

## LE DROIT PÉNAL ET LA DÉFENSE SOCIALE EN BELGIQUE À L'AUBE DU XX<sup>e</sup> SIÈCLE

Françoise Tulkens \*

### Introduction

Notre contribution poursuit un *objectif* précis: introduire, mais introduire au sens étymologique du terme, c'est-à-dire *intro-ducere*, conduire dans, conduire vers l'histoire du droit pénal de ce XX<sup>e</sup> siècle qui s'achève.

Cette démarche est sous-tendue par une double *hypothèse* que nous soumettons, bien sûr, à la critique et à la contradiction. La première porte, de manière générale, sur l'histoire du droit pénal. La seconde concerne, de manière plus ponctuelle, la vie et la mort, au cours de ce XX<sup>e</sup> siècle, de l'État-providence, de l'idéal de réhabilitation et du modèle protectionnel.

L'histoire pénale nous semble, en effet, contenir de nombreuses 'boîtes noires', des périodes et des moments auxquels il est sans cesse fait référence, dont nous savons qu'ils ont été déterminants pour la navigation du vaisseau pénal, qui marque son parcours mais qui, paradoxalement, ne sont jamais vraiment ouvertes. Ainsi, par exemple, le droit pénal de l'ancien régime nous paraît certainement avoir connu ce sort. Il a été entièrement accaparé ou, plus exactement, 'reconstruit' dans le discours scientifique pour fonder la contestation légaliste et humanitaire qui, à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, a redistribué en Europe 'toute l'économie du châtiement'<sup>1</sup> et a conduit à l'avènement du Code pénal français de 1791 qui marque la naissance du droit pénal moderne. L'étude des codes pénaux absolutistes en Russie (1767), en Toscane (1786), en Autriche (1787) ou en Lombardie (1791) montre, avec plus de nuances, la mise en place d'un nouveau projet d'organisation scientifique de la rationalité juridique, qui trouve son inspiration au sein de l'école du droit naturel et notamment, au XVII<sup>e</sup> siècle déjà, dans l'œuvre de J. DOMAT.<sup>2</sup> Pareille relecture de la pensée classique permet de resituer, dans leur ordre naturel, certaines questions fondamentales du pénal telles que, par exemple, la distinction des délits naturels et des délits artificiels chère aux positivistes.<sup>3</sup> Plus proche de nous, l'histoire du Code pénal de 1867 nous semble aussi largement à réécrire. D'un côté, la figure dominante de J.J. HAUS, auquel le code est souvent personnellement identifié, occulte le processus de création de cet instrument législatif nouveau, les résistances et les compromis dont il a nécessairement fait l'objet ainsi que le rôle (ou l'absence de rôles) d'autres acteurs, individuels ou collectifs; d'un

\* Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain. Président du Département de criminologie et de droit pénal.

1. M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 13.

2. Cf. la recherche qui a été menée en ce sens par Y. CARTUYVELS, *La généalogie de la codification en droit pénal*, thèse de doctorat en criminologie, U.C.L., Faculté de droit, 1993 (à paraître aux éditions De Boeck, coll. *Perspectives criminologiques*, 1994).

3. Y. CARTUYVELS et Fr. TULKENS, 'La naturalisation des crimes dans la pensée classique', in *Images et usages de la nature en droit*, sous la direction de Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1993, pp. 231 et s.

autre côté, la portée réelle des dispositions est souvent difficile à déchiffrer sous la rhétorique du changement.<sup>4</sup>

Sans doute parce qu'elle fait partie de notre 'histoire immédiate', l'histoire du droit pénal du XX<sup>e</sup> siècle nous semble rester un champ largement en friche. Elle est d'autant plus ignorée qu'elle fait partie de nos évidences, évidences d'humanité, de progrès, de justice et de science. Elle apparaît, en outre, comme une histoire homogène, celle d'un droit qui traduit et intègre les acquis de la défense sociale, alors que l'on ne connaît rien, ou si peu, des tensions et des conflits qui l'ont nécessairement traversés. D'un point de vue chronologique, cette histoire à entreprendre pourrait se situer entre deux repères. D'un côté, puisque l'on soutient que la première guerre mondiale marque la 'fin réelle' du XIX<sup>e</sup> siècle, le droit pénal du XX<sup>e</sup> siècle prendrait corps à l'issue de celle-ci, dans les années 1920, avec la réforme pénitentiaire d' E. VANDERVELDE. De l'autre côté, la réforme du Code pénal entreprise en Belgique en 1976 représente, même dans son état d'inachèvement, un moment qui peut être considéré comme significatif d'une volonté de changement.

C'est ici qu'intervient la seconde hypothèse annoncée. Si à la fin du XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle, l'État 'cesse d'être indifférent et devient protecteur'<sup>5</sup>, à la fin de ce siècle, il change à nouveau de visage. Du 'plus d'État' on passe au 'moins d'État' et l'État-paternaliste (re)devient, partiellement tout au moins, l'État-gendarme. Par ailleurs, le discours scientifique sur les causes et les remèdes de la délinquance, qui faisait consensus au début du siècle, est largement remis en cause depuis les années 1970<sup>6</sup>, en manière telle que le droit pénal perd ainsi non seulement son principal support mais surtout sa légitimation. Le modèle thérapeutique, qui s'articule autour des notions de danger et de diagnostic, d'assistance et de protection, a dominé tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, de manière relativement totalitaire, les politiques, les législations et les pratiques. *Ce modèle, qui a fait perdre l'évidence du droit de punir, a contribué à une certaine paralysie de la pensée pénale.* Son abandon prive le système pénal de sa référence, de son identité, voire même de son langage.<sup>7</sup> Comment, aujourd'hui, les institutions pénales qui ont été produites dans ce contexte surviront-elles à cette métamorphose?

Même si ce n'est évidemment pas dans le cadre limité de cet article que nous allons entreprendre une véritable recherche sur le droit pénal du XX<sup>e</sup> siècle, nous espérons y contribuer au départ de l'*objet* qui nous a été assigné, à savoir l'état et le développement du droit pénal au tournant du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle. Nous évoquerons, d'abord, l'avènement de la défense sociale comme nouvelle rationalité pénale. Dans l'esprit des 'portraits'<sup>8</sup>, nous resituerons certains acteurs et nous nous présenterons deux textes qui nous paraissent significatifs. Nous évoquerons, ensuite, les 'infiltrations' de la défense sociale dans le droit positif au départ du processus de création de la loi du 15 mai 1912 relative à la protection de l'enfance.

4. Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 83 et s.

5. P. DELFOSSE, p. 103.

6. Voy. notamment, *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, sous la direction de Chr. DEBUYST, Paris-Genève, Masson-Médecine et hygiène, 1981.

7. D. GARLAND, *Punishment in a Modern Society*, Chicago, Chicago University Press, 1990, p. 6.

8. *Gestalten uit het verleden*, sous la direction de C. FIJNAUT, 1993.

---

Cette loi nous paraît une production tout à fait cohérente avec la nouvelle manière de poser la question pénale et elle possède, en outre, l'avantage de recouvrir exactement, d'un point de vue chronologique, la période-charnière du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle. Enfin, sa remise en cause dans les années 1990 est aussi la remise en cause de ce droit pénal nouveau.

Nous souhaitons, enfin, rappeler trois observations qui touchent à la *méthode*. Du point de vue du juriste et du criminologue, il ne s'agit pas de faire, ni *a fortiori* de refaire, l'histoire du droit pénal ou de la justice pénale.<sup>9</sup> Nous ne souhaitons pas davantage participer à une mode 'retro'. Nous voulons, au contraire, éclairer des problématiques présentes et c'est en ce sens que notre démarche est celle de la généalogie. Nous cherchons à établir des filiations: où et comment le droit pénal s'est-il historiquement construit? Par ailleurs, un système n'est jamais pur en droit pénal et il convient d'en tenir compte. Le droit pénal procède presque toujours par alluvion car il dispose de cette faculté pragmatique rare d'intégrer, au fur et à mesure, des couches successives et de les adapter à son milieu propre ou à des exigences propres.<sup>10</sup> Enfin, l'histoire du droit pénal renferme une forme de constance: au moment où un système est considéré comme ayant atteint sa perfection, où des lois 'parfaites' sont prises, on s'aperçoit qu'il est déjà miné de l'intérieur. Le droit ne précède jamais les événements; il les suit.

## I. Un droit pénal nouveau: la défense sociale

A peine le Code pénal belge de 1867 était-il adopté que s'inscrivait dans le droit pénal un tout autre 'discours de vérité'. J.J. HAUS (1796-1881) lui-même le présentait. Son discours de rentrée comme recteur à l'Université de Gand, le 10 octobre 1865, est significatif. En choisissant, à la veille de la promulgation du Code pénal, le thème *Du principe de l'expiation considéré comme base de la loi pénale*, l'auteur du code réplique à la thèse développée par A. FRANCK dans son ouvrage *La philosophie du droit pénal* publié à Paris en 1864 et qui fonde la légitimité de la peine sur la seule 'nécessité de défendre la société et de maintenir l'ordre public'<sup>11</sup> J.J. HAUS s'oppose, en quelque sorte par anticipation, à la doctrine de la défense sociale qui commence à apparaître et qui se développera bientôt en Belgique, notamment par Adolphe PRINS (1845-1919).

---

9. Sur l'intérêt, les questions méthodologiques et les résultats de l'approche historique en droit pénal et en criminologie qui a connu, ces quinze dernières années, un nouveau développement en Belgique comme à l'étranger, voy. Comité européen pour les problèmes criminels, *La recherche historique sur la criminalité et la justice pénale*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1985 et les rapports de N. CASTAN ('Bilan de l'apport de la recherche historique à la connaissance de la criminalité et de la justice pénale', pp. 9 et s.) et de R. ROTH, ('Evaluation de l'apport des résultats de la recherche historique à la politique criminelle', pp. 115 et s.); R. ROTH, 'Histoire pénale, histoire sociale: même débat?', *Déviante et société*, 1981, pp. 187 et s.

10. Pour une étude comparative des systèmes pénaux et des courants de pensée qui les ont influencés, voy. J. VERVAELE, *Rechtstaat en recht tot straffen. Van klassiek rechtsindividualisme naar sociaal rechtsdenken. Een strafrechtsvergelijkend grondslagenonderzoek*, Antwerpen-Arnhem, Kluwer rechtswetenschappen-Gouda Quint, 1990).

11. R. WARLOMONT, *J.J. Haus, Bibliographie nationale*, Académie royale des sciences, des lettres et des beaux-arts de Belgique, t. 38, supplément t. 10, Bruxelles, Bruylant, 1973-1974, p. 310.

Sur le plan de la doctrine pénale, l'œuvre de PRINS est déterminante à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.<sup>12</sup> Dans le modèle pénal classique ou néo-classique, qui se déploie sous l'hégémonie libérale, A. PRINS introduit, au moment de la révolution industrielle, une rupture dont il puise les sources dans les théories positivistes.<sup>13</sup> À partir de *Criminalité et répression* en 1886 où sont posés les premiers jalons<sup>14</sup>, peut-être même plus tôt dans ses premiers articles 'Essai sur la criminalité d'après la science moderne' en 1886<sup>15</sup> et 'De l'amélioration de la justice criminelle' en 1885<sup>16</sup>, la pensée de PRINS s'organise de manière très cohérente dans ses multiples écrits<sup>17</sup> et notamment dans son traité de 1899 *Science pénale et droit positif*.<sup>18</sup> Elle trouve son expression la plus achevée dans l'ouvrage de 1910, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*.<sup>19</sup>

Quel est le *sens* de la défense sociale? Sans reprendre l'analyse de la défense sociale que nous avons eu l'occasion de mener dans un autre contexte, où nous cherchions à resituer cette vision du monde dans ce que M. FOUCAULT appelait un projet de 'gouvernementalité totale'<sup>20</sup>, nous nous limiterons, en l'espèce, à deux observations. Le modèle de la défense sociale a développé dans le droit pénal, tant en Belgique qu'à l'étranger<sup>21</sup>, la pensée du but à atteindre. Que ses méthodes

12. Sur la vie et l'œuvre d'Adolphe PRINS, voy. R. BEAUTHIER et J. VANDERLINDEN, 'Prins et l'histoire du droit pénal', in *Cent ans de criminologie à l'U.L.B. Adolphe Prins, l'Union internationale de droit pénal, le Cercle universitaire pour les études criminologiques*, sous la direction de P. VANDERVORST et Ph. MARY, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 221 et s.; Ph. MARY, 'Adolphe Prins et la légitime défense sociale', *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, pp. 15 et s.; Fr. TULKENS, 'Un chapitre de l'histoire des réformateurs. Adolphe Prins et la défense sociale', in *Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914)*, Textes recueillis par Fr. TULKENS, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, pp. 17 et s.

