lors, la réponse à cette question est

¹⁰⁹ Voir : Cass. 23 décembre 1968, *Pas.* 1969, I, 377 ; Cass. 28 novembre 1984, *Pas.* 1985, I, 436 ; Cass. 17 janvier 1990, *Pas.* 1990, I, 584 ; Cass. 16 septembre 2014, P.13.1847, voir en outre H. BERKMOES et F. GOOSSENS, « Overmacht in strafzaken (art. 71 Sw.): de voorwaarden geschetst », *RW* 2015-2016, 786-789 ; J. ROZIE, « Overmacht in het strafrecht : artikel 71 Sw. ontleed », in J. ROZIE, S. RUTTEN et A. VAN OEVELEN (éds.), *Overmacht*, Anvers, Intersentia, 2015, 133-145 ; I. BOUIOUKULIEV, (éds.), *La force majeure. État des lieux. Collection de Jeune Barreau de Chalevoi*, Limal, Anthémis, 2013.

¹¹⁰ Voir par exemple : A. DE NAUW et F. DERUYCK, o.c., 101 ; F. TULKENS et M. VAN DE KERCKHOVE, o.c., 371-373 ; Ch. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET et S. VANDROMME, o.c., 291 ; D. VANDERMEERSCH, o.c., 144-145.

¹¹¹ Par ailleurs, il existe également une différence entre la notion d'« imputabilité » et la notion d'« imputation ». Tel est du reste également le cas des notions d'« imputabilité » et d'« irresponsabilité » utilisées indifféremment dans le texte français de l'article 23 en projet (« non-imputabilité » et « ne peut être responsable »).

¹¹² Actuellement, la loi 'relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait'.

¹¹³ Défini comme la capacité à comprendre pleinement la portée de l'acte qu'il a posé, y compris son caractère illégal (rapport COLAERT, *Doc. parl.*, Chambre, 1911-1912, n° 77 et *Pasin.* 1912, 274).

¹¹⁴ Rapport COLAERT, *Doc. Parl.*, Chambre, 1911-1912, n° 77 et *Pasin.* 1912, 274 ; *Annales*, Chambre, 1911-12, 2 avril 1912 et *Pasin.* 1912, 318 ; *Annales*, Sénat, 1911-12, 13 mai 1912, *Pasin.* 1912, 404 ; Fr. TULKENS, « Les impasses du discours de la responsabilité dans la repénalisation de la protection de la jeunesse », dans X, *La criminologie au prétoire*, Bruxelles, Story Scientia, 1985, (13), 18 ; Fr. TULKENS, « Bilan et orientations de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse », in *Délinquance des jeunes. Politiques et interventions*, dans C. DE TROY et M. VAN DE KERCKHOVE, (éds.), Bruxelles, 1986, (5), 15.

considérée comme non pertinente pour ce qui est de la réaction de la société aux infractions commises par des mineurs pour lesquelles la loi précitée a remplacé les peines (qui supposent la présence d'infractions) par des mesures de garde, de préservation et d'éducation¹¹⁵. En neutralisant la question de la faculté de discernement, le législateur a voulu tenir compte du fait que la formation intellectuelle, morale et sociale des mineurs est encore en cours de développement. Dans ces circonstances, la question de la capacité de discernement a été jugée délicate et la réponse à celle-ci extrêmement difficile¹¹⁶.

Il découle des considérations qui précèdent que le législateur n'a nullement voulu instaurer la présomption selon laquelle le mineur pénal agit sans volonté libre ni pleine conscience de l'acte¹¹⁷. La seule « présomption » que le législateur a instaurée est que les facultés intellectuelles du mineur pourraient être insuffisamment développées pour qu'il puisse pleinement comprendre que ses actes vont à l'encontre du droit positif et revêtent un caractère illégal¹¹⁸ et – en corollaire à celle-ci – pour qu'il puisse être pleinement conscient des raisons pour lesquelles la réaction aux actes qu'il a commis est la condamnation¹¹⁹.

Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas heureux de mettre sur un même pied d'égalité le trouble mental et la minorité et de faire état d'« imputabilité » à l'égard des mineurs¹²⁰.

Une variante pourrait consister à insérer – au début du Livre 1^{er} du Code pénal – une section distincte mentionnant les catégories que le législateur n'entend pas déclarer responsables pénalement et reprenant, outre les mineurs¹²¹, notamment les personnes morales qui ne sont pas considérées pénalement responsables en vertu de l'article 17, alinéa 3, en projet.

¹¹⁵ Voir la déclaration du Ministre CARTON DE WIART, dans *Annales*, Chambre, 1911-12, 2 avril 1912, *Pasin.* 1912, 318 : « nous ne disons nullement que nous considérons l'enfant comme incapable de discernement. Mais nous disons que cette question ne doit pas se poser, et que la solution qu'elle comporte ne peut pas dominer le régime à appliquer à l'enfant traduit en justice ».

¹¹⁶ Voir la déclaration du Ministre CARTON DE WIART, dans *Annales*, Sénat, 1911-12, 13 mai 1912, *Pasin.* 1912, 404.

¹¹⁷ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1966, III, 265 ; R. DECLERCQ, *L'interprétation des articles 13 à 16 de la loi du 15 mai 1912 relatifs à la compétence du juge des enfants*, Ann. Dr. 1951, (135).

¹¹⁸ A. BUTTGENBACH, *o.c.*, 265 ; R. DECLERCQ, *l.c.*, 167.

¹¹⁹ C'est en ce sens que la Cour de Cassation pouvait dès lors poser comme principe que tout jugement ou arrêt qui déclare prouvé un fait qualifié infraction emporte « la constatation judiciaire de la culpabilité du chef d'un acte conscient et volontaire qualifiée crime ou délit [ou contravention] par la loi pénale » vu que la neutralisation de la question de la « faculté de discernement » ne porte que sur « la pleine intelligence de la criminalité de l'acte » (Cass. 10 mars 1913, *Pas.* 1913, I, 140).

¹²⁰ Au demeurant, les communautés sont compétentes pour définir la manière de traiter les mineurs délinquants et peuvent instaurer, dans le cadre de leur compétence étendue en la matière, un droit sanctionnel de la jeunesse (certes spécifique) (voir : *Doc. parl.*, Sénat, 2013-14, n° 5-2232/1, pp. 54-55 ; rapport MOUREAUX-CLAES, *Doc. parl.*, Sénat, 2013-14, n° 5-2232/5, pp. 23, 24 et 146), de sorte qu'en ce qui concerne les mineurs, le législateur fédéral ne peut se prononcer sur la question de l'imputation dès lors que celle-ci est indissociablement liée à la nature du mode de réaction face à la délinquance juvénile.

¹²¹ Il n'empêche qu'il découle du concept « fait qualifié infraction » qu'un certain nombre de règles générales du Livre 1^{er} du Code pénal s'appliquent lorsque l'action est introduite sur la base de ce motif devant le tribunal de la jeunesse.

103. L'article 23 en projet fait uniquement état de l'auteur. Les participants et ceux qui tentent de commettre une infraction ne sont d'un point de vue technique pas des auteurs même s'ils sont punis de la même manière que ceux-ci. L'article 23 doit également faire mention de ces catégories.

Article 24 PCpén

104. La question se pose de savoir si le trouble mental ne mérite pas une approche plus nuancée. Ainsi doit-il être mis en relation avec l'infraction commise : la cleptomanie est un trouble mental mais ne peut par exemple pas être mise en relation avec des délits qui portent atteinte à l'intégrité physique. En outre, il y a lieu d'élaborer, éventuellement à un autre endroit, un dispositif pour celui qui souffre d'un trouble mental non pas au moment où l'infraction est commise mais bien au moment où il est jugé¹²².

Article 25 PCpén

105. L'alinéa 2 de l'article 25, en projet, concerne une peine et n'a dès lors pas sa place dans cet article, mais dans le chapitre suivant qui traite précisément de la peine.

106. Sans préjudice de l'observation précédente, on mentionnera à l'article 25, alinéa 2, en projet le moment où le mineur adopte le comportement punissable plutôt que de faire référence « au moment du crime ». Sinon, il n'est en effet pas exclu que l'intéressé, nonobstant sa minorité au moment de l'adoption du comportement, soit sanctionné si la conséquence de l'infraction se manifeste après sa majorité.

107. Toujours à propos de cette disposition, mieux vaudrait préciser, au lieu de prévoir uniquement que la réclusion à perpétuité n'est pas prononcée, qu'une peine de niveau 7 est infligée à l'égard des mineurs au moment des faits.

Chapitre 4 – Les peines

Observations générales

108. La structure des sections du chapitre 4 en projet consacré aux peines est perfectible : les dispositions relatives aux peines pour les personnes physiques et morales sont parfois reproduites pêle-mêle et ne sont pas classées selon une même logique, ce qui ne favorise pas leur lisibilité et leur applicabilité.

En outre, la formulation, parfois ambiguë, est source de confusion. C'est ainsi que les articles 35 et 38, en projet, visent les peines accessoires applicables « [d]ans les cas prévus par la loi et sans préjudice des peines prévues par les lois particulières »¹²³. Les articles 40

¹²² Voir aussi l'observation 109.

¹²³ Voir aussi la proposition d'adaptation terminologique formulée dans l'analyse des articles sous l'article 35.

(dissolution), 49 (amende) et 56 (exclusion de la participation aux marchés publics ou aux concessions) en projet ne mentionnent rien à ce sujet. L'article 48 en projet (condamnation par déclaration de culpabilité) fait mention d'« une peine de niveau 2 ou de niveau 1 et sauf les exceptions prévues par la loi ». Les articles 53 (interdiction professionnelle) et 57 (déchéance du droit de conduire) en projet sont, quant à eux, applicables « [s]ans préjudice d'autres dispositions légales ». Les peines visées aux articles 54 (publication de la décision de condamnation), 55 (fermeture d'établissement) et 58 (interdiction de résidence ou de contact) en projet peuvent être imposées « [d]ans les cas prévus par la loi ».

Le chapitre 4 doit être réexaminé de manière approfondie compte tenu de ce qui précède.

109. Il est surprenant de constater que le chapitre 4, en projet, ne fait nulle part mention de mesures de sûreté (de substitution de peine ou non). Ainsi, il est muet sur l'internement, alors qu'on aurait quand même pu s'attendre à ce qu'il en soit question dans un texte contenant les règles de base du droit pénal belge. En outre, certaines mesures de sûreté, comme certaines formes de confiscation spéciale, sont simplement traitées comme des peines, alors qu'elles n'ont pas ce caractère et qu'en ce qui les concerne, le juge poursuit d'autres objectifs que ceux mentionnés à l'article 26, alinéa 1^{er}, en projet. Les auteurs du projet examineront s'il n'y a pas lieu d'insérer un chapitre distinct consacré aux mesures de sûreté, ou si le chapitre 4 ne doit pas être complété par une section concernant ces mesures ¹²⁴.

110. Il est plus logique de reproduire d'abord les sections relatives aux peines, et seulement ensuite les règles concernant la fixation de la peine, les circonstances aggravantes et atténuantes et les causes d'excuse.

111. Les sections 3 et 4 du chapitre 4 en projet font une distinction entre les peines principales et les peines accessoires, sans donner une quelconque définition de ces notions. Compte tenu des conséquences de cette distinction et dans un souci de clarté, le projet doit être complété sur ce point.

112. Les intitulés des articles 33, 34, 36 et 37 en projet mentionnent chaque fois « [l]es peines criminelles principales » et « [l]es peines correctionnelles principales », alors que cette terminologie n'apparaît plus dans le texte de ces articles ¹²⁵. Si l'on juge utile de maintenir cette terminologie, il faut également l'utiliser dans le texte.

113. Les articles 45, § 3, alinéa 1^{er}, 46, § 3, alinéa 2, première phrase, et 47, § 4, alinéa 3, première phrase, en projet contiennent des délégations définies de manière très large et imprécise permettant au Roi de fixer les modalités, respectivement, de l'exécution et du contrôle de la peine de surveillance électronique, de la peine de travail et de la peine de probation.

¹²⁴ Dans cette hypothèse, il conviendrait aussi de compléter l'intitulé du chapitre (par exemple « Les peines et mesures de sûreté »).

¹²⁵ Il y est écrit respectivement « peines principales applicables aux crimes » et « peines principales applicables aux délits ».

La portée de ces dispositions n'est pas claire. Soit elles ne font que rappeler le pouvoir général d'exécution dont dispose le Roi en vertu de l'article 108 de la Constitution, mais dans ce cas les dispositions précitées sont superflues et doivent être omises. Soit les délégations octroyées visent davantage que ce qui découle du pouvoir général d'exécution du Roi, mais elles doivent alors être spécifiées, compte tenu du principe de légalité en matière pénale ainsi que des compétences des communautés concernant les maisons de justice et le service qui assure la mise en œuvre et le suivi de la surveillance électronique (article 5, § 1^{er}, III, de la loi spéciale du 8 août 1980)¹²⁶.

114. Le projet gagnerait en clarté si les dispositions relatives aux peines de substitution actuellement réparties entre différents articles, étaient intégrées dans un article général ou dans une section distincte y relatif. Il en va de même pour les dispositions concernant le moment de la prise de cours de la peine infligée.

Section 1^{re} – Généralités

Article 26 PCpén

115. L'intitulé de l'article 26 en projet ne reflète pas complètement le contenu de cet article, celui-ci ne se limitant pas à fixer les objectifs éventuels de la peine mais prévoyant également, dans ses alinéas 2 et 3, un certain nombre de principes à prendre en considération pour infliger une peine. Il est préférable d'insérer ces alinéas dans un article distinct, doté d'un intitulé approprié.

116. Il est à noter que l'énumération des objectifs de la peine, à l'article 26 en projet, ne fait pas mention de la prévention générale et individuelle (dissuasion) qui, classiquement, sont également considérées comme des objectifs de la peine¹²⁷. Sans doute cette omission se fonde-t-elle sur un certain nombre de conceptions pénologiques¹²⁸, mais il serait utile, en raison de l'importance sociétale de la problématique des objectifs de la peine, d'expliquer dans l'exposé des motifs pour quel motif ces objectifs n'ont pas été inscrits dans l'énumération précitée.

¹²⁶ Selon le délégué, il ne s'agirait que de « certains aspects administratifs et pratiques de l'exécution de la peine », ce que le texte ne fait toutefois nullement apparaître. Ici aussi, il faudrait du reste déterminer les aspects dont il s'agit et tenir compte des compétences communautaires précitées.

¹²⁷ A. DE NAUW et F. DERUYCK, o.c., p. 121.

¹²⁸ Même si l'on peut se demander si ces conceptions s'appliquent telles qu'elles à toutes les catégories d'infractions, dont les infractions financières ou les infractions de roulage.

117. La phrase introductive de l'article 26, alinéa 1^{er}, en projet dispose que, lors du choix de la peine et de la détermination de son taux, il *convient de* poursuivre « les objectifs » qu'il énumère ensuite. Il est toutefois mentionné dans l'exposé des motifs qu'un ou plusieurs de ces objectifs peuvent être poursuivis, et donc pas nécessairement l'ensemble de ceux-ci. Il y a donc lieu d'écrire que « le juge ¹²⁹ poursuit un ou plusieurs des objectifs ¹³⁰ suivants ».

118. Dès lors que, du point de vue technique, la loi pénale n'instaure aucune interdiction, mais définit ou désigne les comportements que le législateur assortit d'une peine, on écrira à l'article 26, alinéa 1^{er}, 1^o, en projet « la commission de l'infraction » au lieu de « la violation de la loi pénale ».

119. L'article 26, alinéa 2, en projet devrait également faire mention du principe de la proportionnalité de la peine, qui s'applique aussi lorsque le juge inflige une peine dans un cas concret. Le délégué a déclaré que cette disposition sera complétée en ce sens.

120. Selon l'article 26, alinéa 3, en projet, la peine privative de liberté constitue l'ultime recours et elle ne peut être prononcée que si l'objectif de la peine visant la protection de la société ne peut être atteint par une des autres peines ou mesures prévues par la loi. Cette règle a cependant été formulée de manière trop absolue, dès lors qu'elle ne peut pas être appliquée dans les cas où, même en application de circonstances atténuantes, une peine privative de liberté doit en toute hypothèse être infligée, à savoir en cas de crimes. En outre, on peut se demander pourquoi elle ne s'applique pas à l'égard des objectifs de la peine visés à l'article 26, alinéa 1^{er}, 1^o et 2^o, en projet, dont il est concevable que (dans un nombre limité de cas) ils ne pourront pas non plus être atteints par des peines autres que la peine privative de liberté. L'article 26, alinéa 3, en projet sera adapté en conséquence.

121. Il y a lieu de clarifier à l'article 26, alinéa 3, en projet ce qu'il faut entendre par la notion de « peine privative de liberté ». Sans doute vise-t-on uniquement la réclusion ou l'emprisonnement, mais elle pourrait également comprendre la peine de surveillance électronique.

Par ailleurs, il faut tendre à une uniformité terminologique : dans le texte néerlandais, la disposition précitée fait état de « vrijheidsbenemende straf », tandis que l'intitulé de la section 5 du chapitre 4 du Livre 1^{er}, en projet, du Code pénal ainsi que les articles 43 et 44 en projet font mention de « vrijheidsstraffen ».

Article 27 PCpén

122. Selon l'article 27 en projet, la loi peut prévoir des circonstances aggravantes que le juge doit prendre en considération lorsqu'il fait le choix et détermine le degré de la peine ou de la mesure, sans qu'il puisse imposer une peine d'un niveau plus élevé.

¹²⁹ C'est en effet à lui que s'adresse cet article 26.

¹³⁰ Voir l'intitulé de l'article 26.

La portée de cette disposition manque de clarté. L'exposé des motifs indique d'une part, qu'il s'agit de « circonstances (...) que le législateur souhaite voir prises *en compte* par le juge lorsqu'il détermine la peine » mais, d'autre part, qu'elles relèvent de « l'*appréciation* du juge lors de la détermination de la peine », qu'elles « n'entraînent pas *ipso facto* une peine supérieure » mais « leur effet sur le choix et le taux de la peine relève du *pouvoir discrétionnaire* du juge », qui est *invité* à prendre cette circonstance en compte lors du choix de la peine et de la détermination de son taux. Il peut se déduire de cette considération que la circonstance aggravante ne constitue qu'une sorte de rappel par le législateur d'une circonstance qui pourrait avoir une incidence sur le choix par le juge de la peine et de son taux et à propos de laquelle le juge doit examiner s'il y accorde ou non une importance lorsqu'il statue à ce sujet. Abstraction faite de la question du sens d'une telle disposition, il y a lieu, si telle devrait effectivement être la portée de l'article 27 en projet, de l'exprimer plus clairement dans le texte de l'article concerné ¹³¹.

123. Les auteurs du projet vérifieront si la notion de « circonstances aggravantes » ne peut pas être remplacée par une autre notion, dès lors que l'admission de celles-ci ne peut jamais avoir pour effet de sanctionner l'infraction concernée par une peine d'un autre ¹³² niveau ou de modifier obligatoirement le taux de la peine, contrairement aux circonstances atténuantes et par dérogation à la signification que cette notion avait jusqu'à présent et a toujours dans les instruments internationaux.

Article 28 PCpén

124. Dans le texte néerlandais de l'article 28 en projet, on écrira « Wanneer de rechter oordeelt » au lieu de « Wanneer de rechter van mening is ».

Une observation similaire s'applique à l'égard de l'article 61, § 2, en projet.