13. Sur la pensée positiviste ainsi que sa conception du crime, du criminel, de la peine et de la procédure pénale, cf. Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 22 et s.

14. A. PRINS, *Criminalité et répression. Essai de science pénale*, Bruxelles-Leipzig, librairie européenne C. Muquardt, Merzbach et Falk, 1886, (202 p.)

15. *Revue de Belgique*, 1880, pp. 396 et s. Voy. le compte rendu d'Edmond PICARD dans la *Belg. jud.*, t. XXXIX, pp. 188 et s.

16. *J.T.*, 1885, pp. 681 et s., 737 et s.

17. Cf. la bibliographie de A. PRINS dans L. WODON et J. SERVAIS, *L'œuvre d'Adolphe Prins*, Université libre de Bruxelles, Imprimerie administrative Merxplas-Colonies, 1934.

18. A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, Paris, A. Maresq, 1899 (589 p.).

19. A. PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, Institut Solvay de sociologie, collection *Actualités sociales*, Misch et Thron, 1910, réédité Genève, Médecine et Hygiène, coll. *Déviance et société*, 1986 (170 p.).

20. Cf. *Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914)*, o.c., p. 13. Dans cet ouvrage qui rend compte des travaux du séminaire qui s'est tenu en 1981 à l'Université catholique de Louvain sous la direction de M. FOUCAULT, le projet de la défense sociale est analysé en relation avec la question sociale et les législations ouvrières (L. DUPONT, F. TANGHE), par rapport aux différentes formes de contrôle de l'Etat (P. DELFOSSE, Chr. DEBUYST, Fr. EWALD), dans le champ médico-psychiatrique (C. DA AGRA, M. VAN DE KERCHOVE), pénitentiaire (R. DE GRAEF, J. DEWIT, T. PETERS) et psycho-éducatif (Fr. DIGNEFFE, M.S. DUPONT-BOUCHAT) et dans le contexte du développement des savoirs, notamment la sociologie (Fr. DIGNEFFE).

21. Sur la défense sociale et l'Union internationale de droit pénal, cf. Fr. TULKENS, 'Un chapitre de l'histoire des réformateurs. Adolphe Prins et la défense sociale', in *Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914)*, o.c., pp. 35 et s.; *De moderne richting in het strafrecht. Theorie, Praktijk, Latere ontwikkelingen en actuele betekenis*, M.S. GROENHUIJSEN et D. VAN DER LANDEN (red.), Arnhem,

soient dures (l'internement de sûreté ou la relégation, par exemple) ou douces (les mesures de garde, de préservation ou d'éducation des jeunes délinquants), le droit pénal, dans cette perspective, devient la formalisation d'un réflexe de défense que la société oppose tout naturellement au phénomène criminel. Le but du système pénal s'exprimera dans l'illusion, singulièrement persistante, que le droit pénal supprimera toute forme de délinquance. Par ailleurs, en présidant à l'élaboration du droit pénal contemporain, la défense sociale lui a conféré une unité fondamentale par sa finalité agonistique: la lutte contre la délinquance. Cette finalité a non seulement marqué de son empreinte le climat pénal dominant mais elle a encore contribué à façonner le modèle d'intervention des différents acteurs du système de justice pénale. Les policiers sont instruits des nécessités de mener la guerre contre le crime. Le parquet est aux premières lignes de la répression. Les juges doivent enrayer l'épidémie tandis que la prison doit permettre de tuer le microbe. Même si on n'y adhère plus véritablement, les images restent.<sup>22</sup>

Deux textes nous paraissent traduire, avec beaucoup de justesse, l'avènement de ce droit pénal nouveau.

#### A. LA JUSTICE PÉNALE. SON ÉVOLUTION. SES DÉFAUTS. SON AVENIR

Tel est le titre du cours de sociologie criminelle dispensé par Enrico FERRI, alors professeur à l'Université de Rome, à l'Institut des Hautes Études de l'Université Nouvelle de Bruxelles en 1898.<sup>23</sup> Un texte transparent, trop souvent méconnu.<sup>24</sup> Un texte qui en mettant la *justice pénale* au centre de ses préoccupations entend penser l'ensemble de la démarche pénale, de la criminalité à la loi pénale, du jugement au traitement des criminels: 'L'immense engrenage qu'on appelle justice pénale a plusieurs rouages principaux: la police judiciaire, la magistrature, le jugement, la peine et son exécution, les suites de l'exécution de la peine'.<sup>25</sup>

D'emblée, l'auteur se situe dans l'évolution, donc dans l'histoire. A la 'phase éthico-religieuse' de la justice pénale qui est celle de l'école classique de droit criminel depuis BECCARIA, marquée par 'la faute punie par le châtement, prétendue raison de la justice pénale et les systèmes pénitentiaires, prétendus moyens d'amendement des condamnés'<sup>26</sup>, succède la 'phase sociale' qui est celle de l'école positiviste: 'la justice pénale n'est qu'une fonction de préservation sociale, sous forme de défense préventive et de défense répressive'.

---

→  
Gouda Quint, 1990; J. SACÉ, 'L'Union internationale de droit pénal', in *Cent ans de criminologie à l'U.L.B. Adolphe Prins, l'Union internationale de droit pénal, le Cercle universitaire pour les études criminologiques*, sous la direction de P. VANDERVORST et Ph. MARY, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 45 et s.; L. RADZINOWICZ, *Roots of the I.K.V.*, Freiburg im Breisgau, Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1991.

22. Fr. TULKENS et D. KAMINSKI, 'Réflexions sur la question pénale', *Louvain*, 1991, p. 30.

23. L'Université Nouvelle de Bruxelles, qui a connu à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle une existence éphémère, s'est transformée en *Institut des hautes études de Belgique*, rattaché à l'Institut Solvay de sociologie, qui poursuit toujours ses activités.

24. E. FERRI, *La justice pénale. Son évolution. Ses défauts. Son avenir*, Bruxelles, Larcier, 1898 (85 p.).

25. *Ibidem*, p. 21

26. *Ibidem*, p. 8.

À l'évolution de la justice pénale répond l'évolution de la criminalité. Mais, qu'est-ce que le crime? Si 'pour les juristes praticiens, la crime est l'infraction à la loi pénale, pour les juristes théoriciens, il est la violation d'un droit'. Pour les sociologies, il est 'tout acte déterminé par des motifs antisociaux qui offensent les conditions d'existence de la collectivité ... Malgré toutes ses variations morphologiques, l'âme constante de la criminalité est dans *les motifs antisociaux* et dans l'offense aux *conditions d'existence*'.<sup>27</sup>

L'état de la justice pénale suscite, pour E. FERRI, des remarques fondamentales. D'un côté, il en observe les caractères généraux. Avec l'*impuissance* et la *désorganisation* de la justice pénale, deux autres défauts sont sévèrement critiqués. *L'impersonnalité*: 'Pour les criminalistes, les législateurs et les juges, le cycle de justice a trois termes: crime, jugement, peine. On ne connaît pas le criminel, qui est cependant le terme initial de toute fonction de sauvegarde sociale ... Maintenant, le prévenu n'est qu'un mannequin vivant sur lequel le juge colle le numéro d'un article du Code pénal, avec le seul souci d'une dosimétrie pénale, qui devrait être proportionnée à la culpabilité morale qu'on prétend avoir pesé chez le justiciable'.<sup>28</sup> *L'arbitraire*: 'sous le fatras des formalités', elle est 'le ressort de la justice pénale ... En réalité, motiver les sentences ... n'est que donner des raisons après coup, à la conviction intime ... Et pour cela tous les États soi-disant civilisés dépensent chaque année des centaines de millions et on continue à faire croire que la justice est le fondement et le régulateur des États alors qu'elle n'est qu'un instrument de domination'.<sup>29</sup> D'un autre côté, il en observe le fonctionnement. La *police* 'balance entre l'empirisme et l'abus' tandis que la magistrature est l'éternelle oubliée: 'Pour la sauvegarde sociale contre la criminalité on ne songe jamais qu'aux réformes du Code pénal, tandis qu'il serait nécessaire d'abord de réformer la magistrature, pour s'occuper ensuite de l'arrangement technique des peines, puis du code d'instruction criminelle (qui est le code des honnêtes gens) et, enfin, du Code pénal (qui est le code des malfaiteurs)'.<sup>30</sup> Quant au *jugement*, 'la dosimétrie de la culpabilité morale, voilà l'obsession de la justice pénale. Obsession contre nature, puisque le crime n'est pas la *fiat* du libre arbitre, mais la résultante nécessaire des facteurs biologiques, physiques et sociaux'.<sup>31</sup> La conclusion s'impose: 'Et malgré ces terribles et quotidiennes leçons de choses, le préjugé continue obstinément que la peine et la justice pénale sont le vrai et nécessaire remède contre la criminalité'.<sup>32</sup>

La préservation contre la criminalité, tel est l'objectif du droit pénal, le but à atteindre. 'Abandonner le fétichisme de la peine et avoir en vue dans tout acte législatif ou social la prévention sociale de la criminalité, voilà la solution fondamen-

27. *Ibidem*, p. 11.

28. *Ibidem*, p. 22.

29. *Ibidem*, p. 23.

30. *Ibidem*, p. 28.

31. *Ibidem*, p. 31. M. VAN DE KERCHOVE a bien montré, toutefois, que 'dans la mesure où l'école positiviste a été amenée à nier radicalement l'existence du libre arbitre, on aurait pu facilement imaginer que l'impact de la réaction sociale se déplace entièrement de l'individu qui a transgressé la règle sur le milieu physique ou social dont il a subi les déterminations. On sait qu'il n'en est rien', 'Dangerosité et culpabilité. Réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité', in *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique, o.c.*, p. 293.

32. E. FERRI, *La justice pénale. Son évolution. Ses défauts. Son avenir, o.c.*, p. 35.

tales du problème'.<sup>33</sup> Si l'école classique du droit criminel 'a eu pour mission historique, noble et généreuse, la *diminution des peines*, par réaction contre la férocité des châtements médiévaux', l'école positiviste doit 'viser à l'élimination de toute pénalité (dans le sens du châtement) en se donnant pour mission théorique et pratique la *diminution des crimes* par l'étude de leurs causes naturelles et sociales, et l'indication de leurs remèdes naturels et sociaux. ... L'hygiène sociale par l'élimination des causes de la criminalité est un remède infiniment plus efficace (quoique plus difficile à pratiquer) que la prétendue thérapeutique ou la sanglante chirurgie de la justice pénale'.<sup>34</sup> Une telle position repose, évidemment, sur un présupposé, celui que le juriste ou le scientifique dispose de la maîtrise ou, à tout le moins, de la connaissance, des 'maux et des remèdes'.

Dans l'histoire pénale, ceci nous amène aujourd'hui à une charnière ou à un nœud, pour utiliser l'expression de M. SERRES, 'lieu de convergence et de bifurcation où se posent les problèmes et où se prennent ou ne se prennent pas les décisions'.<sup>35</sup> Dans les années 1970, la remise en question de l'étiologie criminelle et la perte de confiance du discours scientifique sur la dangerosité et la délinquance ébranleront, de manière radicale, c'est-à-dire littéralement jusqu'à la racine, le principe de rationalisation du droit pénal. À travers le doute et le soupçon, ce sont les assises mêmes de la peine 'utilitaire' qui sont aujourd'hui ébranlées, cette peine qui compense le mal qu'elle produit par le bien qu'elle procure que ce soit la réforme, la prévention, la réhabilitation.<sup>36</sup> Plus précisément encore, c'est le 'mythe fondateur' de la peine, la peine qui 'permet de transformer le mal en bien', qui est atteint.<sup>37</sup> Si l'on ne veut plus éliminer les peines, si on ne peut plus éliminer le crime, il ne restera qu'à éliminer le criminel. Sous d'autres mots et avec d'autres formes de rationalisation, c'est peut-être le sens du nouveau modèle de justice (*doing justice, just desert*).<sup>38</sup>

Mais 'la préservation sociale, tout efficace et profonde qu'elle soit, ne saurait éliminer la possibilité du crime, comme phénomène isolé de pathologie individuelle et sociale'. Il s'agit donc, 'surtout dans cette période de transition vers une organisation sociale plus rationnelle, d'organiser la défense pénale contre le crime en faisant prévaloir les données de l'anthropologie et de la sociologie criminelle'.<sup>39</sup> Le procès devra seulement se proposer de rechercher la responsabilité matérielle du fait tandis que l'instruction criminelle deviendra une 'fonction rigoureusement scientifique'. Quant au 'but final et fondamental, la raison d'être de tout jugement pénal', il s'agira de 'favoriser la réadaptabilité sociale du criminel'.<sup>40</sup> En dehors des causes de justification, l'issue du jugement pénal ne peut être que l'une

33. *Ibidem*, p. 39.