Articles 29 et 30 PCpén

125. Les articles 29 et 30 en projet permettent aux autorités judiciaires de faire rédiger respectivement un rapport d'information en vue de la fixation de la peine la plus adéquate et un avis d'un service spécialisé dans la guidance ou le traitement des délinquants sexuels sur la peine la plus adéquate pour les délinquants sexuels. Ces dispositions de procédure pénale n'ont pas leur place dans le Code pénal, mais devront être insérées dans le futur Code de procédure pénale. Les observations qui suivent sont donc formulées uniquement à titre subsidiaire.

126. Dans la dernière phrase de l'article 29 en projet, il faut préciser la teneur des « modalités » que le Roi peut déterminer en ce qui concerne la rédaction du rapport d'information qui y est visé. À ce propos, il faudra veiller à ne pas empiéter sur la compétence des

¹³¹ En tout cas, le fait d'écrire qu'il « doit » prendre en considération la circonstance aggravante est source de confusion.

¹³² En l'espèce, supérieur.

communautés concernant les maisons de justice ou les services des communautés en charge de celles-ci.

127. La question se pose de savoir si la portée précise du terme « infraction à caractère sexuel », utilisé à l'article 30 en projet, apparaît avec suffisamment de clarté. En effet, ce terme n'est pas actuellement une notion légale¹³³. Un motif sexuel peut également entrer en ligne de compte dans une autre infraction. En conséquence et eu égard au contenu du Livre 2 en préparation du Code pénal, on réexaminera l'article 30 en projet.

128. Toujours à l'article 30 en projet, mieux vaudrait faire mention de services d'expertise médico-légale en ce qui concerne les délinquants sexuels.

Section 2 – Les causes d'excuse

Article 31 PCpén

129. Il serait préférable d'intituler l'article 31 en projet « Définition » plutôt que « Les causes d'excuse », dès lors que l'intitulé de la section dont fait partie l'article est déjà libellé de la sorte et que l'article 32 en projet définit une cause d'excuse spécifique.

130. En vertu de la définition figurant à l'article 31, alinéa 1^{er}, en projet, les circonstances atténuantes constituent également des causes d'excuse, puisqu'elles entraînent une réduction de peine, mais s'agissant d'une catégorie ouverte, l'intention n'est probablement pas de les inclure dans la définition¹³⁴. Au demeurant, cette définition n'exprime pas clairement que l'exemption de peine et la réduction de peine sont un effet légal de l'existence d'une cause d'excuse. Il convient dès lors de réexaminer la définition précitée.

Article 32 PCpén

131. En ce qui concerne la condition permettant d'invoquer un excès de légitime défense, selon lequel la réaction est la conséquence immédiate de l'intense émotion causée par l'agression, l'exposé des motifs précise qu'il faut certes tenir compte des sensibilités particulières de la personne concernée mais y apporte un correctif en ce sens que l'émotion doit être de nature à provoquer, dans les mêmes circonstances, la même réaction chez une personne normale et raisonnable. Mieux vaudrait insérer cette condition dans le texte de l'article 32 en projet afin d'éviter une subjectivation excessive de celle-ci¹³⁵.

¹³³ Peut-être en sera-t-il ainsi après la révision du Livre 2 du Code pénal.

¹³⁴ Si telle est néanmoins l'intention, la question se pose de savoir comment s'articulent les articles 28 et 31 en projet.

¹³⁵ Voir aussi avis C.E. 40.503/2 du 5 juillet 2006 sur une proposition de loi 'modifiant le Code pénal en ce qui concerne les règles relatives à la légitime défense et introduisant la cause absolutoire générale de l'excès de légitime défense', *Doc. parl.*, Sénat, 2003-04, n° 3-243/2, avis C.E. 40.504/2 du 5 juillet 2006 sur une proposition de loi 'modifiant les articles 416 et 417 du Code pénal', *Doc. parl.*, Sénat, 2003-04, n° 3-409/2 et avis C.E. 40.505/2 du

Section 3 – Les peines applicables aux personnes physiques

Article 33 PCpén

132. Dans le texte néerlandais de la phrase introductive de l'article 33, alinéa 1^{er}, en projet, on écrira « namelijk » (qui a un sens limitatif) au lieu de « met name » (qui signifie « in het bijzonder »), et dans le texte français, on écrira « à savoir les » au lieu de « classés en ».

La même observation vaut pour les articles 34, alinéa 1^{er}, 36, alinéa 1^{er}, et 37, alinéa 1^{er}, en projet.

133. Selon l'article 33, alinéa 1^{er}, premier tiret (lire : 1^o), en projet, la peine de niveau 8 est constituée de la réclusion à perpétuité. Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'en ce qui concerne les peines perpétuelles, l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme « doit être interprété comme exigeant qu'elles soient compressibles, c'est-à-dire soumises à un réexamen permettant aux autorités nationales de rechercher si, au cours de l'exécution de sa peine, le détenu a tellement évolué et progressé sur le chemin de l'amendement qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne permet plus de justifier son maintien en détention »¹³⁶.

Lors de la rédaction du futur Code d'exécution des peines, il faudra en tenir compte. Le dispositif actuel inscrit dans la loi du 17 mai 2006 'relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine'¹³⁷ est en tout cas conforme aux principes définis dans l'arrêt précité.

134. Concernant l'utilisation du mot « emprisonnement » à l'article 33, alinéas 2 et 3, en projet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Uit artikel 1 van het Voorontwerp volgt dat de vermindering van de straf na toepassing van de verzachtende omstandigheden geen gevolg heeft voor de aard van het misdrijf. Aan dit uitgangspunt kan niet worden geraakt. De koppeling van een misdrijf aan een categorie (misdaden of wanbedrijven) gebeurt op grond van het criterium van de straf waarin is voorzien in de wettelijke bepaling tot strafbaarstelling van het misdrijf en dus niet langer naargelang de concrete straf die is opgelegd door de rechter na toepassing van de verzachtende omstandigheden. Wanneer men dus vertrekt van een misdaad die na aanneming van verzachtende omstandigheden wordt bestraft met een gevangenisstraf,

5 juillet 2006 sur une proposition de loi 'modifiant certaines dispositions du Code pénal en matière de légitime défense', *Doc. parl.*, Sénat, 2003-04, n° 3-512/2.

¹³⁶ CEDH (Grande Chambre) 9 juillet 2013, *Vinter c. Royaume Uni*, § 119. Voir aussi les avis C.E., 52.226/3-52.227/3-52.230/3 du 6 novembre 2012, sur une proposition de loi 'visant à l'introduction dans le Code pénal de périodes de sûreté en cas de condamnation pour des actes criminels d'une extrême gravité', une proposition de loi 'introduisant la période de sûreté dans le droit pénal' et une proposition de loi 'modifiant le Code pénal, le Code d'instruction criminelle et la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, concernant l'instauration de périodes de sûreté', observations 9 à 11, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-1595/002), pp. 7-9.

¹³⁷ Voir l'article 25, § 2, de cette loi.

blijft het crimineel karakter behouden. Dit wordt uitgelegd in de memorie van toelichting bij artikel 1. Artikel 33 moet m.a.w. worden samen gelezen met het artikel 1 ».

Au regard de cette réponse, la question se pose toutefois de savoir si, à l'article 33, alinéas 2 et 3, en projet, il y a effectivement lieu de faire mention d'un « emprisonnement » et s'il ne serait pas plus cohérent d'employer le terme « réclusion », même après l'admission de circonstances atténuantes, de manière à indiquer que la peine infligée n'a pas changé la nature de l'infraction. Dans ce cas, il convient toutefois d'adapter l'article 42 en projet. Les auteurs du projet devront également examiner les effets de l'option prise en ce qui concerne la prescription de la peine (voir l'article 69 en projet).

D'une manière plus générale, on peut se demander s'il est encore opportun de maintenir la distinction terminologique entre « réclusion » et « emprisonnement », dès lors que c'est le niveau de la sanction légale qui est décisif et non la dénomination de celle-ci.

Article 34 PCpén

135. À l'article 34, alinéas 2 à 5 et alinéa 7, en projet, mieux vaudrait écrire chaque fois qu'en présence de circonstances atténuantes, le juge peut imposer les peines qui y sont mentionnées au lieu d'écrire que « ce[s] peine[s sont] remplacée[s] ».

136. La question se pose de savoir si la condamnation par déclaration de culpabilité (article 34, alinéa 8, dernier tiret (lire : 7°), en projet) peut effectivement être considérée comme une peine. La déclaration de culpabilité est normalement une étape qui précède l'imposition de la peine, de sorte que l'on peut se demander si le fait de considérer la condamnation par déclaration de culpabilité comme une peine ne revient pas en fait à estimer que la peine consiste à ne pas infliger de peine, ce qui est contradictoire.

À titre subsidiaire, le Conseil d'État se demande pourquoi il n'est pas simplement fait mention d'une « déclaration de culpabilité de l'infraction » plutôt que l'expression « condamnation par déclaration de culpabilité » quelque peu étrange sur le plan linguistique.

137. Abstraction faite de la question de son caractère, la simple déclaration de culpabilité figure à la fois dans l'énumération des peines de niveau 2 et dans l'énumération des peines de niveau 1 (voir respectivement l'alinéa 6 et l'alinéa 8 de l'article 34 en projet). Compte tenu de la hiérarchie qu'implique la division en niveaux, une peine tout à fait identique peut difficilement relever à la fois d'un niveau et d'un autre. Il y a lieu d'éliminer cette incohérence.

La même observation vaut à l'égard de l'article 37, alinéas 6 et 8, en projet.

138. À la fin de l'article 34, dernier alinéa, en projet, mieux vaudrait écrire « le juge peut prononcer, en cas d'admission de circonstances atténuantes, cette peine accessoire comme peine unique ».

La même observation vaut à l'égard de l'article 37, dernier alinéa, en projet.

Article 35 PCpén

139. Contrairement aux peines principales, les peines accessoires ne font nullement l'objet d'une gradation, ce qui peut être notamment source de difficultés pour déterminer, en cas de modification de la législation ou après l'exercice de voies de recours¹³⁸, la peine la moins lourde. Même si le Conseil d'État est conscient qu'un certain nombre de peines accessoires sont de nature très différente, il convient néanmoins, notamment compte tenu des effets importants des peines accessoires, de vérifier s'il n'est pas possible d'instaurer une forme d'hierarchie entre celles-ci (le cas échéant, certaines catégories de peines accessoires) et d'établir un lien, plus qu'actuellement, entre le niveau de la peine principale et celui de la peine accessoire.

La même observation vaut pour l'article 38 en projet.

140. Dans le texte néerlandais de la phrase introductive de l'article 35 en projet, mieux vaudrait écrire, si cette mention est déjà nécessaire ou utile, « zonder afbreuk te doen aan de in de bijzondere wetten bepaalde straffen » au lieu de « behoudens de in bijzondere wetten bepaalde straffen ».

141. En ce qui concerne les termes « [d]ans les cas prévus par la loi », utilisés à l'article 35 en projet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De notie 'in de door de wet bepaalde gevallen' duidt op het feit dat de bijkomende straf bij wet moet zijn voorzien voor dat misdrijf. Dit kan in het algemeen in Boek I Sw. (bv. de ontzetting uit de rechten of het verval van het recht tot sturen indien een voertuig is gebruikt) of in het bijzonder bij de specifieke strafbaarstelling in Boek II Sw. of de bijzondere strafwet (geldboete, bekendmaking,... omdat in de omschrijving van deze straffen in Boek I staat 'in de bij wet bepaalde gevallen') ».

Pour l'article 38 du projet, le délégué a fait la même déclaration.

Le Conseil d'État se demande toutefois si l'intention réelle est de donner une portée générale à la possibilité de prononcer la déchéance « des » droits même pour les peines de niveaux 2 à 6 et, partant, que cette possibilité existe également lorsqu'une disposition pénale spécifique¹³⁹ ne le prévoit pas explicitement, dès lors qu'une peine totalement disproportionnée serait ainsi instaurée. Cela montre en tout cas la nécessité de réexaminer d'une manière approfondie la terminologie utilisée au chapitre 4 en projet¹⁴⁰.

Dans un article (introductif) général relatif aux peines accessoires, il n'est d'ailleurs pas utile (et il convient, en raison de la confusion qui peut en résulter, d'éviter) de faire référence aux « cas prévus par la loi » en vertu de laquelle une peine peut être infligée soit dans tous les cas (disposition du Livre 1^{er} du Code pénal) soit dans un cas spécifique (dans le Livre 2

¹³⁸ Voir l'article 211bis du Code d'instruction criminelle.

¹³⁹ Dans le Livre 1^{er} du Code pénal ou dans une loi pénale spéciale.

¹⁴⁰ Voir l'observation 108.

du Code pénal ou dans une loi spéciale)¹⁴¹, ni à d'autres dispositions inscrites dans des lois pénales spéciales, qui instaurent d'autres peines accessoires.

La même observation vaut pour l'article 38 en projet.

142. La peine visée à l'article 35, quatrième tiret (lire : 4°), en projet est la « déchéance des droits ». La peine ne portant bien entendu pas sur tous les droits de la personne condamnée, il est préférable de ne pas utiliser le mot « des » mais « de » ou d'écrire « des droits visés à l'article 52, alinéa 1^{er} » ou, par analogie avec la dénomination actuelle, « déchéance de *certain*s droits civils et politiques ».

La même observation vaut pour l'article 52 en projet.

143. À l'article 35, alinéa 1^{er}, sixième tiret (lire : 6°), en projet, mieux vaudrait écrire « l'exclusion du droit de soumissionner à des marchés publics ou d'obtenir des concessions » au lieu de « l'exclusion de la participation aux marchés publics ou aux concessions ».

La même observation vaut pour les articles 37, alinéa 8, huitième tiret (lire : 8°), et 56 (intitulé et alinéa 1^{er}), en projet.

144. La peine accessoire de la fermeture d'établissement, visée à l'article 35, huitième tiret (lire : 8°), en projet implique probablement aussi l'interdiction de rouvrir l'établissement et de continuer à l'exploiter pendant une période déterminée qui devra toutefois être précisée en insérant un minimum et un maximum dans cette disposition. S'il s'agit d'une fermeture définitive, il faudra également le préciser.

Section 4 – Les peines applicables aux personnes morales

Sous-section 1^{re} – Les peines principales et accessoires

Observation générale

145. La plupart des montants¹⁴² de l'amende, énumérés aux articles 36 et 37 en projet, constitueront pour certaines personnes morales une peine extrêmement sévère et pour d'autres personnes morales, comme les très grandes entreprises, une peine dont l'impact sera plutôt limité. Il en découle que dans certains cas, la règle énoncée à l'article 49, alinéa 1^{er}, en projet, selon laquelle l'amende est fixée en rapport avec les capacités financières, le chiffre d'affaires et la taille de la personne morale, peut devenir inopérante ou difficilement applicable. Les auteurs du projet devront vérifier s'il ne faut pas adapter et différencier les montants compte tenu de ce qui précède.

¹⁴¹ Ce qui doit être effectué dans les articles définissant plus précisément les peines accessoires inscrits dans la suite du projet.

¹⁴² Qui devront être quelque peu adaptés, voir l'observation suivante.

Article 36 PCpén

146. À propos de l'article 36 en projet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Het bedrag van 4.320.000 vormt de vertaalslag van de huidige situatie zoals verwoord in het artikel 41bis Sw. met inbegrip van de opdecimen. Het is immers de bedoeling dat de wetgever bij de hervorming de opdecimen op 0 zet. Het is wel zo dat op het ogenblik van de redactie van het voorontwerp van het Boek I van het Strafwetboek het mechanisme van de opdecimen nog een multiplicator van 6 impliceerde (vandaar: $720.000 \times 6 = 4.320.000$). Thans werd de multiplicator opgetrokken naar 8. De bedragen kunnen dus best worden aangepast aan de nieuwe opdecimen. Dit betekent dan een maximum van $720.000 \times 8 = 5.760.000$ ».

Par conséquent, l'article 36 en projet devra en tout cas être adapté, également en ce qui concerne les autres montants que le montant maximal cité.

Article 37 PCpén

147. Aux termes de l'article 37, alinéa 6, quatrième tiret (lire : 4°), en projet, la peine de niveau 2 pour les personnes morales peut être constituée du cumul de deux *ou plusieurs* peines de niveau 1. Ainsi, toutes les peines de niveau 1 (sauf, par nature, la condamnation par déclaration de culpabilité) peuvent être combinées entre elles, ce qui donne lieu à une peine extrêmement sévère qui peut difficilement être réputée conforme au principe de proportionnalité et qui, au demeurant, peut aussi être plus lourde que certaines peines d'un niveau supérieur.

148. Toujours en ce qui concerne le principe de proportionnalité, on peut se demander si certaines des peines énumérées à l'article 37, alinéa 8, en projet, telles que la dissolution¹⁴³, l'interdiction d'exercer une activité relevant de l'objet social de la personne morale pour une période d'un an à dix ans, l'exclusion de la participation aux marchés publics ou de l'obtention d'une concession pour une période d'un an à dix ans ou la fermeture de l'établissement, ne sont pas exceptionnellement sévères pour relever de la catégorie des peines les moins lourdes. En outre, comparées les unes aux autres, les peines relevant du niveau 1 présentent ainsi une gravité très différente.

Par conséquent, il convient de réexaminer l'article 37, alinéa 8, en projet.

Sous-section 2 – Dispositions relatives aux peines spécifiques applicables aux personnes morales

Article 39 PCpén

149. Le délégué a donné les précisions suivantes concernant les mots « dans les limites prévues pour l'infraction », figurant à l'article 39, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, en projet :

« Deze omschrijving wordt als zodanig ook reeds gebezigd in het huidig Strafwetboek, m.n. bij de werkstraf en de autonome probatiestraf 'Binnen de perken van

¹⁴³ Voir également à cet égard l'observation 155.

de op het misdrijf gestelde straffen, alsook van de wet op grond waarvan de zaak voor hem werd gebracht’.

Men zou kunnen beargumenteren dat de omschrijving ‘binnen de grenzen bepaald door de wet’ de lading dekt, toch is een toevoeging aangewezen. De toevoeging van de omschrijving ‘binnen de grenzen bepaald voor het misdrijf’ maakt o.i. immers duidelijk dat naast het gegeven dat de algemene voorwaarden voor die rechtsfiguur moeten verenigd zijn, het *quantum* van de straf wijzigt/kan wijzigen naargelang het misdrijf, naast de algemene voorwaarden bepaald voor die rechtsfiguur. In het Voorontwerp wordt deze formulering trouwens ook gebezigd voor de werkstraf en de probatiestraf ».

Néanmoins, on peut se demander si la disposition précitée ne pourrait pas être formulée plus clairement. L’exposé des motifs devrait à tout le moins préciser la formulation utilisée.

La même observation vaut pour les articles 46, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 47, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, deuxième et troisième phrases, en projet.

150. Selon l’article 39, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, une peine de prestation en faveur de la communauté ne peut être prononcée à l’égard d’une personne morale que si elle a donné, « en personne » ou par l’intermédiaire de son avocat, son consentement « éclairé ».

Observons tout d’abord qu’une personne morale n’agit que par l’intermédiaire de ses organes compétents, de sorte qu’elle ne peut pas donner « en personne » son consentement à la peine de prestation.

Ensuite, concernant la même disposition, la question se pose de savoir si la formulation néerlandaise « met kennis van zaken » a exactement la même portée que la formulation française « un consentement éclairé », et ce qu’il faut entendre précisément par là ¹⁴⁴. En tout cas, au moment où le consentement est donné, il faut que la clarté ait été faite quant au contenu précis de la peine de prestation. À cet égard, la question se pose de savoir si, plutôt que de permettre au juge de donner des indications concernant le contenu concret et les modalités d’exécution de la peine de prestation, celui-ci ne devrait pas y être contraint, précisément afin de garantir que la personne morale concernée donne son consentement à la peine en connaissance de cause.