34. *Ibidem*.

35. *Éléments d'histoire des sciences*, sous la direction de M. SERRES, Paris, Bordas, 1991, p. 5.

36. FR. TULKENS, 'Les transformations du droit pénal aux États-Unis. Pour un autre modèle de justice', in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 465 et s.

37. Cl. FAUGERON et J.M. LE BOULAIRE, 'Prison, peines de prison et ordre public', *Rev. fr. de sociologie*, 1992, p. 27.

38. FR. TULKENS, 'Les transformations du droit pénal aux États-Unis. Pour un autre modèle de justice', *o.c.*, pp. 466-467.

39. E. FERRI, *La justice pénale. Son évolution. Ses défauts. Son avenir, o.c.*, p. 57.

40. *Ibidem*, p. 63.

ou l'autre de ces deux décisions. D'un côté, 'si le délit n'est pas grave et le criminel n'est pas dangereux, le *dédommagement* de la victime sera la seule sanction sociale contre l'acte antisocial'.<sup>41</sup> Cette position des positivistes, reprise à son compte par la défense sociale, nous semble souvent oubliée.<sup>42</sup> Or, si la réparation n'est jamais vraiment parvenue à s'enraciner dans le système pénal, l'idée de la réparation comme peine de substitution<sup>43</sup> ou comme peine de remplacement<sup>44</sup> est (re)découverte aujourd'hui. En l'espèce, c'est moins sur la nature, la place ou les limites de cette mesure qu'il convient d'interroger que sur les raisons de son éclipse. Par anticipation, en quelque sorte, sur les critiques dont la *restorative justice* fait l'objet, c'est comme si la centralité de la peine, et de la peine de prison, avait déjà fait son œuvre. Les alternatives à la peine doivent nous inviter à retourner non aux théories de la peine mais aux critères de l'intervention juridique.<sup>45</sup> Les limites du pénal doivent être pensées à partir de l'extérieur de celui-ci. En revanche, poursuit E. FERRI, 'si le dédommagement des victimes n'est pas une sanction sociale suffisante, parce que le criminel est dangereux, d'après la catégorie anthropologique dans laquelle il vient d'être classifié par les juges-experts, alors la *ségrégation indéterminée* du milieu social, différemment réglée suivant les différentes catégories anthropologiques des criminels sera la seule forme de sanction sociale'.<sup>46</sup> Au principe de la proportion entre le délit et la peine se substitue 'la réadaptabilité du criminel' comme but et limite de la mesure de sûreté.

Dans sa conclusion, E. FERRI rappelle qu'il inscrit sa pensée dans 'le grand courant scientifique du naturalisme évolutionniste. *Le déterministe universel a été la boussole de nos observations sur l'évolution, les défauts, l'avenir de justice pénale*'.<sup>47</sup> Dans sa genèse, son développement et ses métamorphoses, le droit pénal traduit toujours une certaine vision du monde.

## B. L'ÉVOLUTION DE LA SCIENCE PÉNALE

Au discours du savant succède celui du praticien. Sur ce terrain, un thème domine: le flot de la délinquance, la marée du crime, les assauts de la criminalité menaçante.<sup>48</sup> Dans le débat, une question paraît centrale: celle de la *responsabilité*.<sup>49</sup>

41. *Ibidem*, p. 64.

42. Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, o.c., p. 32.

43. Proposition de loi instaurant un travail au profit de la collectivité comme peine de substitution, 14 janvier 1992, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 67-1.

44. Proposition de loi instaurant la prestation de services en remplacement de la peine privative de liberté, 4 février 1992, *Doc. parl.*, sess. extr. 1991-1992, n° 103-1.

45. Fr. TULKENS, 'Les transformations du droit pénal aux États-Unis. Pour un autre modèle de justice', o.c., p. 489.

46. E. FERRI, *La justice pénale. Son évolution. Ses défauts. Son avenir*, o.c., p. 64.

47. *Ibidem*, p. 83.

48. A. ROLIN, 'La lutte contre le crime', *Rev. dr. pén. crim.*, 1907, pp. 209 et s.; I. MAUS, 'La récidive, ses causes, ses remèdes', *Rev. dr. pén. crim.*, 1907, pp. 690 et s.; R. SIMONS, 'Le crime et la défense sociale', *Rev. dr. pén. crim.*, 1908, pp. 541, 658, 721 et s.; M. BODEUX, 'L'augmentation de la criminalité et ses causes', *Rev. dr. pén. crim.*, 1910, pp. 628 et 749 et s.

49. Voy. par exemple, F. DUPONT, *Les degrés de la volonté criminelle et l'état de récidive*, Bruxelles, Bruylant, 1907; L. LEFEVRE, 'La responsabilité humaine et la répression pénale', *Rev. dr. pén. crim.*,

---

Toute l'histoire de l'avènement de la défense sociale pourrait d'ailleurs être relue à travers cette question de la responsabilité.

Nous reprendrons brièvement, en contrepoint du cours de FERRI, quelques éléments clé de la communication faite à la conférence du jeune barreau de Bruxelles par Albert DEVÈZE en 1905.<sup>50</sup> À l'imminence du péril social répond la science du droit pénal, 'car tout s'explique, tout ce qui fut incohérent devient logique, dès qu'on entre dans ce domaine de la jeune science pénale'.<sup>51</sup> Discours dominant? La réponse nous semble incertaine. Les divergences, les oppositions furent peut-être hâtivement écartées<sup>52</sup>, et là aussi un terrain de recherche est encore largement en friche.