Compte tenu de ce qui précède, l’article 39, § 1^{er}, alinéa 2, en projet doit être réexaminé.

151. La construction de la première phrase de l’article 39, § 2, en projet est boiteuse dans le texte néerlandais ; il convient d’y remédier.

152. Les auteurs du projet devront vérifier si l’énumération, à l’article 39, § 2, alinéa 2, en projet, des instances au bénéfice desquelles la peine de prestation en faveur de la communauté peut être effectuée, est complète. On peut ainsi se demander s’il ne faut pas non plus y mentionner les centres publics d’action sociale.

¹⁴⁴ La même observation vaut pour les articles 46, § 1^{er}, alinéa 2, et 47, § 1^{er}, alinéa 2, en projet.

La même observation peut être formulée à l'égard de l'article 46, § 2, alinéa 2, en projet.

153. Les paragraphes 3 et 4 de l'article 39 en projet concernent l'exécution de la peine et seraient mieux à leur place dans le futur Code d'exécution des peines.

La même observation peut être formulée à l'égard de l'article 46, §§ 3 et 4, en projet.

Article 40 PCpén

154. La dissolution de la personne morale, telle qu'elle est définie à l'article 40, alinéa 1^{er}, en projet, pourrait être considérée comme une mesure de sûreté plutôt que comme une peine. Si telle devait être l'intention, cet article devrait figurer à un autre endroit ¹⁴⁵.

155. Non sans lien avec l'observation précédente, on n'aperçoit pas clairement si la dissolution ne peut être décidée que dans des cas spécifiques, prévus par une norme légale, ou si l'article 40 en projet a une portée générale et, partant, s'applique à tous les cas, comme il semble ressortir du contenu de cet article et est suggéré par le délégué. Dans ce dernier cas, la question se pose de savoir s'il s'agit d'une obligation si les conditions d'application de l'article sont remplies ¹⁴⁶.

En outre, on peut se demander s'il est cohérent de qualifier la dissolution de peine principale de niveau 1. Eu égard à son contenu, il s'agit d'une peine (ou éventuellement d'une mesure) qui se greffe sur la peine principale : en effet, elle peut être infligée lorsque la personne morale a été intentionnellement créée afin d'exercer les activités punissables *pour lesquelles elle est condamnée* ou lorsque « son objet » a été intentionnellement « détourné » afin d'exercer de telles activités.

Il découle de ce qui précède que les auteurs du projet doivent faire la clarté sur la nature de la dissolution et ses conditions d'application, et doivent adapter les articles 38 ou 40 en projet en conséquence.

156. Selon l'article 40, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, en projet, la dissolution ne peut être prononcée à l'égard des personnes morales de droit public. Selon le délégué, l'intention est de faire référence à des notions existantes du droit administratif, mais en raison de l'insécurité existante entourant cette notion, les auteurs du projet devront néanmoins examiner s'il n'est pas possible de la définir dans l'article 40 en projet. La question se pose aussi de savoir si la règle ne doit pas être étendue aux personnes de droit privé qui, sur le plan fonctionnel, exercent une fonction publique.

¹⁴⁵ Si elle devait constituer la seule forme de dissolution, elle devrait aussi dans ce cas être supprimée des listes de peines.

¹⁴⁶ L'utilisation du mot « peut » dans la première phrase de l'article 40 en projet indique plutôt le contraire.

157. L'article 40, alinéa 2, en projet dispose que lorsqu'il décide la dissolution, le juge renvoie la cause devant la juridiction compétente pour connaître de la liquidation de la personne morale. Reste à savoir si certaines des peines patrimoniales infligées en plus de la dissolution pourront être appliquées dans le cadre de la liquidation.

Article 41 PCpén

158. Il est recommandé que l'exposé des motifs examine la notion de « service public », utilisée à l'article 41, alinéa 1^{er}, en projet.

159. Selon l'article 41, alinéa 2, en projet, la condamnation donnant lieu à l'interdiction d'exercer une activité relevant de l'objet social de la personne morale est transmise au greffe du tribunal de commerce. La question se pose de savoir si pour les personnes morales qui ne sont pas des sociétés commerciales, il ne doit pas s'agir du tribunal de première instance.

160. L'article 41, alinéa 4, en projet concerne l'exécution de la peine et serait donc mieux à sa place dans le Code d'exécution des peines annoncé.

Section 5 – Dispositions relatives aux peines privatives de liberté

Article 42 PCpén

161. Le fait que l'emprisonnement à titre de peine principale est, « [s]elon les niveaux de peine établis par la loi », d'un an au moins et de vingt ans au plus découle déjà des niveaux de peine définis à l'article 33 en projet et ne doit pas être répété à l'article 42, alinéa 1^{er}, en projet.

162. L'article 42, alinéa 4, en projet, dispose que la durée d'un an d'emprisonnement est de trois cents soixante-cinq jours. Cette règle vaut également pour la réclusion, de sorte que l'article 42 en projet doit être adapté sur ce point.

163. Les règles relatives au mode de calcul de la durée de la peine doivent aussi être rendues applicables à d'autres peines dont la durée est exprimée en mois ou en années (par exemple la peine de surveillance électronique). En conséquence, ces règles devraient figurer dans un article plus général.

Article 43 PCpén

164. Aux termes de l'article 43, alinéa 1^{er}, en projet, toute détention subie avant que la condamnation ne soit devenue définitive, par suite de l'infraction qui donne lieu à cette condamnation, sera imputée (dans le texte néerlandais, on préférera « aangerekend » à « toegerekend ») sur la durée des peines privatives de liberté encore en cours¹⁴⁷. Le délégué a

¹⁴⁷ Le délégué a confirmé que les termes « peines privatives de liberté » font référence à la réclusion et à l'emprisonnement. Mieux vaut le préciser dans le texte même ou à tout le moins dans l'exposé des motifs.

expliqué que l'on entend par « détention » la détention préventive, ce qui ressort également de l'exposé des motifs. Toutefois, il convient de tenir compte également de la détention extraditionnelle subie à l'étranger.

165. Le délégué a confirmé que la peine de surveillance électronique¹⁴⁸ est également visée par la notion de « détention ». Il s'agit en effet d'une forme de détention préventive. Il est néanmoins recommandé d'intégrer ces précisions dans le texte ou à tout le moins dans l'exposé des motifs.

166. L'article 43, alinéa 1^{er}, en projet doit également faire mention de l'imputation de la détention préventive sur la peine infligée par suite du fait qui a donné lieu à la détention préventive, que l'on peut difficilement considérer comme une « peine privative de liberté encore en cours ».

Dans la même disposition, on écrira en outre « d'une infraction » au lieu de « de l'infraction ».

167. L'article 43, alinéa 2, en projet dispose que toute mesure provisoire de placement en régime fermé¹⁴⁹ d'un mineur ayant commis un fait qualifié infraction, est imputée (après dessaisissement) sur la durée des peines privatives de liberté prononcées de façon définitive *en raison de ce fait*¹⁵⁰. Cette règle doit être étendue aux peines privatives de liberté prononcées en raison d'autres faits que celui pour lequel le mineur fait l'objet d'une mesure de dessaisissement.

Par ailleurs, il convient – notamment au regard de l'imputation des périodes de surveillance électronique – de pouvoir justifier pourquoi le placement provisoire au sein d'une institution communautaire publique de protection de la jeunesse à régime éducatif ouvert ou même toute autre mesure de placement résidentiel provisoire n'est pas pris en considération pour l'imputation. Si une telle justification peut être donnée, mieux vaut la reproduire dans l'exposé des motifs ; dans le cas contraire, il conviendra d'étendre le champ d'application de l'article 43, alinéa 2, en projet.

168. La règle figurant à l'article 43, alinéa 3, en projet doit aussi s'appliquer si une mesure de placement provisoire en régime éducatif fermé a été précédemment prononcée pour le fait concerné¹⁵¹. On adaptera la rédaction de cette disposition en conséquence.

¹⁴⁸ Article 16, § 5, alinéa 3, de la loi du 20 juillet 1990 'relative à la détention préventive'.

¹⁴⁹ Il vaut mieux préciser qu'il s'agit d'un régime éducatif fermé, *organisé par les instances compétentes* (voir l'article 52*quater*, alinéa 1^{er}, de la loi du 8 avril 1965).

¹⁵⁰ Comparer avec l'alinéa précédent.

¹⁵¹ Hypothèse mentionnée à l'article 43, alinéa 2, en projet.

Article 44 PCpén

169. Selon l'article 44 en projet, les condamnés à une peine privative de liberté subiront leur peine dans les établissements désignés par le Roi. Cette règle concerne l'application des peines et gagnerait donc à être intégrée dans le code d'exécution des peines annoncé ¹⁵².

Section 6 – La peine de surveillance électronique, la peine de travail et la peine de probation

170. Le Conseil d'État ne perçoit pas la raison pour laquelle la peine de surveillance électronique, la peine de travail et la « peine de probation » sont rassemblées dans une même section, étant donné qu'elles sont quand même très différentes.

Article 45 PCpén

171. L'alinéa 1^{er} de l'article 45, § 1^{er}, en projet, est redondant par rapport à l'article 34, alinéa 6, phrase introductive, en projet, lu en combinaison avec le deuxième tiret (lire : 2°), et devrait donc être omis ¹⁵³.

Une observation analogue vaut à l'égard des articles 46, § 1^{er}, première phrase, 47, première phrase, 48, alinéa 1^{er} (première partie), et 50.

172. Il est recommandé de décrire d'abord les éléments substantiels de la peine de surveillance électronique ¹⁵⁴ et d'insérer ensuite seulement les règles relatives à la peine de substitution en cas de non-exécution.

Une même observation peut être formulée en ce qui concerne la peine de travail (article 46 en projet) et la « peine de probation » (article 47 en projet).

173. La dernière phrase de l'article 45, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, est une règle de procédure pénale qui n'a pas sa place dans le Code pénal.

Subsidiairement, la question se pose de savoir pourquoi la possibilité d'entendre les personnes cohabitant avec le prévenu est limitée aux personnes majeures et ne peut dès lors pas concerner des mineurs. À ce propos, le délégué a déclaré ce qui suit :

« L'audition de l'enfant mineur cohabitant quant à l'opportunité d'une peine de surveillance électronique n'est pas prévue dans la loi pour plusieurs motifs : d'abord, il est censé cohabiter avec une personne majeure qui assure la responsabilité et la protection de sa personne (l'audition de cette personne peut avoir lieu) ; ensuite, la faisabilité de la peine de surveillance électronique sera évaluée en règle sur la base d'un rapport d'information tel que prévu à l'article 29 (dans ce cadre, l'assistant de justice a la

¹⁵² On peut observer à titre subsidiaire que dans un souci d'uniformité de la terminologie employée, il serait préférable de faire mention de termes « réclusion et emprisonnement », que vise le délégué.

¹⁵³ L'article 45 en projet doit en tout état de cause être remanié.

¹⁵⁴ Qui pourrait également être appelée « détention électronique à domicile ».

possibilité de prendre en compte la situation et l'avis des enfants mineurs cohabitants) ; enfin rien n'empêche le tribunal ou le ministère public de recueillir l'avis de ces enfants mineurs par un devoir d'information complémentaire sans qu'il soit nécessaire de convoquer au tribunal cet enfant mineur pour une audition formelle (une telle audition à l'audience publique face à son père violent peut être très lourde pour l'enfant victime et même traumatisante) ».

Cette argumentation n'est toutefois pas convaincante. Tout d'abord, le prévenu ne cohabite pas toujours avec une autre personne majeure qui est responsable du mineur et assure sa protection. Le fait que la peine sera infligée sur la base du rapport d'information visé à l'article 29 en projet ou qu'un devoir d'information complémentaire pourra être ordonné vaut tout autant à l'égard du cohabitant majeur, qui peut, lui, être entendu. Enfin, l'audition n'est qu'une possibilité pour le juge qui peut par conséquent y renoncer si elle était trop traumatisante pour l'intéressé.

À moins que la limitation aux cohabitants majeurs puisse être justifiée de manière plus convaincante, on supprimera le mot « majeur » à l'article 45, § 1^{er}, alinéa 3, deuxième phrase, en projet.

174. Aux termes de l'article 45, § 2, alinéa 2, 2^o, en projet, le condamné à une peine de surveillance électronique doit avoir une adresse fixe où il doit être présent et avant tout changement, obtenir l'autorisation du ministère public et, à défaut, celle du tribunal de l'application des peines. La portée de cette disposition manque de clarté : signifie-t-elle que pour changer cette adresse, le condamné doit obtenir l'autorisation préalable du ministère public et qu'en cas de refus, il peut s'adresser au tribunal de l'application des peines, ou a-t-il aussi la possibilité de se tourner directement vers ce tribunal ? L'article 45, § 2, en projet devrait apporter des éclaircissements à ce sujet.

Article 46 PCpén

175. Indépendamment de la question de savoir si le texte français et le texte néerlandais concordent parfaitement, l'on peut se demander si l'intéressé ne peut donner son consentement éclairé à la peine de travail que lorsqu'il a une connaissance suffisante du contenu de cette peine. À cet égard, il faut observer que selon l'article 46, § 2, en projet, le juge a la possibilité de donner des indications concernant le contenu concret de la peine de travail. Le juge devra exercer cette compétence lorsque cela s'avèrera nécessaire, compte tenu de la nature de la peine de travail envisagée, afin que l'intéressé puisse donner son consentement éclairé à cette peine.

Article 47 PCpén

176. La peine de probation visée à l'article 47 en projet consiste en l'obligation de respecter des conditions générales définies à l'article 47, § 3, alinéa 2, en projet et des conditions particulières durant une période fixée par le juge. Sauf lorsqu'elle est infligée à une personne morale, elle peut inclure l'obligation de suivre une formation ou un stage professionnel ou celle d'effectuer un service citoyen, dont la durée ne peut être inférieure à vingt heures ni supérieure à

deux cent quarante heures. Les personnes physiques auxquelles une peine de probation a été infligée sont soumises en outre à la guidance sociale exercée par le service compétent des communautés. La durée de la peine de probation de niveau 2 doit être supérieure à douze mois et ne peut excéder deux ans, celle de niveau 1 ne peut être inférieure à six mois ni supérieure à douze mois.

Outre la peine de probation, le sursis probatoire est maintenu : selon l'article 62, § 1^{er}, en projet, le juge peut assortir le sursis, qui peut être associé à un certain nombre de peines, de conditions de probation. Ces conditions de probation comportent les mêmes conditions générales que celles prévues pour la peine de probation, et l'on peut en outre y associer l'obligation de suivre une formation. À cet égard, on se reportera à l'avis 53.967/1/V du 24 septembre 2013, qui a formulé les observations suivantes ¹⁵⁵ :

« 3. L'article 37sexies, §§ 1^{er} et 2, en projet, du Code pénal prévoit que, sauf dans quelques exceptions, lorsque le fait est de nature à entraîner une peine de police ou une peine correctionnelle, le juge peut condamner à titre de peine principale à une peine de probation autonome qui comporte le respect de conditions particulières durant une période qui ne peut être inférieure à six mois ni supérieure à deux ans.

Parallèlement, le régime du sursis probatoire et de la suspension probatoire, réglé dans la loi du 29 juin 1964, est maintenu. Cette loi permet d'imposer des conditions particulières lorsque le sursis ou la suspension de la condamnation est ordonné. Cette loi ne définit pas les conditions particulières d'une manière exhaustive, mais il ressort de ses articles 1^{er}, § 3, et 9bis que les conditions peuvent notamment consister à suivre une formation (sauf en cas de sursis partiel qui a pour effet qu'une partie de la peine d'emprisonnement effective doit encore être exécutée), une guidance ou un traitement.

Bien qu'elles soient assorties d'une peine (avec sursis), ou de sa suspension, les conditions de probation ne sont pas elles-mêmes des peines, mais sont qualifiées de méthodes de traitement ¹⁵⁶, la finalité première étant d'apporter une aide ¹⁵⁷. Elles peuvent être imposées dans les cas où le délinquant éprouve un réel besoin de guidance, alors qu'un contrôle du respect des conditions peut être jugé nécessaire pour qu'il puisse mener une existence respectueuse des normes ¹⁵⁸.

Les considérations qui précèdent soulèvent la question de savoir si, certainement dans les cas où les conditions de probation impliquent une formation, un traitement et une guidance ¹⁵⁹, il est cohérent d'instaurer la probation en tant que peine tout en la maintenant en tant que mesure ayant un caractère de guidance liée à la suspension ou au

¹⁵⁵ Avis C.E. 53.967/1/V du 24 septembre 2013 sur un avant-projet devenu la loi du 10 avril 2014 'insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal, et modifiant le Code d'instruction criminelle, et la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation' (*Doc. parl.*, Chambre, 2013-14, n° 53-3274/001, pp. 30-34). Voir aussi l'avis C.E. 57.792/1/V du 23 septembre 2015 sur un avant-projet devenu la loi du 5 février 2016 'modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice', *Doc. parl.*, Chambre, 2015-16, n° 54-1418/001, pp. 262-309, qui fait référence à l'avis 53.967/1/V.

¹⁵⁶ Note 2 de l'avis cité : Rapport, *Doc. Parl.*, Chambre, 1961-62, n° 401/2, p. 6; A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Bruges, 2006, p. 195, n° 348; L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Louvain, 1990, p. 529, n° 990.

¹⁵⁷ Note 3 de l'avis cité : A. DE NAUW, *o.c.*, p. 142, n° 256.

¹⁵⁸ Note 4 de l'avis cité : L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *o.c.*, p. 529, n° 990.

¹⁵⁹ Note 5 de l'avis cité : Dans certains cas, les conditions peuvent présenter un caractère plus protecteur de la société, comme en cas d'interdictions de fréquenter certains lieux ou d'avoir certains contacts, ce qui montre que même actuellement, la probation n'a pas un caractère totalement univoque.

sursis de la peine. Une même mesure peut difficilement tantôt constituer une peine et tantôt pas. Il faut en outre attirer l'attention sur le fait qu'après l'instauration de la peine de travail comme peine autonome par la loi du 17 avril 2002 'instaurant la peine de travail comme peine autonome en matière correctionnelle et de police', on a considéré qu'il n'était plus possible d'assortir la suspension ou le sursis de la peine d'une condition de probation consistant en un travail d'intérêt général ¹⁶⁰.

Si l'on choisit néanmoins d'ériger la probation en une modalité autonome de réaction à un délit, parallèlement à l'imposition de conditions de probation dans le cadre de la suspension ou du sursis, il faut envisager d'instaurer la probation comme une mesure *sui generis* plutôt que comme une peine. Cette approche correspondrait mieux à la nature intrinsèque de la probation et au demeurant, permettrait aussi de mieux accréditer l'intervention de la commission de probation, alors que dans le cas de l'instauration effective d'une nouvelle peine ¹⁶¹, il serait plus logique que le tribunal d'application des peines soit associé à son exécution.

4. La qualification de la mesure de probation en tant que peine peut également soulever la question du respect du principe de légalité en matière pénale. Ce principe implique notamment que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de connaître, au moment où il adopte un comportement, la peine encourue lorsque ce comportement est punissable. Ce principe entend ainsi exclure tout risque d'intervention arbitraire de la part du pouvoir judiciaire ou du pouvoir exécutif dans l'imposition et l'application des peines ¹⁶².

En l'occurrence, outre la fixation des durées minimale et maximale de la peine, l'article 37sexies, en projet, du Code pénal prévoit uniquement que la peine de probation autonome comporte le respect de conditions particulières durant une période déterminée, qui ne peut être inférieure à six mois ni supérieure à deux ans.

À la question de savoir si ce qui précède peut se concilier avec le principe de légalité en matière pénale, le délégué a répondu :

'L'article 37sexies, §4, en projet prévoit que 'le juge détermine la durée de la peine de probation autonome et peut donner des indications concernant le contenu concret de la peine de probation autonome'. L'article 37septies, § 3, prévoit quant à lui que 'la commission de probation détermine le contenu concret de la peine de probation autonome, sur la base du rapport de l'assistant de justice qui a entendu le condamné. Le contenu concret de la peine de probation autonome est notifié dans une convention à signer par le condamné (...)'

Il convient de noter que cette façon de faire ne constitue pas une première puisque pour la peine de travail, il en est de même. Si un nombre d'heures est déterminé, le contenu concret n'est pas connu au moment de la condamnation, le juge se contentant, comme dans le texte proposé pour la probation autonome, d'éventuellement donner des indications sur le contenu concret. On constate d'ailleurs, dans la pratique, que les jugements reprenant des indications concrètes sont très largement minoritaires.

Par ailleurs, il peut être souligné que, du point de vue idéologique, le but de la période de probation (c'est plutôt la durée de la probation qui a valeur de peine et

¹⁶⁰ Note 6 de l'avis cité : Voir l'omission du travail d'intérêt général qui était mentionné aux articles 1^{er}, § 3, et 1^{er}bis de la loi du 29 juin 1964.

¹⁶¹ Note 7 de l'avis cité : Qui devrait alors avoir véritablement ce caractère, ce qui nécessiterait de définir autrement les conditions susceptibles d'être imposées.

¹⁶² Note 8 de l'avis cité : C.C., 18 avril 2007, n° 60/2007, B.6.

non le respect des conditions) est d'apporter au condamné un suivi personnalisé qui rendra optimales ses chances de réinsertion et réintégration sociales (le respect de conditions est donc un moyen et non une fin), afin de diminuer le risque de récidive. Et en évitant une peine d'enfermement désinsérante socialement et afin de désengorger les prisons en surpopulation. Selon ce principe idéologique, il est difficile de régler à priori les conditions liées à la peine.

Le pouvoir du juge et de la commission de probation au niveau de la détermination de la peine, s'il présente la souplesse nécessaire pour s'adapter aux situations individuelles des prévenus, est cependant restreint par la loi à plusieurs niveaux.

Ainsi, en ce qui concerne le juge, l'avant-projet prévoit, à l'instar de l'art. 37^{ter} du Code pénal sur la peine de travail, que :

- le juge ne peut prononcer cette peine que pour des faits de nature à entraîner une peine de police ou une peine correctionnelle, à l'exclusion d'une série de faits.
- il doit fixer la durée de la peine, dans les limites fixées par la loi,
- le juge doit expliquer la portée de la peine au prévenu et celui-ci doit donner son accord.
- le juge peut donner des indications sur le contenu de la peine.
- lors de la fixation de la peine de substitution, il est tenu par les limites légales prévues par la loi pour l'infraction.

Il va de soi que la peine de probation ne peut consister en un travail vu que celui-ci est visé à l'art. 37^{ter} du Code pénal.

En ce qui concerne la commission de probation, il peut être indiqué que :

En déterminant le contenu de la peine, elle doit respecter les éventuelles indications données par le juge sur le contenu de la peine, à l'instar de l'art. 37^{quinquies}, §3, du Code pénal sur la peine de travail.

Les conditions sont fixées sur base du rapport de l'assistant de justice qui a entendu le condamné.

Elles sont reprises dans une convention signée par le condamné (qui peut donc refuser de signer ce document).

A l'instar de l'art.12, § 1, de la loi du 29 juin 1964, l'art.37^{octies} en projet permet à la commission de suspendre la peine, de la préciser ou de l'adapter aux circonstances (nb : on peut remarquer que le mot 'omstandigheden' a été mal traduit par le mot 'conditions'), d'initiative ou à la demande du parquet ou de l'intéressé. Il prévoit en outre une possibilité de recours, comme l'art.12 de la loi de 1964.

Il peut être souligné que l'art.37^{quinquies}, §3, du Code pénal sur la peine de travail, prévoit aussi la possibilité pour la commission de probation de préciser ou d'adapter le contenu concret de la peine déterminé par l'assistant de justice.

Les limitations légales précitées restreignent le pouvoir du juge et de la commission de probation au niveau de la détermination de la peine, permettant de rencontrer le principe de légalité des peines en matière pénale'.

Dans sa réponse, le délégué met d'abord en avant la similitude avec le régime de la peine de travail. Le simple fait que le régime en projet présente des similitudes avec un régime existant, ne suffit toutefois pas encore à démontrer qu'il est conforme au principe

de légalité en matière pénale. Au demeurant, le Conseil d'État, section de législation, n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur les articles 37^{ter} à 37^{quinquies}, actuels, du Code pénal, et les arrêts de la Cour constitutionnelle qui concernent la peine de travail n'ont pas non plus abordé la problématique du principe de légalité.

La réponse du délégué considère ensuite l'objectif de la probation, à savoir apporter à l'intéressé un suivi personnalisé en vue de sa réinsertion sociale. À cet égard, se pose cependant à nouveau la question de savoir s'il est bien adéquat de qualifier cette mesure de peine (voir l'observation 3). Si, s'agissant d'une mesure d'assistance ou de guidance, une définition légale moins stricte pourrait encore être justifiée, c'est moins défendable dans le cas d'une véritable peine.

Le délégué souligne enfin les garanties légales dont l'application de la peine de probation est assortie. À cet égard, il importe d'observer que l'intéressé doit toujours donner son consentement à l'imposition de la peine de probation, ce qui constitue une garantie contre d'éventuels abus. La question se pose néanmoins de savoir si la loi ne devrait pas définir le contenu de la peine de probation, ne fût-ce qu'en mentionnant des éléments indicatifs en la matière. Cette observation est d'autant plus prégnante qu'il faut malgré tout relativiser quelque peu le consentement, dès lors que l'alternative à la peine de probation peut consister en la condamnation à une peine d'emprisonnement et, que le juge pénal ne donnant pas nécessairement d'indications quant au contenu concret de la peine de probation (l'article 37^{sexies}, § 4, en projet, du Code pénal, se borne à en prévoir la possibilité), l'intéressé ne connaîtra pas toujours les contours exacts de l'objet sur lequel il donne son accord ».

Ces observations s'appliquent *mutatis mutandis* à l'égard de l'article 47 en projet.

177. Selon l'article 47, § 4, alinéa 1^{er}, en projet, le tribunal de l'application des peines détermine, après avoir entendu le condamné, les modalités concrètes d'exécution de la peine de probation et, notamment, la nature de la formation, du stage professionnel ou du service citoyen en fonction des capacités physiques et intellectuelles de l'intéressé. Indépendamment du problème relatif au respect du principe de légalité en matière pénale abordé dans l'avis 53.967/1/V cité, force est de constater que l'intéressé peut difficilement donner son consentement « éclairé » à la peine de probation, comme le requiert l'article 47, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, étant donné que les modalités concrètes de cette peine ne sont déterminées qu'*a posteriori* par le tribunal de l'application des peines. La question se pose par conséquent de savoir si ce n'est pas non plus le juge de jugement lui-même qui doit définir ces modalités concrètes dans un premier temps, ce qui du reste est également important pour l'exercice des voies de recours.

178. L'article 47, §§ 4, alinéas 2¹⁶³ et 3, et 5, en projet concerne l'application des peines et doit dès lors être inséré dans le code d'application des peines annoncé.

179. Sans préjudice de l'observation précédente, on relèvera qu'en cas d'inexécution partielle de la peine de probation autonome, il est difficile, notamment en raison de la nature de cette peine, de fixer la peine de substitution d'une manière inversement proportionnelle à la partie de la peine de probation autonome qui a déjà été exécutée.

¹⁶³ Où l'on écrira dans la deuxième phrase « a atteint son objectif » au lieu de « a été exécutée ».

Section 7 – La condamnation par déclaration de culpabilité

Article 48 PCpén

180. Selon l'article 48, alinéa 1^{er}, en projet, la condamnation par déclaration de culpabilité peut être prononcée dans les cas qui y sont décrits « lorsque cette décision est justifiée par les circonstances de la cause, eu égard à la gravité limitée des faits ou à l'écoulement du temps depuis les faits ». Cela ne correspond pas à ce qui figure dans l'exposé des motifs, à savoir que le juge peut prononcer la « peine » lorsqu'il constate au vu des circonstances de la cause¹⁶⁴ que les faits jugés présentent une gravité limitée ou que l'écoulement du temps rend la prononciation d'une peine inopportune. D'après le texte de l'article en projet, l'on doit uniquement tenir compte de la gravité limitée des faits ou de l'écoulement du temps depuis les faits, alors que d'après l'exposé des motifs, ce sont les deux seuls cas dans lesquels la condamnation par déclaration de culpabilité peut être prononcée.

Il y a lieu d'éliminer la contradiction entre l'exposé des motifs et le texte de l'article 48, alinéa 1^{er}, en projet.

Section 8 – Les peines pécuniaires

Article 49 PCpén

181. Le délégué a confirmé en ce qui concerne les personnes physiques¹⁶⁵ qu'ainsi qu'il ressort du texte de l'article 49, alinéa 1^{er}, en projet et qu'il découle d'ailleurs du principe de proportionnalité, le juge est obligé de tenir compte des capacités financières et de la situation sociale de l'intéressé. Toutefois, l'on pourrait déduire le contraire de l'exposé des motifs (« que le montant de l'amende *puisse être* déterminé en fonction des possibilités financières ou de la situation sociale du contrevenant »). Il y a dès lors lieu d'adapter l'exposé des motifs à ce qui précède (« est déterminé » au lieu de « puisse être déterminé »).

182. Au sujet de l'article 49, alinéa 1^{er}, en projet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« La Commission de réforme a proposé de reprendre la proposition faite par le Commissaire LEGROS d'appliquer au montant de l'amende un multiplicateur en fonction de la capacité financière de l'auteur de l'infraction (afin que les personnes plus fortunées se voient infliger une amende plus élevée que les moins fortunés) . Cette proposition n'a pas été retenue par le Gouvernement qui a toutefois repris le critère de capacités financières et de situation sociale. L'appréciation par le juge de ces critères est balisée par le maximum et le minimum de l'amende prévus par la loi. Il revient donc à la loi de déterminer quel est le maximum et le minimum de l'amende et il incombe au juge de déterminer dans ces limites le montant de l'amende concrète à prononcer en tenant compte des deux critères d'appréciation visés. En matière de peine privative de liberté également, le législateur fixe un maximum et un minimum (éventuellement compte tenu

¹⁶⁴ Il s'agit en fait d'un ajout superflu, en ce que le juge statue toujours dans une affaire en particulier et doit dès lors prendre les circonstances concrètes de cette affaire en considération.

¹⁶⁵ Il en va de même pour ce qui est de tenir compte des capacités financières, du chiffre d'affaires et de la taille des personnes morales.

des circonstances atténuantes) et le juge détermine la peine concrète à infliger dans cette fourchette. Les critères de 'capacités financières' et 'situation sociale' sont des critères objectifs qui ont précisément pour objet d'assurer l'égalité dans la répression en adaptant l'amende à la situation financière du contrevenant afin qu'elle représente le même poids pour tous les contrevenants.

L'exposé des motifs s'explique à propos du pouvoir d'appréciation du juge dans les termes suivants : La détermination de la capacité financière du prévenu relève du pouvoir d'appréciation en fait de la juridiction de jugement. Déjà actuellement, le juge dispose, dans les limites fixées par la loi, d'un pouvoir d'appréciation important pour déterminer le quantum des peines. A titre d'exemple, en matière de confiscation, la Cour de cassation considère que le juge du fond apprécie souverainement en fait le montant des avantages patrimoniaux retirés de l'infraction¹⁶⁶. Elle considère ainsi que le juge peut évaluer en équité l'avantage patrimonial résultant d'une infraction; il peut se baser à cet effet sur les éléments du dossier pénal qu'il apprécie souverainement¹⁶⁷. Dans d'autres matières (telles que les pensions alimentaires et les contributions alimentaires pour les enfants), les cours et tribunaux sont déjà appelés à déterminer les capacités financières de personnes à partir des différents éléments qui leurs sont soumis ».

La question se pose néanmoins de savoir si le juge dispose de possibilités suffisantes pour pouvoir établir le rapport entre les capacités financières et le montant de l'amende. Lui fournir un instrument de mesure à cette fin permettrait d'éviter ou du moins de réduire les inégalités lors de la fixation concrète de la peine¹⁶⁸.

183. Dans le texte néerlandais de l'article 49, alinéa 4, en projet, on remplacera chaque fois le mot « *bijkomende* » par le mot « *vervangende* », afin d'éviter toute confusion avec des peines accessoires et d'être plus conforme au texte français.

Article 50 PCpén

184. L'article 50 en projet concerne la confiscation, alors qu'il figure à la section 8 du chapitre 4 du Livre I^{er} du Code pénal, qui porte l'intitulé « Les peines pécuniaires ». Soit on adaptera cet intitulé, soit on fera figurer l'article 50 en projet dans la section 9 du chapitre 4 précité (« Les autres peines »), sous réserve de l'observation formulée au point 185.

185. L'article 50 en projet qualifie la confiscation de peine dans tous les cas. Cependant, la confiscation peut parfois être considérée comme une mesure de sûreté¹⁶⁹. Tel est en tout état de cause le cas pour la confiscation visée à l'alinéa 2, 6°, de cet article, mais parfois l'on peut aussi en douter (alinéa 2, 3° et 5°).

¹⁶⁶ Cass. 13 avril 1999, RG P.98.0898.N, *Pas.* 1999, n° 204 ; Cass. 22 octobre 2003, RG P.03.0084.F, *Pas.* 2003, n° 516 ; Cass. 10 janvier 2012, RG P.11.0938.N, *Pas.* 2012, 59.

¹⁶⁷ Cass. 2 mars 2010, RG P.09.1726.N, *Pas.* 2010, 654.

¹⁶⁸ Comparer avec le projet original tel qu'il a été élaboré par les experts. Commission de réforme du droit pénal, Proposition d'avant-projet de Livre I^{er} du Code pénal, Bruges, La Charte, 2016, 13-14.

¹⁶⁹ A. DE NAUW et F. DERUYCK, *o.c.*, 135, n° 327 et 140, n° 324 ; D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, 246 ; Ch. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET et S. VANDROMME, *o.c.*, 447.

Eu égard notamment aux conséquences juridiques de cette distinction¹⁷⁰, il conviendrait de différencier les deux types de confiscations prononcées dans le projet, et ce faisant de songer à donner un autre nom à la confiscation prononcée en tant que mesure de sûreté¹⁷¹.

186. L'article 50, § 1^{er}, en projet, dont le texte français et le texte néerlandais devront être davantage harmonisés, dispose que, sauf lorsqu'elle est prononcée comme une peine principale de niveau 1, la confiscation est une peine accessoire que le juge est tenu de prononcer lorsqu'il déclare les faits établis. La confiscation peut être appliquée à des choses qui ont servi ou qui ont été destinées à commettre l'infraction quand la propriété en appartient au condamné (article 50, § 1^{er}, alinéa 2, 2°, en projet) ; une règle similaire figure actuellement à l'article 42, 1°, du Code pénal. En ce qui concerne cette dernière disposition, la Cour constitutionnelle a jugé ce qui suit dans son arrêt 12/2017¹⁷² :

« B.6. Il ressort des motifs de la décision de renvoi que la Cour est invitée à statuer sur la compatibilité, avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à cette Convention, de l'article 43, alinéa 1^{er}, du Code pénal, lu en combinaison avec l'article 42, 1°, du même Code, en ce qu'il a pour effet que la personne qui est condamnée pour détention illicite de produits stupéfiants est d'office condamnée à la confiscation de la chose qui a servi à commettre l'infraction, même lorsque cette confiscation est susceptible de porter à la situation financière de cette personne une atteinte incompatible avec le droit au respect des biens.

B.7. L'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

‘Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes’.

B.8. La confiscation d'un bien ordonnée par un tribunal constitue une ingérence dans la jouissance du droit de son propriétaire au respect de ses biens (CEDH, décision, 12 mai 2009, *Tas c. Belgique*).

Lorsqu'une telle confiscation frappant un bien qui a fait l'objet d'un usage illégal, a pour but d'éviter que ce bien soit utilisé pour commettre d'autres infractions au préjudice de la collectivité, elle relève de la réglementation de l'usage des biens conformément à l'intérêt général au sens du deuxième alinéa de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 26 février 2009, *Grifhorst c. France*, § 85; décision, 12 mai 2009, *Tas c. Belgique*).

B.9. Une telle réglementation doit être prévue par la loi et poursuivre un ou plusieurs buts légitimes (CEDH, décision, 12 mai 2009, *Tas c. Belgique*).

¹⁷⁰ Par exemple sur le plan du droit des compétences, voir l'observation 4.

¹⁷¹ Par exemple « mainmise ».

¹⁷² C.C., 9 février 2017, n°12/2017.

Une réglementation de l'usage des biens conforme à l'intérêt général doit aussi ménager un 'juste équilibre' entre les impératifs de l'intérêt général et ceux de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu : il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. L'Etat dispose d'une large marge d'appréciation tant pour choisir les modalités de mise en œuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l'intérêt général, par le souci d'atteindre l'objectif de la loi en cause (CEDH, 26 février 2009, *Grifhorst c. France*, § 94; décision, 12 mai 2009, *Tas c. Belgique*; grande chambre, 26 juin 2012, *Herrmann c. Allemagne*, § 74).

Parmi les éléments à prendre en compte pour apprécier ce 'juste équilibre' à propos de la confiscation frappant un bien qui a fait l'objet d'un usage illégal figurent l'attitude du propriétaire de ce bien et la procédure suivie (CEDH, décision, 12 mai 2009, *Tas c. Belgique*; 13 octobre 2015, *Ünspeđ Paket Servisi SaN. Ve TiC. A.Ş. c. Bulgarie*, § 38).

B.10.1. La confiscation spéciale visée par l'article 42, 1°, du Code pénal est une peine applicable entre autres aux infractions commises par des personnes physiques (article 7 du Code pénal).

Comme les autres peines instaurées par le Code pénal, cette confiscation spéciale a pour but le 'maintien de l'ordre social, la garantie du droit commun, l'organisation de la paix publique et du perfectionnement social'. Elle vise à produire des 'effets multiples' : l'intimidation du condamné et des hommes pervers qui seraient tentés de le suivre dans la voie du crime, la 'prévention' et, si possible, l'amélioration du condamné par l'amendement du coupable' (*Doc. parl.*, Chambre, 1850-1851, n° 245, p. 11).

B.10.2. L'obligation de prononcer la confiscation spéciale en cas de crime ou délit est justifiée par le fait que ces 'infractions sont assez graves' (*Doc. parl.*, Sénat, 1851-1852, n° 70, p. 25).

B.11. La confiscation spéciale d'une chose qui a servi à commettre un crime ou un délit et dont le condamné est propriétaire, prononcée en application de l'article 43, alinéa 1^{er}, du Code pénal, n'est pas en soi incompatible avec le droit au respect des biens garanti par l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

B.12. Elle peut cependant, dans certains cas, porter une atteinte telle à la situation financière de la personne à laquelle elle est infligée qu'elle constitue alors une mesure disproportionnée par rapport au but légitime qu'elle poursuit, entraînant une violation du droit de propriété, garanti par cette disposition du droit international.