La clé de voûte réside dans une autre conception de la peine: non plus intimider ou punir, mais *amender le coupable*.<sup>53</sup> Le droit pénètre ainsi dans la *vie*, autre thème qui traverse toute la défense sociale. Le juriste n'est plus un botaniste qui étudie une plante mais un anthropologue qui recherche l'homme. 'Être dans la vie', et non dans les textes: 'tenir compte des faits, des choses et des êtres'.<sup>54</sup>

La question de la *responsabilité*, base de la répression, subsiste mais posée en d'autres termes: 'le droit de punir ne prend plus sa source dans la volonté coupable: il repose sur la nécessité sociale d'assurer le respect d'un minimum de morale, dont la violation entraînerait dans l'organisation collective un désordre mortel'.<sup>55</sup> Dans cette perspective, 'la répression qui sera appliquée sera donc une mesure de défense sociale, comprenant l'élimination des inadaptables, l'amendement des adaptables, le châtement des fautes occasionnelles et la réparation de leurs conséquences. Peu importe dès lors le degré de liberté, du moment où une liberté existe dans l'auteur de l'infraction. La société n'attache plus d'importance au crime lui-même que pour la démonstration qu'il donne de la qualité de volonté coupable ... Pour le surplus, elle se défend, met le criminel hors d'état de nuire, et, selon les circonstances, se borne à donner une leçon – s'efforce de corriger – ou supprime'.<sup>56</sup> En tout état de cause, 'l'essentiel est que la peine soit désormais proportionnée au danger social de l'individu'. Mais comme la reconnaissance de ce danger sera difficile et délicate, ce sera donc au 'savant' d'intervenir.<sup>57</sup>

Le thème de la *réparation* est encore repris plus loin et plus largement développé. Pour le délinquant occasionnel dont la faute est légère, la peine sera 'aggravée par l'obligation *pénale* organisée de réparer le préjudice matériel et moral causé par la faute. Il n'y a donc plus lieu à constitution de partie civile; le jugement accordant réparation ne sera plus sujet à exécution par les voies civiles. L'État s'oc-

---

1908, pp. 551 et s.; J. DES CRESSONIÈRES, 'Le crime et l'hygiène sociale', *Rev. dr. pén. crim.*, 1910, pp. 16 et s.

50. A. DEVÈZE, *L'évolution de la science pénale*, Bruxelles, Larcier, 1906.

52. *Ibidem*, p. 9.

52. Voy. A. CALLIER, 'La défense sociale par la justice', *Rev. dr. pén. crim.*, 1909, pp. 841 et s. et l'étude critique de cette Mercuriale dans les *Archives d'anthropologie criminelle*, n° 192, 15 décembre 1909.

53. A. DEVÈZE, *L'évolution de la science pénale, o.c.*, p. 8.

54. *Ibidem*, p. 22.

55. *Ibidem*, pp. 14-15.

56. *Ibidem*, p. 14.

57. *Ibidem*, p. 21.

cupe lui-même directement d'assurer la réparation soit sur les biens, soit sur le produit du travail futur du condamné'.<sup>58</sup>

Enfin, après la sentence indéterminée, la maison de réforme ou la colonie agricole pour ceux qui laissent 'un espoir d'adaptation', après l'isolement pénal définitif pour les 'inadaptables', la société 'emploiera le moyen d'élimination le plus radical: la mort. Agissant ainsi, elle ne fera qu'obéir à la loi naturelle de sélection par élimination'.<sup>59</sup>

Un autre point de départ: la défense sociale; un autre point d'arrivée: l'amendement du coupable. La logique est simple, linéaire. Il suffit de l'appliquer. C'est ce à quoi s'emploiera activement le législateur.

## II. Les 'infiltrations de l'esprit nouveau': la protection de l'enfance

Les 'infiltrations de l'esprit nouveau', pour reprendre l'expression de DEVÈZE<sup>60</sup>, vont apparaître en de multiples lieux, lieux de désordre, de dangers, de menaces. De nombreuses productions législatives, pour s'en tenir à la création normative, en témoignent. Celles-ci concernent autant le champ pénal que le champ politique, social, moral.<sup>61</sup>

Nous choisissons, en l'espèce, comme paradigme du droit pénal nouveau qui se met en place, ou peut-être plus exactement comme passage à la limite, l'histoire de la législation sur la protection de l'enfance, dont nous nous retracerons certaines étapes.<sup>62</sup> Le discours nous semble transparent.

'Parmi les grandes sources sociales de la criminalité, qui sont aussi les fléaux de notre civilisation, il y a l'alcoolisme, l'enfance abandonnée et le vagabondage'.<sup>63</sup> Dans la logique de la défense sociale, tous les auteurs s'accordent à voir dans l'enfance abandonnée, 'pépinière de la criminalité et de la récidive', à la fois le lieu de tous les dangers et de tous les espoirs: 'Dans la prévention sociale de la criminalité, il faut recourir à la grande industrie, à l'action sur vaste échelle, bien plus efficace que la petite industrie des petites réformes isolées'.<sup>64</sup> A. PRINS conclura de la même manière son ouvrage sur la *Défense sociale et les transformations du droit pénal*: 'Et maintenant après les potences, les piloris et les pénitenciers, l'on voit surgir les refuges pour l'enfance malheureuse et abandonnée. On y recueille les déchets de notre civilisation, les enfants dégénérés, les petits défectueux. On les arrache à la tristesse et à la contamination de leurs taudis ... On tâche de les immuniser contre les tentations qui les guettent, de leur inoculer l'habitude de la résistance, de fortifier leurs centres nerveux, leur caractère et leur volonté; l'on n'en

58. *Ibidem*, pp. 18-19. Sur ce thème, voy. M. VAN DE KERCHOVE, 'L'intérêt à la répression et à la réparation dans le procès pénal', in *Droit et intérêt*, sous la direction de Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, pp. 86 et s.

59. A. DEVÈZE, *L'évolution de la science pénale, o.c.*, p. 19.

60. *Ibidem*, p. 22.

61. Fr. TULKENS, Mise en place de la stratégie de la défense sociale dans le champ pénal. Inventaire des initiatives législatives 1884-1914, U.C.L., Département de criminologie et de droit pénal, *Document de travail*, nos 5-6, 1985.

62. Cf. Fr. TULKENS, *Le droit de l'aide et de la protection de la jeunesse*, (à paraître).

63. E. FERRI, *La justice pénale. Son évolution. Ses défauts. Son avenir, o.c.*, pp. 42-43.

64. *Ibidem*, pp. 43 et 49.