B.13. La possibilité d'assortir en l'espèce cette confiscation d'un sursis (voy. Cass., 13 mai 2015, P.15.0217.F) n'est pas de nature à modifier ce constat. En effet, il y a lieu de tenir compte d'une révocation possible d'un tel sursis. Dans cette hypothèse, le caractère éventuellement disproportionné de la peine ne serait pas supprimé.

B.14. En conséquence, l'article 43, alinéa 1^{er}, du Code pénal n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, mais uniquement en ce qu'il oblige le juge à prononcer la confiscation de la chose qui a servi à commettre un crime ou un délit lorsque cette peine porte une atteinte telle à la situation financière de la personne à laquelle elle est infligée qu'elle constitue une violation du droit de propriété.

B.15. La question préjudicielle appelle une réponse positive ».

Son attention ayant été attirée sur cet arrêt, le délégué a déclaré ce qui suit :

« L'arrêt de la Cour constitutionnelle nous semble un peu étonnante quant au critère 'd'atteinte telle à la situation financière de la personne condamnée qu'elle constitue une violation du droit de propriété' et à son applicabilité. En effet, la confiscation constitue toujours une atteinte radicale au droit de propriété puisqu'elle implique un transfert de propriété de la chose vers l'Etat (ou la restitution à la victime).

Certaines conventions internationales prévoient d'ailleurs la possibilité d'une confiscation obligatoire. Ainsi, suivant les articles 3.1 et 3.3 de la convention du 16 mai 2005 du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation du produit du crime et au financement du terrorisme, 'Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour lui permettre de confisquer des instruments, des biens blanchis et des produits ou des biens dont la valeur correspond à ces produits' et 'Chaque Partie peut prévoir une confiscation obligatoire pour certaines infractions pouvant faire l'objet d'une confiscation. Chaque Partie peut notamment inclure dans ces infractions le blanchiment, le trafic de produits stupéfiants, la traite des êtres humains et d'autres infractions graves'.

Ensuite, la confiscation des avantages patrimoniaux tirés de l'infraction s'impose pour éviter que l'argent sale continue à circuler ce qui constituerait une infraction de blanchiment (dont l'Etat ne peut se rendre complice).

Enfin, il est à remarquer que la confiscation par équivalent n'a pas été retenue mais est remplacée par une peine subsidiaire dont le montant peut être diminué afin de ne pas soumettre le condamné à une peine déraisonnablement lourde

Daarnaast rijzen er nog andere bedenkingen bij de lezing van het kwestieuze arrest van het Grondwettelijk Hof. In dit arrest was er sprake van de verbeurdverklaring van een voertuig als instrument van het misdrijf omwille van de tenlastelegging van bezit van verdovende middelen. Het argument was dat het bezit van verdovende middelen enkel mogelijk was door zich met zijn voertuig naar zijn leverancier te begeven. De vraag rijst dan ook of dit niet neerkomt op een bijzonder ruime invulling van het begrip 'instrument van het misdrijf' ».

La portée de l'arrêt, qui ne traite que du cas de la confiscation de choses qui ont servi ou qui ont été destinées à commettre l'infraction, n'est pas tout à fait claire. L'élément essentiel de l'appréciation de la Cour est le contrôle de proportionnalité : l'ampleur ou les conséquences de la privation de propriété qu'implique la confiscation spéciale ne peuvent être disproportionnées par rapport aux buts poursuivis. À cet égard, les mots « dans certains cas » semblent importants : la circonstance qu'il est porté gravement atteinte à la situation financière du prévenu ne suffit pas en soi pour conclure à une violation du droit de propriété ; elle doit être mise en balance avec l'intérêt qui est, *in concreto*, protégé par la répression. Ce n'est que s'il existe un déséquilibre manifeste entre, d'une part, l'ampleur et les conséquences de la privation de propriété qui découle de la confiscation spéciale et, d'autre part, les objectifs poursuivis concrètement par la confiscation spéciale que l'on ne pourra pas donner suite à l'article 50, § 1^{er}, alinéa 2, 2° (toujours en projet actuellement) ¹⁷³.

Les auteurs du projet devront adapter l'article 50 en projet à la lumière de cette jurisprudence.

¹⁷³ Dans les autres cas visés à l'article 50, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, la doctrine de l'arrêt n'est pas applicable et la confiscation automatique semble rester admissible.

187. Selon l'article 50, § 1^{er}, alinéa 2, 5°, en projet, le juge prononce la confiscation du patrimoine dont dispose une organisation criminelle. Étant donné que l'organisation criminelle n'aura généralement pas de personnalité juridique, il ne s'agira pas, d'un point de vue strictement juridique, du patrimoine de l'organisation criminelle, mais bien de celui de ses membres ou d'une personne morale dont l'organisation criminelle se sert. On peut donc se demander s'il n'y aurait pas lieu d'insérer une disposition pour régler dans ce cas ce qui peut être considéré comme le patrimoine dont dispose une organisation criminelle.

Un autre problème se pose par ailleurs à cet égard. En vertu de l'article 17 de la Constitution, la peine de la confiscation générale des biens ne peut être établie, ce qui implique qu'il doit toujours exister un lien entre l'infraction commise et les biens confisqués¹⁷⁴. Il faudra assurément en tenir compte en cas d'application aux membres de l'organisation criminelle ou aux personnes morales.

188. L'article 50, § 1^{er}, alinéa 4, en projet dispose que, lorsqu'il prononce la confiscation, le juge procède à l'évaluation monétaire des choses confisquées et prévoit qu'en cas de « non-exécution » de la confiscation, le condamné sera tenu au paiement d'une somme d'argent qui lui sera équivalente. Cette dernière règle semble devoir être limitée au cas où le condamné n'est plus en possession de la chose au moment de la confiscation ou pourrait la soustraire à la justice.

189. Selon l'article 50, § 4, en projet, tout tiers prétendant droit sur la chose confisquée peut¹⁷⁵ faire valoir ce droit dans un délai et suivant les modalités déterminés par le Roi (dans le texte néerlandais, lire « de nadere regels » au lieu de « de modaliteiten »). Cette règle peut difficilement être appliquée lorsque la confiscation présente le caractère d'une mesure de sûreté, et ne peut pas l'être non plus pour des choses qui ont été créées par l'infraction (article 50, § 1^{er}, alinéa 2, 3°, en projet). L'article 50, § 4, en projet, doit en tout cas être précisé sur ce point.

En outre, on spécifiera la nature de la procédure visée et ce qu'implique la compétence conférée au Roi de fixer les modalités du régime.

Enfin, la question se pose de savoir si le tiers ne doit pas déjà avoir la possibilité (devant être réglée dans le cadre du droit procédural pénal) d'intervenir en cours de procédure pénale (et dès lors avant que la confiscation soit prononcée) et de savoir quel est le rapport avec la possibilité (limitée à certains cas) prévue dans l'actuel article 5^{ter} du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle.

À cet égard, il convient de tenir compte de l'arrêt 65/2014¹⁷⁶ de la Cour constitutionnelle, portant ce qui suit :

« B.7.1. La Cour doit encore examiner si la mesure ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits des personnes qui sont étrangères à l'infraction.

¹⁷⁴ Avis C.E. 31.367/2 du 11 juin 2001 sur un avant-projet devenu la loi du 19 décembre 2002 'portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale', *Doc. parl.*, Chambre, 200-02, n° 50-1601/1.

¹⁷⁵ Et non « pourra ».

¹⁷⁶ C.C., 3 avril 2014, n° 65/2014.

B.7.2. Le principe fondamental de la personnalité des peines requiert qu'une peine ne soit imposée qu'à celui qui a commis l'infraction ou qui y a participé (CEDH, 29 août 1997, *A.P., M.P. et T.P. c. Suisse*, § 48).

Ce principe est enfreint lorsqu'une sanction pénale est infligée à un tiers qui ne peut pas être rendu responsable de l'infraction. Le principe de la personnalité des peines s'applique également aux peines accessoires.

B.7.3. La confiscation du véhicule qui a servi ou était destiné à commettre les infractions définies aux articles 2, 2°, 2*bis*, 2*quater* et 3 de la loi relative aux drogues n'atteint l'auteur condamné que dans la mesure où ce véhicule lui appartient.

En revanche, lorsque ce véhicule appartient à un tiers de bonne foi qui n'était pas impliqué dans l'infraction, la confiscation n'atteint pas l'auteur mais un tiers innocent, même si la confiscation est prononcée formellement à charge de l'auteur condamné.

B.7.4. L'article 4, § 6, de la loi relative aux drogues autorise le juge à prononcer la confiscation de l'instrument de l'infraction, indépendamment de la bonne foi et de l'implication dans l'infraction du tiers à qui cet instrument appartient. Dans cette mesure, cette disposition n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le principe de la personnalité des peines.

B.8.1. Dans la mesure où le tiers de bonne foi ne disposerait pas, en outre, de la possibilité d'obtenir la restitution des choses confisquées qui lui appartiennent, la confiscation constitue également une privation de propriété sans compensation et n'est pas compatible avec l'article 16 de la Constitution et avec l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

B.8.2. Le Conseil des ministres soutient que le tiers de bonne foi pourrait obtenir la restitution des choses confisquées qui lui appartiennent, même à défaut d'une mesure de restitution spécifique.

B.8.3. Le Conseil des ministres soutient plus précisément que le tiers à qui les choses appartiennent pourrait se constituer partie civile, de sorte que l'article 43*bis*, alinéa 3, du Code pénal devrait être appliqué.

Cette disposition ne s'applique toutefois qu'aux choses qui sont confisquées en vertu des articles 42, 3°, et 43*bis*, alinéa 1^{er}, du Code pénal et elle ne peut dès lors pas être appliquée aux choses qui sont confisquées en vertu de l'article 4, § 6, de la loi relative aux drogues.

B.8.4. Le Conseil des ministres soutient également que le tiers à qui les choses appartiennent pourrait, en vertu de l'article 1122 du Code judiciaire, former tierce opposition au jugement qui a prononcé la confiscation.

Cette voie de droit n'est toutefois ouverte que contre les décisions rendues par une juridiction civile et contre les décisions d'une juridiction pénale se prononçant sur des intérêts civils. La circonstance que l'exécution d'une décision prononcée par une juridiction pénale a des effets de droit civil ne suffit pas pour que s'ouvre la voie de droit visée à l'article 1122 du Code judiciaire (Cass., 25 avril 2001, Pas., 2001, n°232).

La confiscation étant une peine accessoire, l'article 1122 du Code judiciaire ne peut pas être appliqué dans le cadre de la restitution au propriétaire des choses confisquées.

B.8.5. Selon le Conseil des ministres, la restitution des biens saisis pourrait par ailleurs être obtenue en application de l'article 28*sexies* ou de l'article 61*quater* du Code d'instruction criminelle.

Ces dispositions ne sont toutefois d'application qu'au cours de l'information ou de l'instruction, selon le cas, et ne concernent que la saisie. Elles n'empêchent pas que le juge pénal puisse encore confisquer, dans le jugement portant condamnation de l'auteur, les choses qui ont été restituées aux tiers en vertu de ces dispositions.

B.8.6. Enfin, le Conseil des ministres soutient que le tiers de bonne foi qui n'était pas impliqué dans l'infraction mais qui est néanmoins confronté à la confiscation des choses qui lui appartiennent pourrait réclamer des dommages et intérêts à l'auteur, sur la base de l'article 1382 du Code civil.

Cette hypothèse requiert toutefois que le tiers de bonne foi entame une procédure distincte, alors que le tiers de bonne foi qui peut faire application de l'article 43*bis* du Code pénal peut obtenir directement la restitution de l'Etat. S'il s'est constitué partie civile, cette restitution est prononcée d'office et s'il ne s'est pas constitué partie civile, il peut faire application de la procédure prévue par l'arrêté royal précité du 9 août 1991.

B.9. En vertu de l'article 5*ter* du titre préliminaire du Code de procédure pénale, tout tiers intéressé qui peut faire valoir des droits sur les choses visées aux articles 42, 1°, 42, 3°, 43*bis*, 43*quater* ou 505 du Code pénal doit être informé de la fixation de l'audience devant la juridiction qui jugera sur le fond de l'affaire.

Cette disposition ne s'applique toutefois pas aux tiers intéressés qui peuvent faire valoir des droits sur les choses qui sont susceptibles d'être confisquées en vertu de l'article 4, § 6, de la loi relative aux drogues.

La confiscation visée à l'article 4, § 6, de la loi relative aux drogues pouvant être prononcée sans que le tiers de bonne foi à qui les choses appartiennent reçoive la possibilité de s'exprimer devant le juge pénal sur la confiscation éventuelle, cette disposition n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les droits de la défense.

B.10. L'article 4, § 6, de la loi relative aux drogues n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

B.11. La question préjudicielle appelle une réponse affirmative ».

Article 51 PCpén

190. Il apparaît au Conseil d'État que lorsqu'il inflige la peine pécuniaire visée à l'article 51 en projet, le juge doit aussi prendre en considération les capacités financières et la situation sociale de l'intéressé ou les capacités financières, le chiffre d'affaires et la taille de la personne morale concernée, par analogie avec ce qui est prévu pour l'amende (voir l'article 49 en projet).

Section 9 – Les autres peines

Article 52 PCpén

191. L'article 52, alinéa 2, en projet dispose qu'en cas de condamnation à une peine de niveau 8, la déchéance à vie des droits énoncés à l'article 52, alinéa 1^{er}, en projet est prononcée. La question se pose de savoir dans quelle mesure cette règle est admissible au regard du droit de vote actif et passif, que la Cour constitutionnelle considère comme un « droit politique

fondamental de la démocratie représentative »¹⁷⁷ ou comme des « droits fondamentaux pour la démocratie et l'État de droit »¹⁷⁸.

Dans l'arrêt *Hirst*, rendu par la Grande Chambre, la Cour européenne des droits de l'homme a requis « l'existence d'un lien discernable et suffisant entre la sanction et le comportement ainsi que la situation de la personne touchée ». La Cour prend à cet égard acte de la recommandation de la Commission dite de Venise, selon laquelle l'exclusion des droits politiques serait prononcée par un tribunal dans une décision spécifique, mais n'impose pas cette condition¹⁷⁹, ce que fera en revanche un arrêt ultérieur de la chambre¹⁸⁰.

En se référant à l'arrêt *Hirst*, la Cour constitutionnelle a décidé dans l'arrêt 187/2005 ce qui suit¹⁸¹ :

« B.5.1. Les droits d'élire et d'être élu, qui découlent notamment de l'article 3 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, doivent, en vertu de l'article 14 de cette Convention et des articles 10 et 11 de la Constitution, être garantis sans discrimination. S'il s'agit de droits fondamentaux pour la démocratie et l'État de droit, ils ne sont cependant pas absolus et ils peuvent faire l'objet de restrictions. Celles-ci ne peuvent toutefois atteindre ces droits dans leur substance même et les priver de leur effectivité; elles doivent poursuivre un but légitime et les moyens employés ne peuvent être disproportionnés (voir Cour européenne des droits de l'homme, Grande chambre, *Hirst c/Royaume-uni* (n° 2), 6 octobre 2005, et la jurisprudence citée dans cet arrêt).

B.5.2. L'article 8, alinéa 2, de la Constitution dispose :

'La Constitution et les autres lois relatives aux droits politiques, déterminent quelles sont, outre cette qualité de Belge, les conditions nécessaires pour l'exercice de ces droits'.

L'article 61 de la Constitution dispose :

'Les membres de la Chambre des représentants sont élus directement par les citoyens âgés de dix-huit ans accomplis et ne se trouvant pas dans l'un des cas d'exclusion prévus par la loi.

Chaque électeur n'a droit qu'à un vote'.

Il est renvoyé à cette disposition en ce qui concerne l'élection des sénateurs (article 67, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o et 2^o, de la Constitution).

B.5.3. En ce qui concerne l'éligibilité, l'article 64, 2^o, pour la Chambre des représentants, et l'article 69, 2^o, pour le Sénat, exigent du candidat qu'il jouisse des droits civils et politiques. Des dispositions analogues s'appliquent aux autres assemblées élues.

¹⁷⁷ C.C., 14 juillet 1990, n° 26/90, 4.B.1 ; C.C., 16 février 2012, n° 22/2012, B.4.4 ; C.C., 28 juin 2012, n° 81/2012, B.2.2 ; C.C., 10 octobre 2013, n° 134/2013, B.4.2 ; C.C., 8 mai 2014, n° 72/2014, B.5.2.

¹⁷⁸ C.C., 14 décembre 2005, n° 187/2005, B.5.1. Voir également l'avis C.E. 41.593/2 du 22 novembre 2006 sur un avant-projet devenu la loi du 14 avril 2009 'portant diverses modifications en matière électorale' *Doc. parl.*, Chambre, 2006-07, n° 51-3005/001, pp. 32-41.

¹⁷⁹ CEDH, 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni*.

¹⁸⁰ CEDH, 23 novembre 2010, *Frodl c. Autriche*.

¹⁸¹ Voir la note de bas de page 179.

B.5.4. Le législateur puise dans les dispositions précitées la compétence de déterminer quels sont les citoyens exclus du droit de participer aux élections.

B.5.5. Les questions préjudicielles n'interrogent pas la Cour sur le caractère raisonnable ou excessif des sanctions, élément qui a été pris en considération par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt Hirst précité. Elles concernent uniquement le caractère automatique des incapacités prévues par la loi, qui porterait atteinte au droit d'accès au juge et au principe *non bis in idem*.

B.5.6. La privation temporaire des droits électoraux était inspirée, dans le Code électoral du 12 avril 1894, par la volonté de priver de ces droits les citoyens dont, en raison des infractions qu'ils ont commises, il peut être présumé qu'ils ne sont pas dignes de participer aux élections. L'automatisme de la mesure a été instaurée parce que, lorsqu'elle était facultative, le juge s'abstenait généralement de la prononcer, quelle que soit la gravité du délit (*Pasin.*, 1894, p. 204).

B.5.7. En ce que la mesure porte atteinte à un droit fondamental, il convient de mettre en balance le souci d'écarter des élections les citoyens indignes et celui de ne pas priver les citoyens de manière disproportionnée d'un droit fondamental. Cette recherche d'un équilibre s'impose d'autant plus que, en droit pénal, l'accent a été mis de plus en plus sur la réinsertion du délinquant et que celle-ci implique qu'il puisse à nouveau faire partie d'une société démocratique qui suppose l'élection de ses représentants par la collectivité dans son ensemble.

(...)

B.5.11. Il découle de ce qui précède que, si l'article 7, alinéa 1^{er}, 2^o, du Code électoral continue d'être conforme à l'objectif légitime poursuivi en 1894, il a des effets disproportionnés en ce qu'il prive de plein droit de leurs droits électoraux des personnes condamnées, pendant un délai qui peut être très supérieur à celui de l'exécution de leur peine.

B.5.12. Ce caractère automatique est d'autant plus disproportionné que les conséquences d'une suspension des droits civils et politiques ont été notablement aggravées, notamment, par la disposition, inscrite aujourd'hui à l'article 112, § 2, 3^o, de l'arrêté royal portant le statut des agents de l'État et reprise dans de nombreuses dispositions – dont l'article 86, 1^o, b), du décret de la Communauté flamande qui fait l'objet des troisième, quatrième et cinquième questions préjudicielles –, selon laquelle perd d'office et sans préavis la qualité d'agent celui qui ne jouit plus de ses droits civils et politiques, fût-ce de manière temporaire.

B.5.13. L'ensemble des questions préjudicielles appelle une réponse affirmative, dans la mesure indiquée au dispositif »¹⁸².

¹⁸² Le dispositif de l'arrêt s'énonce comme suit : « L'article 7, alinéa 1^{er}, 2^o, du Code électoral viole les articles 10 et 11 de la Constitution, en tant qu'il suspend de plein droit les droits électoraux des condamnés qu'il vise ».

Après l'arrêt 187/2005, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a prononcé un nouvel arrêt¹⁸³ qui confirme certes les principes de l'arrêt Hirst, mais tout en les affinant et en les nuanciant. Les passages pertinents de l'arrêt relatifs à la proportionnalité d'une déchéance automatique du droit de vote s'énoncent comme suit :

« c) Sur la proportionnalité de l'ingérence

i. Sur la question de savoir s'il y a lieu de confirmer les principes affirmés dans l'arrêt Hirst

93. Dans ses observations, le tiers intervenant soutient que les conclusions de la Grande Chambre dans l'affaire Hirst (no 2) sont erronées et demande à la Cour de revenir sur cette jurisprudence. Il avance notamment que l'interdiction du droit de vote applicable à un groupe de personnes, tel que les détenus condamnés, est compatible avec la marge d'appréciation accordée aux Etats membres en la matière. L'interdiction litigieuse ne frappant que les auteurs d'infractions dont la gravité est de nature à entraîner une peine d'emprisonnement, elle ne saurait être qualifiée de manifestement arbitraire. A cet égard, il conviendrait de signaler que la question de la compatibilité de la législation du Royaume-Uni avec les lignes directrices établies par la Cour aurait fait récemment l'objet d'un débat au sein du Parlement (paragraphe 75-80 ci-dessus).

94. La Cour rappelle que, sans qu'elle soit formellement tenue de suivre ses arrêts antérieurs, 'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses propres précédents. Cependant, la Convention étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour doit tenir compte de l'évolution de la situation dans l'Etat défendeur et dans les Etats contractants en général et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre' (voir, parmi beaucoup d'autres, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], no 28957/95, § 74, CEDH 2002-VI ; et *Bayatyan c. Arménie* [GC], no 23459/03, § 98, CEDH 2011-..., ainsi que la jurisprudence qui s'y trouve citée).

95. Or, il n'apparaît pas que, depuis l'arrêt rendu dans l'affaire Hirst (no 2), il se serait produit, au niveau européen et dans le système de la Convention, un événement ou un changement quelconque susceptible d'accréditer la thèse selon laquelle les principes affirmés dans cette affaire devraient être réexaminés. Au contraire, l'analyse des instruments internationaux et européens pertinents (paragraphe 40-44 ci-dessus) et des éléments de droit comparé (paragraphe 45-60 ci-dessus) montre, tout au plus, une évolution dans le sens opposé, autrement dit vers une diminution des limitations au droit de vote des détenus condamnés.

96. Compte tenu de ce qui précède, la Cour réaffirme les principes dégagés par la Grande Chambre dans l'arrêt Hirst (paragraphe 85-86 ci-dessus), notamment le fait que ne se concilient pas avec l'article 3 du Protocole no 1 des interdictions générales du droit de vote qui touchent automatiquement un groupe indifférencié de personnes, sur la seule base de leur détention et indépendamment de la durée de leur peine, de la nature ou de la gravité de l'infraction commise et de leur situation personnelle (*ibid.*, § 82).

ii. Sur la question de savoir si l'interdiction du droit de vote imposée aux personnes condamnées doit être prononcée par un juge

97. La Cour observe que, dans l'arrêt rendu dans la présente affaire, la chambre a constaté une violation de l'article 3 du Protocole no 1 en soulignant l'absence de 'tout examen du juge du fond portant sur la nature et la gravité [du délit commis]'

¹⁸³ CEDH (Grande Chambre), 22 mai 2012, *Scoppola c. Italie* n° 3.

(paragraphe 62 ci-dessus). A cet égard, elle s'est fondée notamment sur les conclusions auxquelles la Cour était parvenue dans l'arrêt *Frodl*, précité.

98. Dans ce dernier arrêt, la Cour, définissant les critères à prendre en compte pour apprécier la proportionnalité d'une mesure d'interdiction aux fins de l'article 3 du Protocole no 1, a dit qu'il fallait avoir égard à l'automaticité et à la généralité d'une telle mesure, et qu'il était essentiel de rechercher si 'la décision portant sur l'interdiction [...] [avait été] prise par un juge'. Elle a aussi jugé que pareille décision devait être dûment motivée, précisant que celle-ci '[devait] expliquer les raisons pour lesquelles, compte tenu des circonstances particulières de chaque affaire, l'interdiction litigieuse se révél[ait] nécessaire' (*Frodl*, précité, §§ 34-35).

99. Ce raisonnement reflète une conception large des principes établis dans l'arrêt *Hirst*, que la Grande Chambre ne partage pas entièrement. En effet, l'arrêt *Hirst* ne mentionne pas explicitement l'intervention d'un juge parmi les éléments essentiels déterminant la proportionnalité d'une mesure d'interdiction du droit de vote. Ceux-ci se limitent à la généralité, l'automaticité et l'application indifférenciée de la mesure litigieuse, dans le sens indiqué par la Cour (paragraphe 85, 86 et 96, ci-dessus). S'il est clair que l'intervention d'un juge est en principe de nature à assurer la proportionnalité d'une restriction au droit de vote d'un détenu, une telle restriction n'est pas forcément automatique, générale et indifférenciée par cela seul qu'elle n'a pas été ordonnée par un juge. Les circonstances dans lesquelles l'interdiction du droit de vote est prononcée peuvent en effet être indiquées dans la loi, qui peut moduler l'application de la mesure en fonction d'éléments tels que la nature ou la gravité de l'infraction commise.

100. Certes, dans sa réponse à certains arguments du gouvernement britannique, la Cour a relevé que 'lorsqu'elles prononcent leur condamnation, les juridictions pénales d'Angleterre et du pays de Galles ne mentionnent nullement la privation du droit de vote' et 'qu'il n'apparaît pas, au-delà du fait qu'un tribunal a jugé approprié d'infliger une peine privative de liberté, qu'il existe un lien direct entre les actes commis par un individu et le retrait du droit de vote frappant celui-ci' (*Hirst* (no 2) [GC] précité § 77 in fine). Il s'agit toutefois de considérations d'ordre général qui ne concernaient pas la situation particulière du requérant et qui, contrairement aux arguments tirés de la généralité, de l'automaticité et de l'application indifférenciée de l'interdiction du droit de vote, ne sont pas reprises au paragraphe 82 de l'arrêt *Hirst* où sont énoncés les critères permettant d'apprécier la proportionnalité de la mesure litigieuse.

101. Par ailleurs, il ressort des éléments de droit comparé dont la Cour dispose (paragraphe 45-48 ci-dessus) qu'en matière de limitations du droit de vote des personnes condamnées, les systèmes juridiques nationaux sont très hétérogènes, notamment en ce qui concerne la possibilité que des telles limitations fassent l'objet d'une décision judiciaire. Seuls dix-neuf des Etats ayant fait l'objet de l'étude de droit comparé mentionnée ci-dessus (soit moins de la moitié d'entre eux) n'apportent aucune restriction au droit de vote des détenus condamnés. Onze des vingt-quatre Etats où ce droit connaît des restrictions plus ou moins sévères exigent une décision du juge pénal prise au cas par cas (avec, en outre, des exceptions s'agissant des peines les plus graves, comme en Grèce et au Luxembourg).

102. Ces éléments confortent le principe selon lequel chaque Etat demeure libre d'adopter sa législation en la matière selon 'l'évolution historique, la diversité culturelle et la pensée politique qu'[il lui] incombe d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie' (*Hirst* (no 2) [GC] précité, § 61). En particulier, en vue de garantir les droits énoncés par l'article 3 du Protocole no 1 (*Hirst* (no 2) [GC] précité, § 84, et *Greens et M.T.* précité, § 113), les Etats contractants peuvent décider de confier au juge le soin d'apprécier la proportionnalité d'une mesure restrictive du droit de vote des détenus

condamnés ou d'incorporer dans la loi des dispositions définissant les circonstances dans lesquelles une telle mesure trouve à s'appliquer. Dans cette seconde hypothèse, c'est le législateur lui-même qui met en balance les intérêts concurrents afin d'éviter toute interdiction générale, automatique et d'application indifférenciée. Il appartiendra ensuite à la Cour d'évaluer si, dans un cas donné, ce résultat a été atteint et si le libellé de la loi ou la décision du juge a respecté l'article 3 du Protocole n° 1.

iii. Sur le respect en l'espèce du droit garanti par l'article 3 du Protocole n° 1

103. En l'espèce, la Cour observe tout d'abord que l'interdiction définitive du droit de vote imposée au requérant n'a pas été soumise à l'appréciation du juge du fond. En effet, l'interdiction litigieuse n'a pas été mentionnée dans les arrêts concluant à la condamnation de l'intéressé (paragraphe 22 ci-dessus). Par ailleurs, elle résultait de l'interdiction d'exercer des fonctions publiques, peine accessoire prévue par l'article 29 du CP et applicable à toute personne condamnée à la réclusion à perpétuité – comme le requérant – ou à une peine d'emprisonnement non inférieure à cinq ans (paragraphe 21 et 36 ci-dessus).

104. Cependant, comme la Cour vient de le souligner (paragraphe 97-102 ci-dessus), l'application d'une interdiction du droit de vote en l'absence d'une décision judiciaire ad hoc n'emporte pas à elle seule violation de l'article 3 du Protocole no 1. Il faut en outre que, par ses modalités d'application et par le cadre juridique dans lequel elle s'inscrit, la mesure litigieuse s'avère disproportionnée par rapport aux buts légitimes poursuivis, à savoir le renforcement du sens civique et du respect de l'Etat de droit ainsi que le bon fonctionnement et le maintien de la démocratie (paragraphe 92 ci-dessus).

105. Quant au cadre juridique dans laquelle s'inscrit la mesure incriminée, il convient de noter que, dans le système italien, celle-ci s'applique aux personnes condamnées pour certaines infractions bien déterminées (par exemple, les infractions touchant les intérêts de l'administration publique – voir le paragraphe 33 ci-dessus) – quelle que soit la durée de la peine appliquée – ou à une peine privative de liberté dont la durée est supérieure à un seuil [fixé] par la loi. Dans cette dernière hypothèse, l'interdiction revêt un caractère temporaire et s'applique pour une durée de cinq ans si la peine infligée par le juge du fond n'est pas inférieure à trois ans d'emprisonnement. Elle est en revanche définitive si la peine n'est pas inférieure à cinq ans et en cas de réclusion à perpétuité (paragraphe 34 et 36 ci-dessus).

106. De l'avis de la Cour, les dispositions de la loi italienne définissant les conditions d'application de l'interdiction du droit de vote montrent que le législateur a eu soin de moduler l'emploi de cette mesure en fonction des particularités de chaque affaire, compte étant notamment tenu de la gravité de l'infraction commise et de la conduite du condamné. En effet, la mesure en question ne s'applique qu'à certaines infractions contre l'administration publique et l'administration de la justice, et à des infractions que le juge du fond a estimé devoir sanctionner par une peine très sévère après avoir tenu compte des critères précisés aux articles 132 et 133 du CP (paragraphe 37 ci-dessus) – parmi lesquels figure la situation personnelle du condamné – ainsi que des circonstances tant atténuantes qu'aggravantes. Il s'ensuit que l'interdiction ne s'applique pas à toute personne condamnée à une peine privative de liberté mais seulement à celles dont la peine est d'une durée au moins égale à trois ans. Le législateur italien a également modulé la durée de la mesure d'interdiction en fonction de la peine infligée et donc, indirectement, de la gravité de l'infraction. En effet, l'interdiction dure cinq ans pour les peines d'une durée comprise entre trois ans et moins de cinq ans et elle est définitive en cas de peine d'une durée égale ou supérieure à cinq ans.

107. En l'espèce, le requérant a été condamné pour meurtre, tentative de meurtre, mauvais traitements infligés aux membres de sa famille et port d'arme prohibé

(paragraphe 13-14 ci-dessus). Il s'agissait là de délits graves, qui ont conduit la cour d'appel de Rome à prononcer une condamnation à la réclusion à perpétuité (paragraphe 19 ci-dessus), peine qui a ensuite été ramenée à trente ans d'emprisonnement (paragraphe 32 ci-dessus).

108. Dans ces circonstances, la Cour ne saurait conclure que l'interdiction du droit de vote telle que prévue par le droit italien présente les caractères de généralité, d'automaticité et d'application indifférenciée qui, dans l'affaire Hirst (no 2), l'ont conduite à un constat de violation de l'article 3 du Protocole no 1. En effet, l'interdiction du droit de vote ne s'applique en Italie ni aux délits mineurs ni aux infractions d'une certaine gravité mais qui ne méritent pas, en raison des modalités concrètes de leur commission et de la situation personnelle du coupable, l'infliction d'une peine d'emprisonnement d'une durée au moins égale à trois ans. La Cour de cassation l'a souligné à juste titre (paragraphe 28 ci-dessus). Il s'ensuit que nombreux sont les détenus condamnés à avoir conservé la possibilité de voter aux élections législatives.

109. En outre, la Cour ne saurait minimiser la possibilité offerte par le système juridique italien au condamné frappé par une interdiction définitive du droit de vote d'obtenir le rétablissement de celui-ci. Trois ans après avoir entièrement purgé sa peine, l'intéressé peut en effet obtenir sa réhabilitation à condition d'avoir fait preuve d'une bonne conduite effective et constante, ce qui met fin à toute peine accessoire prononcée contre lui (articles 178 et 179 du CP – paragraphe 38 ci-dessus). En outre, la durée effective d'une peine de réclusion peut être réduite par l'effet de la libération anticipée prévue à l'article 54 § 1 de la loi no 354 de 1975, aux termes duquel une réduction de peine de quarante-cinq jours pour chaque semestre de peine purgée est octroyée aux détenus participant au projet de réadaptation (paragraphe 39 ci-dessus). Cette disposition permet au condamné d'introduire une demande en réhabilitation dans des délais plus courts et, le cas échéant, de recouvrer plus rapidement le droit de vote. Eu égard à ce dispositif, la Cour estime que le système italien ne souffre pas d'une rigidité excessive.

3. Conclusion

110. Au vu de ce qui précède, la Cour estime que, dans les circonstances de l'espèce, les restrictions apportées au droit de vote du requérant se concilient avec le souci de ne pas entraver 'la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif' et de maintenir 'l'intégrité et l'effectivité d'une procédure électorale visant à déterminer la volonté du peuple par l'intermédiaire du suffrage universel' (Hirst (no 2) [GC], précité, § 62). La marge d'appréciation reconnue au gouvernement défendeur dans ce domaine n'a donc pas été outrepassée.

Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 3 du Protocole no 1 ».

Il ressort de cet arrêt que la Grande Chambre de la Cour ne suit pas l'arrêt *Frodl* dans la mesure où ce dernier arrêt requiert la liberté d'appréciation spécifique d'un juge pour pouvoir imposer la déchéance du droit de vote. L'arrêt *Hirst* est nuancé en ce que l'existence obligatoire d'« un lien discernable et suffisant entre la sanction et le comportement ainsi que la situation de la personne concernée » n'est plus requise. La Cour admet qu'une déchéance automatique à vie soit liée au prononcé des peines les plus sévères et, partant, à la gravité de l'infraction¹⁸⁴. Un autre considérant attache également de l'importance au fait que l'intéressé puisse demander sous certaines conditions la réhabilitation dans son droit de vote.

¹⁸⁴ Voir les considérants 106 à 108.

Le système prévu à l'article 52 en projet paraît dès lors conforme à l'arrêt Scoppola. La déchéance automatique vaut uniquement en cas de condamnation aux peines les plus sévères (celles de niveau 8) et, partant, pour les infractions les plus graves, et le tribunal de l'application des peines est notamment habilité à diminuer la durée de la déchéance, à la suspendre ou à y mettre fin (article 52, dernier alinéa, en projet).

Compte tenu de ces éléments et de l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il semble que l'on puisse admettre, même si le Conseil d'État ne peut préjuger de la jurisprudence future de la Cour constitutionnelle, que le dispositif en projet peut également résister au contrôle de constitutionnalité : même si dans son arrêt 187/2005 la Cour constitutionnelle paraît surtout avoir des griefs à l'encontre du caractère automatique de la déchéance, il ne s'agissait pas dans cet arrêt d'une privation liée aux peines les plus sévères et la possibilité qu'un juge y apporte un tempérament était inexistante en l'espèce.

192. En ce qui concerne l'article 52, alinéa 3, en projet, on se reportera à l'observation 141.

193. Bien qu'elles reproduisent les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 34 actuel du Code pénal, les deux premières phrases de l'article 52, alinéa 5, en projet prêtent néanmoins à confusion : il n'est pas cohérent de prévoir, d'une part, que « [l]a période de déchéance (...) prend cours le jour où le condamné a subi ou prescrit sa peine » et, d'autre part, que « la déchéance produit ses effets à compter du jour où la condamnation est passée en force de chose jugée ». Les auteurs du projet vérifieront si une formulation plus précise et plus logique est possible.

À cet égard, la question se pose du reste de savoir si, même dans le cas d'une peine privative de liberté, il n'y aurait pas lieu d'opérer une différenciation en fonction de la nature du droit duquel on a été déchu. En effet, certains droits dont une personne peut être déchue sont également susceptibles d'être exercés en prison, alors que ce n'est pas le cas pour d'autres droits. En outre, il est permis de douter qu'une règle indifférenciée puisse se concilier avec le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, étant donné que pour les déchéances pour lesquelles le juge a prévu une durée égale, la déchéance durera de facto (quant à ses effets) bien plus longtemps dans le premier cas que dans le deuxième.

194. La déchéance n'étant pas nécessairement liée à une peine privative de liberté, on ne peut en tout cas plus prévoir tout simplement qu'elle prend cours le jour où le condamné a subi sa peine : les peines autres que la peine privative de liberté produiront également presque tous leurs pleins effets au cours de l'exécution de la condamnation, si bien qu'il ne se justifie plus que la déchéance ne prenne cours qu'après l'expiration ou la prescription de la peine¹⁸⁵. Une différenciation paraît également s'imposer à cet égard.

195. La règle inscrite dans la première phrase de l'article 52, alinéa 5, en projet, selon laquelle la période de déchéance prend cours le jour où la peine est prescrite, n'est pas applicable

¹⁸⁵ Comparer avec l'article 53, alinéas 2 et 3, en projet.

dans le cas où une déchéance est prononcée à titre de peine principale ¹⁸⁶ : on ne peut faire courir une peine qui est elle-même prescrite. La disposition précitée doit être adaptée sur ce point.

196. Le dernier alinéa de l'article 52 en projet contient une règle relative à l'exécution de la peine et doit dès lors être intégrée dans le futur Code de l'exécution des peines ¹⁸⁷.

Une même observation peut être formulée à l'égard des articles 53, dernier alinéa, 56, dernier alinéa, 57, dernier alinéa, et 58, dernier alinéa, en projet.

Article 53 PCpén

197. Tel qu'il est formulé, l'alinéa 1^{er} de l'article 53 en projet donne à penser que l'article a un champ d'application général, alors qu'il ressort de l'article 35 en projet, qu'il ne peut être appliqué que lorsque la loi le prévoit expressément. L'ambiguïté qui entoure la portée de l'article est encore renforcée par le fait que les deux articles suivants mentionnent à leur tour « cas prévus par la loi ». Il s'impose d'éliminer ces incohérences.