*fait pas toujours des citoyens utiles mais on en fait des êtres moins misérables, moins imparfaits et, par conséquent, moins redoutables*. Telle est la conception de la défense sociale, 'exercée dans ce qu'elle a de plus noble et de plus élevé, identifiée complètement avec la protection sociale'.<sup>65</sup>

A. *LE PROJET DE LOI SUR LA PROTECTION DE L'ENFANCE  
DU 10 AOÛT 1889*

Le premier projet de loi pour la protection de l'enfance est déposé à la Chambre des représentants le 10 août 1889 par le ministre de la Justice J. LEJEUNE.<sup>66</sup>

Quel est le *problème* auquel ce texte entend apporter une réponse? Dans le cadre de la société belge de 1889, la préoccupation qui constitue le motif essentiel et avoué du projet de loi pour la protection de l'enfance est celle de la criminalité 'en accroissement constant', face à laquelle on constate 'l'impuissance des systèmes pénitentiaires les plus perfectionnés à produire un amendement des coupables chez qui la tendance criminelle s'est invétérée'. De nouvelles dispositions sont, dès lors, à prendre: 'Il faut que des mesures préventives interviennent pour réformer les penchants vicieux alors qu'il est encore temps de les combattre'.<sup>67</sup> Nous trouvons, dans ce bref passage de l'Exposé des Motifs du projet de loi du 10 août 1889, la substance même de ce qui justifiera en fondera le système de la protection de l'enfance. Ce double thème de la montée de la délinquance et de la prévention comme réponse à l'échec du droit pénal restera absolument lisible à travers toute l'histoire parlementaire de la loi, de 1889 à 1912.

Comment, plus précisément, dans le cadre de cette problématique, se pose la question de l'*enfant*? Le raisonnement adopté dans l'Exposé des Motifs révèle la logique interne de la loi. 'Dans le pays entier mais surtout dans les villes d'une certaine importance, dans les centres industriels et commerciaux, il existe un certain nombre d'enfants moralement et matériellement abandonnés, victimes des plus détestables exemples et du milieu mauvais où leur naissance les a jetés. C'est parmi ces enfants livrés à la corruption dès le premier âge et par ceux-là même à qui la nature et la loi contient la mission de leur éducation que se recrute l'armée du vagabondage, de la prostitution et du crime'. À partir de ce diagnostic qui pose comme cible l'enfance moralement et matériellement abandonnée, se dessine le profil de l'intervention: 'en les abandonnant à toutes les influences pervertissantes qui les entourent, la société se rendrait complice du mal qu'ils commettent presque fatalement. En les soustrayant, au contraire, à cette atmosphère malsaine, elle peut espérer, dans une certaine mesure, développer les bons instincts naturels et réformer les mauvais instincts qui ne sont pas absolument indomptables'.<sup>68</sup> Nous trouvons, dans ce texte, l'écho (l'effet?) de deux thèmes dominants de la défense sociale. D'une part, quant à la représentation du délinquant: dans le contexte socio-économique de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les criminels se recrutent, presque exclusivement, dans les catégories sociales les plus défavorisées, dans ce sous-prolé-

65. A. PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, o.c., p. 168.

65. Projet de loi sur la protection de l'enfance et Exposé des Motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 1889-1890, pp. 26-32.

67. *Ibidem*, p. 26.

68. *Ibidem*.

tariat dont la menace porte atteinte à l'ordre social. D'autre part, quant à la nature des mesures de protection, limitant le choix entre l'adaptation ou l'élimination: la réforme pour ceux qui peuvent être corrigés; la neutralisation pour les incorrigibles.

Quel est, dès lors, l'*objectif* du projet de loi sur la protection de l'enfance? Paradoxalement, alors que les causes de la corruption, du danger, du mal se situent autant dans l'environnement et la structure sociale que dans la constitution individuelle, les mesures préconisées se concentrent exclusivement sur les personnes. Il s'agira d'atteindre 'l'insuffisance des *parents*', le 'danger des *enfants*' et la 'perversité des *adultes*'. Dans cette perspective, le projet se structure autour de trois thèmes. Tout d'abord, il 'enlève la garde et l'éducation des enfants aux parents ou au tuteur jugés indignes d'exercer les droits qui dérivent de l'autorité paternelle': est visé ici le chapitre premier du projet qui organise, pour la première fois dans notre droit, la déchéance de la puissance paternelle (art. 1 à 11). En second lieu, 'il (le projet) s'efforce de perfectionner l'éducation préventive des enfants délaissés et de ceux qui ont déjà manifesté des penchants vicieux': tel est, ainsi fixé, l'objectif du chapitre deux qui concerne les poursuites exercées contre les enfants (art. 12 à 18). Enfin, 'il réprime avec une sévérité plus grande, les attentats qui démoralisent l'enfant non pas tant pour agir directement sur ceux qui les auraient commis et dont on ne peut guère espérer l'amendement, que pour intimider, par la gravité du châtimement et la honte des débats solennels, ceux qui sont tentés de les commettre': le chapitre trois est, dès lors, consacré aux crimes et délits contre la moralité des enfants (art. 19 à 27).<sup>69</sup>

## B. LE RAPPORT DE LA SECTION CENTRALE DE 1892

En ce qui concerne le problème que la législation en projet doit rencontrer, le rapport de la section centrale<sup>70</sup> traduit, à un niveau plus général, celui de l'opinion et des autorités scientifiques, la même orientation que celle que nous avons observée dans l'Exposé des Motifs du projet de loi: 'l'opinion publique se préoccupe vivement du sort des enfants moralement abandonnés. Des philosophes, des juriconsultes, des magistrats effrayés des progrès de la criminalité et convaincus qu'une loi répressive, malgré de notables améliorations, sont impuissantes à arrêter le mal, invitent instamment le législateur à tourner les regards du côté des enfants et à organiser leur protection légale'.<sup>71</sup> Par ailleurs, en ce qui concerne la population-cible, il est clair qu'il s'agit 'des enfants matériellement ou moralement abandonnés', c'est à dire des mineurs en danger et non des mineurs délinquants. C'est là que se situe le droit d'intervention de l'État dans la famille: 'Quand la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfance sont menacées; quand il est vrai de dire qu'en réalité il (l'enfant) n'a pas de parents ou qu'il vaudrait mieux pour lui n'avoir jamais connu les siens, le législateur peut-il se détourner et refuser aux pouvoirs publics le droit de pénétrer dans le sanctuaire profané de la famille?'<sup>72</sup>

69. *Ibidem*.

70. Rapport fait au nom de la section centrale par R. COLAERT, séance du 27 avril 1892, *Doc. parl.*, Chambre, 1892-1893, pp. 100-112.

71. *Ibidem*, p. 100.

72. *Ibidem*.