Une observation analogue peut être formulée à l'égard de l'article 57 en projet.

198.1. Quant à la signification du segment de phrase « a été de fait privé de liberté », le délégué a déclaré ce qui suit :

« Il s'agit de l'exécution de la peine 'intra muros' à l'exclusion des modalités de la peine exécutée extra muros. Donc la surveillance électronique (et les congés pénitentiaires, mais c'est marginal) ne prolongent pas la durée du délai de 5 ans ».

Afin, notamment, de se conformer au principe de légalité en matière pénale, il s'impose d'apporter cette précision dans le texte du projet.

198.2. Au demeurant, on n'aperçoit mal la valeur ajoutée des mots « de fait ». Si ces mots ne revêtent pas de signification particulière, il convient de les supprimer ; sinon, il faudra en préciser la portée, à tout le moins dans l'exposé des motifs.

Une même observation peut être formulée à l'égard des articles 57, alinéa 4, et 58, alinéa 2, en projet.

199. À l'article 53, alinéa 5, en projet, on écrira, dans le texte français, « violation » au lieu de « infraction » et, dans le texte néerlandais, « schending » au lieu de « overtreding ».

¹⁸⁶ En vertu d'une loi pénale spéciale, combinée ou non avec l'article 34, dernier alinéa, à adopter, du Code pénal ou avec l'article 37, dernier alinéa, à adopter, du Code pénal.

¹⁸⁷ On observera accessoirement que les mots « S'il y a lieu » sont superflus.

Article 54 PCpén

200. Dans le texte néerlandais de l'article 54 en projet, on écrira « aanwijst » au lieu de « aanduidt » et « aanwijzen » au lieu de « aanduiden ».

Article 55 PCpén

201. Selon l'article 55 en projet, le juge peut, dans les cas prévus par la loi, ordonner la fermeture complète ou partielle de l'établissement du condamné. La question se pose toutefois de savoir si l'on aperçoit précisément ce qu'il faut entendre par l'établissement « du condamné », en particulier en cas de personnalité juridique ou de copropriété.

Article 56 PCpén

202. Étant donné que, selon l'exposé des motifs et comme le confirme le délégué, l'exclusion de la participation aux marchés publics ou aux concessions peut non seulement être prononcée à l'égard des personnes physiques, mais aussi à l'égard des personnes morales, l'article 56, alinéa 1^{er}, en projet doit être adapté en ce sens.

203. Dans l'accord budgétaire, il est question d'un conflit potentiel entre les articles 37, 38 et 42 (et du reste également les articles 34, alinéa 8, 35 et 56) en projet, et les dispositions concernant l'exclusion de la « participation » aux marchés publics inscrite dans la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics'¹⁸⁸, qui transpose elle-même la directive 2014/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE', si bien que se pose également la question de la compatibilité avec cette directive.

Ce conflit serait en tout cas bien réel à supposer que l'article 56, alinéa 1^{er}, en projet ait une portée très générale ainsi qu'il pourrait se déduire des mots « est condamnée du chef d'un crime ou d'un délit » *in fine* de cet alinéa.

Mais même si tel n'est pas le cas, force est de constater que la peine peut toujours être infligée comme peine de niveau 1 (pour les personnes physiques) ou comme peine de niveau 2 (en cas de cumul de deux ou plusieurs peines de niveau 1) ou de niveau 1 (pour les personnes morales). La question se pose de savoir si, compte tenu du champ d'application qui reste tout de même très étendu, ce dernier point peut effectivement se concilier avec la directive 2014/24/CE¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Il devrait en être de même des dispositions similaires contenues dans la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession'.

¹⁸⁹ Voir et comparer à ce propos notamment : C.J., 19 mai 2009, C-538/07, *Assitur*; points 19-33 ; C.J. (Grande Chambre), 16 décembre 2008, *Michaniki AE*, points 37-49 ; C.J., 13 décembre 2012, C-465/11, *Forposta*, points 37-41.

Article 57 PCpén

204. À l'article 57, alinéa 3, en projet, les mots « S'il y a lieu, » sont superflus ; il est dès lors préférable de les omettre.

Section 10 – Fixation de la peine

Observation préliminaire

205. L'ordre dans lequel il doit être tenu compte des différents éléments d'appréciation pour la fixation de la peine n'est pas réglé (par exemple, d'abord les règles relatives à la récidive, ensuite celles relatives aux circonstances atténuantes). Compte tenu du principe de légalité en matière pénale, c'est également au législateur qu'il appartient de régler cet aspect.

Article 59 PCpén

206. Il ressort de l'article 59 en projet que l'on a choisi de remplacer le système existant de récidive générale (les articles 54 à 57bis et 565 actuels du Code pénal) par un système de récidive spéciale. À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« En ce qui concerne la récidive spéciale, elle existe déjà dans notre droit et l'article 59 a seulement pour objet de prévoir un cadre général pour une telle récidive: il appartiendra au législateur de justifier l'existence d'une récidive spéciale là où il estime devoir l'instituer.

Het behoort o.i. tot de bevoegdheid van de wetgever om te oordelen over de opportuniteit van het voorzien in een regime van bijzondere herhaling tussen bepaalde misdrijven. In het kader van Boek II Sw. zal worden getracht de gevallen waarin er sprake is van herhaling te koppelen aan de groepering van misdrijven in hoofdstukken ».

207. Pour qu'il puisse être question de récidive, la condamnation précédente doit être passée en force de chose jugée depuis moins de cinq ans. Ce délai de cinq ans « doit toutefois être prolongé de la durée pendant laquelle le condamné a été de fait privé de liberté ».

208. Pour ce qui est de la signification du segment de phrase « a été de fait privé de liberté », figurant à l'article 59, alinéa 1^{er}, en projet, on peut se reporter aux observations 198.1 et 198.2.

209. Si la *ratio legis* de l'article 59, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, en projet réside dans le fait qu'une personne peut moins aisément commettre des infractions *intra muros*, la question se pose de savoir si le même raisonnement ne peut pas non plus être tenu dans une certaine mesure pour la période pendant laquelle celle-ci ne se trouve pas *intra muros*, mais pendant laquelle sa liberté de mouvement est néanmoins limitée en raison d'une peine. Cette différence de traitement entre diverses catégories de personnes sanctionnées devra pouvoir être justifiée au regard du principe d'égalité. Il est souhaitable d'inscrire cette justification dans l'exposé des motifs.

210. L'alinéa 2 de l'article 59 en projet dispose que les règles établies pour la récidive sont également appliquées « en cas de condamnation antérieure prononcée dans un autre État membre de l'Union européenne prise en compte conformément à l'article 71 ». Dès lors qu'il ressort de l'article 71 du projet que les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un autre État membre de l'Union européenne, sauf en ce qui concerne le concours, sont assimilées à des condamnations prononcées par les juridictions pénales belges et qu'elles produisent les mêmes effets juridiques, cette disposition paraît superflue.

Quant à la signification, à l'alinéa 1^{er} de l'article 59 en projet, des mots « [d]ans les cas prévus par la loi » dans l'hypothèse où la condamnation n'a pas été prononcée en Belgique, le délégué a apporté les précisions suivantes :

« [Récidive 'dans les cas prévus par la loi'] signifie seulement qu'il s'agit d'une récidive spéciale qui donc doit être instituée par la loi (notamment dans le livre II aux endroits où le législateur estime qu'il y a lieu de prévoir une récidive spéciale) en prévoyant dans ce cas une aggravation de peine.

Het komt aan de feitenrechter toe, onder controle van het Hof van Cassatie, of de eerdere veroordeling in het buitenland voldoet aan de door de wet gestelde vereisten om van herhaling te kunnen spreken ».

Il convient d'apporter ces précisions dans l'exposé des motifs.

Article 61 PCpén

211. L'article 61 en projet règle le concours constitué de plusieurs faits. Il ressort d'une comparaison avec l'article 65, alinéa 1^{er}, actuel, du Code pénal que le régime de l'infraction continuée ou collective (« différentes infractions [qui] constituent la manifestation successive et continue de la même intention délictueuse ») est en effet abrogé, si bien que seul subsiste le concours constitué de plusieurs faits. Par ailleurs, la condition relative à l'unité d'intention ne s'applique plus.

Le concours constitué de plusieurs faits est défini en ces termes :

« Il y a concours de plusieurs faits lorsqu'une personne est reconnue coupable de plusieurs infractions résultant chacune d'un fait différent et qui ont été commises à un moment où aucun des autres faits n'avait fait l'objet d'une condamnation définitive ».

La désignation « condamnation définitive » vise sans doute une décision passée en force de chose jugée. Mieux vaudrait le prévoir explicitement ¹⁹⁰.

À l'article 61, § 1^{er}, on n'aperçoit pas clairement la portée des mots « des autres faits ». Sans doute faut-il entendre par là que pour juger un concours d'infractions, il ne peut être tenu compte de faits pour lesquels une condamnation « définitive » avait déjà été prononcée au moment où ils ont été commis. Il s'impose toutefois de mieux exprimer quelle est précisément l'intention.

¹⁹⁰ Comparer par exemple avec l'article 59, alinéa 1^{er}, en projet.

La question se pose toutefois de savoir si l'existence ou non d'une telle condamnation constitue dans tous les cas un critère pertinent pour justifier une différence de traitement. Les personnes qui, pour le reste, se trouvent dans la même situation (celles qui, par exemple, ont adopté ensemble les différents comportements punissables, alors qu'entre-temps l'une de ces personnes a déjà été condamnée pour un seul fait, tandis que l'autre n'a pas encore été condamnée pour les faits), peuvent donc être confrontées à un autre niveau de peine¹⁹¹. Cette distinction devra pouvoir être justifiée eu égard au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination.

212. Au troisième paragraphe de l'article en projet, une distinction est opérée entre le jugement simultané et le jugement non simultané. Dans ce dernier cas, le juge intervenant en dernier lieu tient compte de la première peine prononcée¹⁹², la peine qu'il inflige ne peut excéder la peine la plus forte dans le niveau de peine « actuel » et la peine prononcée en premier et la peine prononcée ultérieurement ne peuvent dépasser ensemble le plafond fixé dans l'hypothèse du jugement simultané (la peine principale du niveau de peine le plus élevé ou éventuellement même la peine principale du niveau directement supérieur).

212.1. À ce propos, il a été demandé au délégué comment est fixé ce plafond pour des peines de nature différente. Il a répondu en ces termes :

« Voor de eendaadse samenloop is er geen enkel probleem. Er kan hier immers geen sprake zijn van niet-gelijktijdige berechting. In de nieuwe definitie van eendaadse samenloop gaat het immers steeds om één feit. Een niet-gelijktijdige berechting zou neerkomen op een schending van het *ne bis in idem*-principe. Bij eendaadse samenloop rijzen er dus geen problemen, want steeds zal het zwaarste strafniveau kunnen worden achterhaald. Welke straf dan concreet binnen dat strafniveau wordt gekozen, doet er niet toe.

[Het vraagpunt] rijst enkel bij de meerdaadse samenloop en meer bepaald in de hypothese van niet-gelijktijdige berechting.

In geval van straffen van verschillende natuur, wordt de bovengrens in belangrijke mate bepaald door de relatieve zwaarte van de straf.

Indien de rechter bij gelijktijdige berechting voor een hogere gevangenisstraf/opsluiting had kunnen kiezen, is de lagere gevangenisstraf/opsluiting in combinatie met een straf van een andere natuur per definitie een straf die beneden de bovengrens blijft aangezien de 'alternatieve straf' minder zwaar is dan de gevangenisstraf, ook indien de maximale alternatieve straf wordt opgelegd.

Indien de rechter bij de eerste berechting reeds de maximale straf heeft opgelegd die hij had kunnen opleggen bij gelijktijdige berechting, kan er geen nieuwe hoofdstraf worden opgelegd, maar kunnen enkel nog de bijkomende straffen worden gecumuleerd.

¹⁹¹ En cas de jugement simultané de faits pour lesquels le niveau 5 constitue le niveau de peine le plus élevé, la peine principale (jusqu'à quinze ans d'emprisonnement) peut être portée à la peine principale de niveau 6 (jusqu'à vingt ans d'emprisonnement). En cas de jugement non simultané, le prévenu risque la peine principale la plus sévère dans le niveau 5 pour les faits pour lesquels il n'a pas encore été condamné ; si le premier fait pour lequel il avait déjà été condamné correspond au niveau de peine 2, il pouvait se voir infliger à ce titre une peine allant jusqu'à trois ans d'emprisonnement.

¹⁹² Compte tenu de l'article 71 en projet, il ne peut s'agir en cas de concours d'une condamnation prononcée à l'étranger.

Indien de rechter bij de eerste berechting reeds een 'alternatieve' straf had opgelegd en hij later een vrijheidsberovende straf wil opleggen, zal hij de impact van deze alternatieve straf op het quantum van de vrijheidsberovende straf *in concreto* moeten beoordelen. De rechter zal in ieder geval niet de maximale vrijheidsberovende straf kunnen opleggen ».

On n'aperçoit pas clairement comment le juge pénal doit déterminer l'incidence d'une peine alternative sur le degré de la peine privative de liberté. Compte tenu du principe de légalité en matière pénale, il y a lieu de le préciser dans le projet.

212.2. Au demeurant, il ressort également des exemples parfois peu clairs ou incorrects cités dans l'exposé des motifs que la comparaison est loin d'être aisée.

212.2.1. Le premier exemple s'énonce comme suit :

« Lorsqu'il s'agit du jugement simultané d'une situation de concours d'infractions de niveau 2, la peine d'emprisonnement maximale de 5 ans pourra être prononcée (peine d'emprisonnement de niveau 2 : 1-3 ans + 1 niveau supérieur). Imaginons qu'il s'agisse d'un jugement non simultané et que le premier juge prononce une peine de travail de 300 heures, le juge intervenant en dernier lieu peut encore toujours prononcer une peine d'emprisonnement de 3 ans (soit la limite du niveau de peine actuel). Si le premier juge a prononcé une peine d'emprisonnement de 3 ans, le juge intervenant en dernier lieu pourra par exemple encore prononcer une peine de travail maximale ou une peine d'emprisonnement de 3 ans ».

Dans ce cas, la peine maximale dans le niveau de peine est une peine d'emprisonnement de 3 ans et la limite supérieure en cas de jugement simultané est une peine d'emprisonnement de 5 ans.

Le délégué a apporté la précision suivante :

« In het eerste voorbeeld lijkt er o.i. inderdaad een fout te zijn geslopen. (...) O.i. moet hier *in fine* sprake zijn van een gevangenisstraf van maximum 2 jaar (aangezien het maximum bij gelijktijdige berechting 5 jaar gevangenisstraf was geweest en de eerste rechter reeds een gevangenisstraf van 3 jaar heeft opgelegd) ».

212.2.2. Le deuxième exemple s'énonce comme suit :

« Lorsqu'il s'agit du jugement simultané d'une situation de concours de délits de niveau 4, une peine d'emprisonnement maximale de 15 ans pourra être prononcée (peine d'emprisonnement de niveau 4 : 5-10 ans + 1 niveau supérieur). Imaginons qu'il s'agisse d'un jugement non simultané et que le premier juge prononce une peine d'emprisonnement de 10 ans, le juge intervenant en dernier lieu peut alors par exemple encore toujours prononcer une peine d'emprisonnement de 5 ans ou une peine de travail de 300 heures (en tenant compte en effet d'une double limite supérieure : la limite du niveau de peine actuel et le résultat final ne peuvent être supérieurs à ce qui serait prononcé dans l'hypothèse d'un jugement simultané) ».

Sur la base de ces éléments, la peine maximale dans le niveau de peine est une peine d'emprisonnement de 10 ans et la limite supérieure en cas de jugement simultané est une peine d'emprisonnement de 15 ans.

Il paraît se déduire de cet exemple qu'outre une peine d'emprisonnement, une peine de travail pourrait être prononcée pour un concours de deux délits de niveau 4. Les peines de niveau 4 ne font toutefois pas mention de la peine de travail ; or, il ressort de l'article 34, alinéa 4, en projet qu'en cas d'admission de circonstances atténuantes, la peine d'emprisonnement (plus de dix ans à quinze ans au plus) est remplacée par une peine d'emprisonnement de plus de trois ans à dix ans au plus ou par une des peines de niveau 2 (notamment une peine de travail de 120 à 300 heures). Dès lors, il doit y avoir des circonstances atténuantes pour que, dans cette hypothèse, le juge pénal puisse prononcer une peine de travail.

En réponse à l'observation selon laquelle le deuxième exemple, ne serait pas non plus correct, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De opmerking klopt in die zin dat een werkstraf niet kan worden opgelegd binnen niveau 4. Niettemin kan voor deze casus de werkstraf wél worden overwogen wanneer de tweede rechter verzachtende omstandigheden aanneemt. Hetzelfde geldt t.a.v. de straf onder elektronisch toezicht en de probatiestraf ».

L'exemple devra donc faire mention de circonstances atténuantes. Par ailleurs, elles doivent nécessairement pouvoir être invoquées en cas de jugement simultané de l'ensemble des faits, de sorte que la peine de niveau 5 doit être remplacée par une peine d'emprisonnement de plus de trois ans à dix ans au plus ou par une des peines de niveau 2 (article 34, alinéa 3, en projet).

Dans ce cas, la peine maximale dans le niveau de peine est une peine d'emprisonnement de 10 ans et donc la limite supérieure en cas de jugement simultané est une peine d'emprisonnement non pas de 15 ans, mais de 10 ans (consécutivement à l'admission des circonstances atténuantes).

Compte tenu de ce qui précède, une peine d'emprisonnement de dix ans (premier juge) et une peine d'emprisonnement de cinq ans ou une peine de travail de 300 heures (deuxième juge) dépassent la limite supérieure qui s'applique en cas de jugement simultané, à savoir dix ans.

212.2.3. Le quatrième exemple s'énonce comme suit :

« Lorsqu'il s'agit d'une situation de concours portant sur un délit de niveau 6, il est important de rappeler la règle que le juge pénal devra tenir compte de la première peine prononcée. Lorsque le juge intervenant en premier lieu prononce la peine d'emprisonnement maximale de 20 ans et qu'il s'agit d'un jugement non simultané, seules des peines accessoires pourront y être ajoutées. Un problème pourrait se poser lorsque le juge intervenant en premier lieu prononce une peine d'emprisonnement correctionnel se situant juste en dessous de la limite des 20 ans et que le juge intervenant en dernier lieu choisit une peine d'une autre nature. Il découle toutefois du principe suivant lequel il doit 'tenir compte de la peine prononcée en premier lieu' qu'une peine de travail maximale ne peut plus être prononcée ».

Sur la base de ces éléments, la peine maximale dans le niveau de peine est une peine d'emprisonnement de 20 ans et la limite supérieure en cas de jugement simultané est également une peine d'emprisonnement de 20 ans.

Il est mentionné dans cet exemple qu'une peine de travail maximale ne peut plus être prononcée, mais il n'est pas précisé quelle peine de travail (120 heures, 150 heures, 200 heures, ...) serait en revanche encore possible ¹⁹³.

Les exemples précédents illustrent qu'il est indispensable de disposer d'un critère de comparaison des peines qu'il revient dès lors au législateur de fixer.

213. Il est suggéré de rédiger la première phrase de l'article 61, § 2, en projet comme suit :

« Si le juge estime que les infractions constituant le concours doivent être punies d'une peine de niveau 7 ou 8, le taux de la peine est celui de l'infraction la plus grave ».

214. À l'article 61, § 3, alinéa 2, troisième phrase, en projet, mieux vaudrait écrire « La peine prononcée en premier et la peine prononcée ultérieurement ne peuvent dépasser » au lieu de « En aucun cas, l'ensemble de la première peine prononcée et de la peine prononcée après ne peut dépasser ».

215. L'article 61, § 4, en projet concerne la compétence du tribunal de l'application des peines. Cette disposition sera dès lors intégrée dans la réglementation relative à l'exécution des peines qui est annoncée à l'article 5, troisième tiret, du projet.

Section 11 – Le sursis à l'exécution des peines

Article 62 PCpén

216. L'article 62 en projet règle le prononcé des peines avec sursis, à savoir dans quels cas (§ 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2) et pour quelle durée (§ 1^{er}, alinéa 3) un sursis peut être accordé. Il fixe également les modalités du sursis probatoire et notamment les conditions dont il doit être assorti (§§ 1^{er}, alinéa 4, et 2) ¹⁹⁴. Enfin, il détermine les cas dans lesquels le sursis simple « est » révoqué (§ 4, alinéa 1^{er}) et dans quels cas le sursis probatoire « peut être » révoqué (§ 4, alinéa 2), ainsi qu'un certain nombre d'aspects de procédure (§ 4, alinéa 3 : le tribunal de l'application des peines statue sur la demande en révocation introduite par le ministère public ; le délai dans lequel celui-ci doit introduire la demande en révocation ainsi que le délai de prescription de la demande sont fixés). Ces dispositions auraient plutôt leur place dans la réglementation relative à l'exécution des peines qui est annoncée à l'article 5, troisième tiret, du projet.

¹⁹³ Pour que, dans l'exemple donné, le juge pénal intervenant en dernier lieu puisse prononcer une peine de travail, il faut soit qu'il y ait des circonstances atténuantes, soit qu'il y ait un concours avec une infraction de niveau 1 ou 2.

¹⁹⁴ Au lieu d'obliger le juge d'assortir le sursis probatoire des conditions mentionnées à l'article 62, § 2, alinéa 2, en projet – ce qui requiert l'intervention du juge, de sorte que ces conditions ne sont applicables que si elles sont effectivement inscrites dans le jugement – il est recommandé que la loi impose ces conditions obligatoires. Dans ce cas, il y a lieu de faire mention à l'article 62, § 2, en projet, d'une part, des conditions obligatoires dont est assorti tout sursis probatoire et, d'autre part, des conditions facultatives dont il peut être assorti par le juge. La disposition selon laquelle le prévenu doit s'engager à respecter les conditions liées au sursis probatoire, porte alors sur toutes les conditions.

217. Ainsi qu'il ressort de l'article 62, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, il ne peut être sursis à l'exécution de la peine de confiscation, de la peine de probation et de la peine de travail. En ce qui concerne la peine de travail, ce n'est pas évident, ainsi qu'il a déjà été observé dans l'avis 57.792/1/V du 2 septembre 2015 :

« À la suite de la modification visée par l'article 56 du projet, la 'peine de surveillance électronique' et la 'peine de travail', notamment, sont exclues du sursis de l'exécution de la peine. Si la justification pour la probation peut se comprendre, il en va autrement des peines précitées.

Interrogé au sujet de la justification de cette différence de traitement, le délégué a répondu, à propos de la peine de surveillance électronique, ce qui suit :

'Quant à la différence de traitement entre les peines d'emprisonnement et de surveillance électronique, cette dernière étant de lege ferenda exclue du bénéfice du sursis, cf. Exposé des motifs (pg 41) : 'Quant à la surveillance électronique, comment l'appliquer et, surtout, quel sens a-t-elle si le sursis dont elle serait assortie est révoqué par l'effet d'une condamnation ultérieure à une lourde peine d'emprisonnement ferme?'

La réponse du délégué ne justifie pas de manière suffisante cette différence de traitement. La révocation ne sera pas nécessairement la conséquence d'une nouvelle lourde condamnation à une peine d'emprisonnement (voir l'article 14 de la loi du 29 juin 1964 'concernant la suspension, le sursis et la probation'). Il est en effet possible d'être à nouveau condamné à une peine de surveillance électronique. La question se pose en outre de savoir si le cumul d'une peine d'emprisonnement avec une peine de surveillance électronique ou une peine de travail pose réellement problème. En vertu de l'article 16 de la loi du 29 juin 1964 précitée, les peines qui deviennent exécutoires à la suite de la révocation du sursis à l'exécution des peines, sont cumulées sans limite avec celles du chef de la nouvelle infraction. Il apparaît au Conseil d'État qu'il ne doit pas être impossible de purger d'abord une peine d'emprisonnement et de subir ensuite une peine de surveillance électronique ou une peine de travail. Eu égard à ce qui précède, il y a lieu d'examiner s'il existe des motifs précis et plus pertinents susceptibles [de] justifier une différence de traitement en matière de sursis de la peine, selon qu'il s'agit, d'une part, d'une peine d'emprisonnement et, d'autre part, d'une peine de surveillance électronique ou d'une peine de travail. Le cas échéant, il est recommandé de mentionner cette justification dans l'exposé des motifs »¹⁹⁵.

218. Il se déduit de l'article 62, § 4, alinéa 1^{er}, premier tiret (lire : 1°), en projet que le sursis simple est révoqué si le condamné commet une nouvelle infraction ayant entraîné un emprisonnement principal sans sursis d'un an au moins (ou une peine équivalente prononcée dans un autre État membre de l'Union européenne). Invité à fournir des explications quant à la limite d'un an, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Simplement parce qu'en principe, le juge ne devrait plus prononcer de peine d'emprisonnement principal de moins d'un an. La sanction du dépassement du délai raisonnable relève d'une règle de procédure qui sera revue dans le cadre de la réforme de la procédure pénale.

¹⁹⁵ Avis C.E.57.792/1/V du 23 septembre 2015 sur un avant-projet devenu la loi du 5 février 2016 'modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice', observation 49, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-16, n° 1418/001, pp. 289-290.

Het komt o.i., binnen de nieuwe systematiek van het Strafwetboek, echter logisch voor dat wanneer men beneden de minimumstraf kan gaan door overschrijding van de redelijke termijn men naar een straf van een lager niveau kan gaan. Voor niveau 1 zou dan het bestaande principe kunnen gelden van het opleggen van een straf beneden het quantum dat binnen dit niveau is voorzien. Binnen dergelijke benadering wordt het opleggen van een gevangenisstraf beneden 1 jaar als hoofdstraf ook onmogelijk ».

Le fait qu'en Belgique une peine d'emprisonnement de moins d'un an ne puisse plus être prononcée n'empêche pas que pareilles condamnations soient toujours possibles dans certains autres États membres de l'Union européenne. La question se pose de savoir si les auteurs du projet en ont tenu compte.

219. L'article 62, § 4, alinéa 2, en projet dispose que le sursis probatoire peut être révoqué en cas d'inobservation « grave » des conditions de probation, ce qui paraît également se rapporter aux conditions obligatoires (par exemple la condition de « ne pas commettre d'infractions »). Eu égard au principe de légalité en matière pénale, le législateur devra préciser ce qu'il y a lieu de considérer comme une inobservation grave des conditions de probation.

Chapitre 5 – Dispositions civiles

Article 63 PCpén

220. Selon l'article 63 en projet, sauf dispositions légales contraires, nul ne peut être tenu civilement responsable du paiement d'une peine pécuniaire à laquelle une autre personne est condamnée. Il est précisé dans l'exposé des motifs, qui se réfère à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹⁶, que cette figure juridique est contraire aux principes du caractère personnel de la peine et de la présomption d'innocence. La question se pose alors de savoir pourquoi des « dispositions légales contraires » peuvent encore être envisagées¹⁹⁷.

Article 64 PCpén

221. Bien que les alinéas 1^{er} et 3 de l'article 64 en projet empruntent intégralement (alinéa 1^{er}) ou partiellement (alinéa 3) des dispositions existantes du Code pénal, il est néanmoins recommandé de préciser la portée de ces dispositions dans l'exposé des motifs.

222. À l'article 64, alinéa 1^{er}, en projet, il y a une discordance entre le texte français et le texte néerlandais, le mot « toujours », figurant dans le texte français, n'ayant pas d'équivalent dans le texte néerlandais. Cette discordance doit être éliminée.

¹⁹⁶ Il est fait référence à CEDH, 29 août 1997, *A.P., M.P. et T.P. c. la Suisse* et CEDH, 29 août 1997, *E.L., R.L. et J.O.-L. c. la Suisse*. Voir également : C.C., 20 février 2002, n° 38/2002, B.7.2 à B.7.5 ; C.C., 26 juin 2002, n° 108/2002, B.7.2 à B.7.5 ; C.C., 15 octobre 2002, n° 147/2002, B.17.2 à B.17.5 ; C.C., 28 mars 2013, n° 47/2013, B.4.1 à B.4.3 ; C.C., 3 avril 2014, n° 65/2014, B.7.2 à B.7.4. Comp. toutefois C.C., 28 mai 2015, n° 76/2015, B.4 à B.11.

¹⁹⁷ L'exposé des motifs (qui au demeurant mentionne erronément l'article 64) indique que, pour cette raison, il « ne peut être souscrit, même dans des cas exceptionnels » à la figure juridique de la responsabilité civile pour le paiement des peines pécuniaires.

223. On vérifiera s'il ne serait pas préférable d'inscrire l'alinéa 4 de l'article 64 en projet dans l'article 50 en projet.

224. Mieux vaudrait insérer la définition donnée à l'alinéa 5 de l'article 64 en projet au début de cet article, immédiatement à la suite de la règle énonçant que le juge ordonne la restitution.

225. Le dernier alinéa de l'article 64 en projet concerne la confiscation à titre de mesure de sûreté et doit figurer dans une subdivision (qui doit encore être créée) concernant ces mesures.

Article 65 PCpén

226. L'article 65, alinéa 3, en projet, qui concerne les frais de justice, aurait plutôt sa place dans le Code de procédure pénale.

On observera, à titre subsidiaire, qu'il y aurait lieu de fixer des critères que le juge doit appliquer dans sa décision d'exempter tous les condamnés ou certains d'entre eux de la solidarité en matière de frais de justice.

Article 66 PCpén

227. Le régime de priorité prévu à l'article 66 en projet ne fixe pas explicitement les règles de priorité entre la restitution et les dommages-intérêts, d'une part, et les frais de justice, d'autre part. Par souci de sécurité juridique, il convient d'y remédier, surtout compte tenu de l'insécurité qui semble exister à cet égard ¹⁹⁸.

Article 67 PCpén

228. La question se pose de savoir comment s'articulent l'article 67 en projet et l'article 727 du Code civil ¹⁹⁹ et pourquoi la sanction, en tant que sanction civile, n'est pas intégralement réglée dans ce code. Il serait judicieux d'apporter quelques précisions sur ce point, à tout le moins dans l'exposé des motifs.

¹⁹⁸ Selon A. DE NAUW et F. DERUYCK (o.c., 212), ce sont la restitution ou les dommages-intérêts qui ont la priorité, selon L. DUPONT et R. VERSTRAETEN (o.c., pp. 855-856, n° 1598), ce sont les frais de justice.

¹⁹⁹ L'article 70, alinéa 2, en projet, qui s'inscrit dans le prolongement de l'article 67, en projet, fait référence à la levée de l'indignité successorale par le pardon accordé par la victime « conformément à l'article 728 du Code civil ».

Chapitre 6 – Extinction des peines et des condamnations civiles

Intitulé

229. Dès lors que le chapitre 6 en projet porte également sur la prescription des peines et des condamnations civiles, on ajoutera les mots « et prescription » après le mot « Extinction » dans l'intitulé de ce chapitre.

Article 69 PCpén

230. Par souci de clarté, il est recommandé de faire référence aux articles du Code pénal qui sanctionnent pénalement les crimes visés à l'article 69, alinéa 1^{er}, en projet ²⁰⁰.

Article 70 PCpén

231. À l'article 70, alinéa 1^{er}, en projet, on écrira « seront passées en force de chose jugée » au lieu de « seront devenues irrévocables ».

Chapitre 7 – Dispositions diverses

Observation préliminaire

232. Les articles 71 et 72 en projet sont des dispositions générales qui trouveraient mieux leur place dans le chapitre 1^{er} du Livre 1^{er}, en projet, du Code pénal.

Article 71 PCpén

233. L'article 71 en projet dispose qu'excepté en cas de concours, les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un autre État membre de l'Union européenne sont prises en compte « dans les mêmes conditions que les condamnations prononcées par les juridictions pénales belges » et elles produisent les mêmes effets juridiques que ces dernières condamnations. Cette règle générale nécessite des éclaircissements. La question se pose ainsi par exemple de savoir comment cette règle sera appliquée si une condamnation antérieure emporte une aggravation de la peine et si les peines infligées à l'étranger diffèrent de celles infligées en Belgique.

234. Selon l'alinéa 2 de l'article 71 en projet, l'alinéa 1^{er} de cet article n'est pas d'application au concours. Force est de se demander si cette exception, compte tenu du dispositif de la décision-cadre 2008/675/JAI du Conseil du 24 juillet 2008 'relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale', peut être maintenue dès lors que l'exception était liée à l'article 65,

²⁰⁰ Il paraît s'agir actuellement des infractions visées au titre Ibis du Livre 2 du Code pénal.

alinéa 2, actuel, du Code pénal, qui, toutefois, en raison de l'abandon de la notion d'« unité d'intention » n'apparaît plus dans le Livre 1^{er}, en projet, du Code pénal.

Article 72 PCpén

235. Dans l'intitulé de l'article 72 en projet, on écrira « du présent Livre » au lieu de « du Livre premier du présent Code », et dans le texte de l'article en projet, en remplacera le mot « code » par le mot « Livre ».

CHAPITRE 3 – MODIFICATION DU CODE PÉNAL MILITAIRE

ARTICLE 3

236. Il est superflu d'écrire à l'alinéa 2 de l'article 14^{quinq}, en projet, du Code pénal militaire que le Livre 1^{er} (et non : I^{er}) du Code pénal est applicable aux personnes qui y sont visées, dès lors que cette application peut déjà se déduire de l'article 71, en projet, du Livre 1^{er} du Code pénal (et de l'article 58 du Code pénal militaire).

Il convient dès lors d'omettre cet alinéa.

CHAPITRE 4 – DISPOSITIONS ABROGATOIRES

ARTICLE 4

237. Il est renvoyé en premier lieu à l'observation 16.

238. L'article 4 du projet, qui pourrait commencer par les mots « Sont abrogés : », sera structuré comme suit :

« Sont abrogés :

1° dans le Code pénal :

a) l'article ... ;

b) l'article ... ;

c) l'article ... ;

d) l'article ... ;

2° dans le Code d'instruction criminelle :

a) l'article ... ;

b) l'article ... ;

3° la loi du ... ;

, etc. »²⁰¹.

239. Interrogé sur les effets du nouveau Livre 1^{er} du Code pénal sur les centimes additionnels, le délégué a déclaré ce qui suit :

« In Boek II Sw. zullen de bijkomende straffen – tenzij de invulling al voor zich spreekt in Boek I Sw. – per misdrijf verder worden verijnd, uiteraard ook wat het maximum betreft. De opdecimen – die dan zouden moeten gelden voor de geldboeten – zouden in de eerste fase van de inwerkingtreding niet toepasselijk zijn, daar het de intentie is van de wetgever om de opdecimen op 0 te zetten. Bij de bepaling van de bedragen werd hiermee rekening gehouden. Dit neemt niet weg dat na verloop van tijd de bedragen kunnen worden aangepast aan nieuw te bepalen opdecimen ».

Il conviendra dès lors d'adapter la loi du 5 mars 1952 'relative aux décimes additionnels sur les amendes pénales'.

CHAPITRE 5 – ENTRÉE EN VIGUEUR

ARTICLE 5

240. L'entrée en vigueur de la loi à adopter est réglée d'une manière incertaine du point de vue de la sécurité juridique, voire même inadéquate. Outre le fait que l'on ne peut laisser au citoyen le soin de rechercher lui-même la date d'entrée en vigueur d'une autre loi à laquelle est liée l'entrée en vigueur de la loi à adopter, il est pratiquement exclu qu'une seule loi permettra de régler toutes les matières énumérées à l'article 5 du projet. Si tel n'est pas le cas et si, dès lors, ces matières sont réglées dans des lois distinctes, il devient impossible de fixer la date d'entrée en vigueur de la loi à adopter dans l'hypothèse où ces lois fixeraient des dates d'entrée en vigueur différentes.

L'article 5 doit donc être fondamentalement revu. Compte tenu de la corrélation entre le projet à l'examen et les projets concernant les matières énumérées à l'article 5, sans doute vaudrait-il mieux laisser au Roi le soin de fixer une date d'entrée en vigueur, l'intervention de ce dernier pouvant être assortie d'un délai qui commence à courir à la date de publication des dernières lois à adopter visées à l'article 5 du projet. On pourrait prévoir à cet égard un dispositif de sécurité impliquant qu'en tout cas, la loi dont l'adoption est envisagée entrera en vigueur à l'expiration de ce délai.

On observera par ailleurs que pour fixer l'entrée en vigueur, il faut tenir compte du fait que les communautés et les régions doivent disposer du temps nécessaire pour vérifier si, en vertu des compétences pénales que leur attribue l'article 11, alinéas 1^{er} et 2, de la loi spéciale du 8 août 1980, les nouvelles règles générales inscrites dans le nouveau Livre 1^{er} du Code pénal requièrent que les dispositions pénales contenues dans les décrets ou ordonnances soient

²⁰¹ On mentionnera chaque fois l'historique des dispositions qui seront abrogées.

adaptées. Un délai trop court entraverait de manière disproportionnée l'exercice de cette compétence et n'est dès lors pas admissible.

241. À l'article 5, deuxième tiret (lire : 2°), on écrira dans le texte français « Livre 1^{er} » au lieu de « Livre premier » et, dans le texte néerlandais, « Boek 1 » au lieu de « het Boek I ».

OBSERVATION FINALE

242. Le projet mériterait d'être réexaminé tant du point de vue de la technique législative que du point de vue de la correction de la langue. On peut ainsi relever les points suivants :

- les énumérations doivent être indiquées par les mentions « 1° », « 2° », « 3° », etc., et lorsqu'il s'agit d'une énumération dans une énumération par les mentions « a) », « b) », « c) », etc. ;

- la lisibilité des articles 34, 37 et 52 en projet y gagnerait s'ils étaient divisés en paragraphes ;

- sur un certain nombre de points, il faudra veiller à davantage d'uniformité terminologique. Outre les cas déjà mentionnés, les termes « puni » et « sanctionné » sont employés indifféremment dans l'ensemble du projet ;

- d'autres points du projet peuvent encore être améliorés du point de vue rédactionnel ²⁰².

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT

²⁰² Voir par exemple les articles 1^{er}, alinéa 4 (texte français : « à leur auteur »), 6, alinéa 1^{er} (texte néerlandais : « Opdat er sprake zou zijn »), 13, alinéa 2 (texte néerlandais : « Er is geen aanleiding tot ») 34 (erreurs typographiques), 37, alinéa 1^{er} (texte néerlandais : « zes » au lieu de « six »), 45, § 3, alinéa 2 (texte français : « les quinze jours » au lieu de « le quinze jours »), 61, § 2, première phrase (texte néerlandais : « is tussengekomen »), 61, § 3, alinéa 2, (texte français : « la peine prononcée après »), en projet, et l'article 4, 1°, a), du projet (texte néerlandais).