C'est en fait la section centrale, directement inspirée par les discussions et les résolutions du congrès d'Anvers de 1891, qui provoque la rupture et jette les bases d'un droit nouveau.<sup>73</sup> D'emblée, la question du *discernement* comme fondement de la décision du juge est posée et la pertinence du critère est mise en doute, moins sur le plan de la rationalité que sur celui de l'efficacité. 'À première vue, ce système est rationnel: celui qui ne peut pas encore discerner entre le bien et le mal n'est pas responsable de ses actes ... mais il est incontestable que ce système généralement critiqué, n'a pas produit les heureux effets que le législateur semblait en attendre'. La raison de cet échec est très justement observée. 'L'expérience a parlé: les tribunaux n'ont pas les éléments nécessaires pour se prononcer en connaissance de cause sur la question du discernement; ils se laissent guider par le plus ou moins de garanties que présentent les parents du jeune délinquant'.<sup>74</sup> Dans ces conditions, tout en reconnaissant 'que le projet de loi apporte des améliorations notables à la législation actuelle', la section centrale 'propose d'aller plus loin'<sup>75</sup> et ses amendements aux articles 12 à 18 s'écartent très sensiblement du projet du gouvernement.<sup>76</sup>

À l'article 13 du projet de J. LEJEUNE de 1889, qui 'maintient la classification des enfants de moins de 16 ans en deux catégories: ceux qui ont agi avec discernement et ceux qui ont agi sans discernement', la section centrale oppose les vives attaques que 'cette classification et le traitement différent infligé à ces deux catégories d'enfants par le code pénal' ont suscitées, notamment au congrès d'Anvers.<sup>77</sup> Immédiatement on observe que le débat se situe sur différents plans entre lesquels il y aura de multiples glissements et qui concernent autant la méthode que le fond: celui de la responsabilité et celui de la sanction ou de la mesure; celui du juge et celui de l'administration; celui du pénal et du pénitencier; celui de l'assistance et de la prévention, etc. Pour certains parlementaires, cette classification doit être laissée à l'administration; pour d'autres, 'le discernement introduit dans nos lois pénales pour reconnaître si l'enfant est vicieux ou non, s'il doit être soumis à tel régime, est un mode inexact d'observation'; pour d'autres encore, 'c'est à l'assistance qu'il faut demander la solution du problème qui jusqu'ici a été placée sur le terrain pénal et pénitencier ... Les mesures préventives sont les meilleures que l'on puisse prendre d'abord'.<sup>78</sup> En fait, ce n'est pas le principe du discernement, sa nature ou son contenu qui est discuté ni critiqué; ce sont plutôt les conditions de sa mise en œuvre et ses effets. L'intervention d'A. PRINS au congrès d'Anvers qui se situe au niveau du rôle des tribunaux sera décisive et elle rassemble l'essentiel des idées nouvelles. Il est inutile, estime-t-il, d'obliger le juge à choisir entre le discernement et le non discernement. 'La seule chose que le tribunal doit se demander est celle-ci: faut-il laisser l'enfant à son milieu? Peut-on le laisser à sa famille? Ou bien cet enfant est-il dangereux? Faut-il l'arracher à son milieu, le prendre, le protéger, lui donner une tutelle administrative'.<sup>79</sup> La section centrale propose, dès lors, de supprimer dans la loi la question du discernement et elle amende en ce

73. *Ibidem*, pp. 105-106.

74. *Ibidem*, p. 105.

75. *Ibidem*.

76. *Ibidem*, pp. 110-111.

77. *Ibidem*, p. 105.

78. *Ibidem*.

79. *Ibidem*.

sens l'article 13 du projet de J. LEJEUNE: 'l'enfant âgé de moins de 16 ans accomplis qui a commis un délit ne peut être mis en jugement'.<sup>80</sup> Des mesures seront néanmoins ordonnées à l'encontre de ce mineur: soit le renvoi à ses parents ('il est possible que l'enfant ait subi de mauvaises influences au dehors, tandis que le foyer domestique, même sous le chaume, est resté sain ... c'est à la famille qu'il faut le restituer et le placer sous le regard du père et de la mère, toujours plus vigilant, plus affectueux, plus efficace que celui d'une administration quelconque'), soit le placement dans un établissement de bienfaisance ou d'instruction par les soins du comité de patronage ou d'une personne charitable présentant les garanties suffisantes ou, à leur défaut, dans une école de bienfaisance de l'État.<sup>81</sup>

### C. LA LOI DU 15 FÉVRIER 1897 SUR LE VAGABONDAGE ET LA MENDICITÉ

La discussion qui entoure l'adoption de la loi du 15 février 1897 permet utilement de faire une synthèse (provisoire) des idées et des propositions sur le régime pénal des mineurs. Comme nous l'avons vu, les enfants et les vagabonds partagent le sort commun d'être le lieu de tous les dangers.

Le point de départ est le fameux article 25 de la loi du 27 novembre 1891<sup>82</sup> dont l'objectif est clair: éviter à l'enfant les effets d'une condamnation, lutter contre l'application d'une peine au jeune délinquant, surtout lorsqu'il ne s'agit que d'une contravention ou de petits délits. Pourquoi? 'L'incarcération et la tare du dossier judiciaire exercent sur les enfants une répression morale telle qu'il est impossible de les rétablir. À moins de ne pas vouloir se préoccuper du danger qui menace la société, il faut à tout prix éviter à l'enfant les promiscuités pernicieuses, les influences démoralisatrices, les causes qui le vouent pour ainsi dire fatalement à la criminalité. La science pénitentiaire a, pour répéter un mot devenu célèbre, fait banqueroute: les criminalistes n'ont pas hésité à faire aveu d'impuissance'. Par ailleurs, la montée de la délinquance révélée par la statistique révèle que c'est parmi les enfants que se recrute 'la redoutable armée de criminels récidivistes contre laquelle il faut défendre la société'. La conclusion s'impose. 'Défendre absolument de condamner les enfants à la prison ou à l'amende; rechercher dans un meilleur régime éducatif le moyen d'arracher l'enfant au mal, de réformer ses penchants pervers et d'empêcher ainsi les jeunes délinquants de devenir des professionnels du crime'.<sup>83</sup> Nous avons ici, presque à l'état pur, la logique sur laquelle s'est construite la protection de l'enfance: échec de la peine de prison, augmentation de

80. *Ibidem*, p. 110. L'incompatibilité entre le fait de reconnaître le discernement et de prononcer un non lieu disparaît.

81. *Ibidem*, p. 105 et p. 110.

82. 'Lorsqu'un individu qui n'avait pas atteint l'âge de 16 ans accomplis au moment du fait, sera traduit devant le tribunal de police du chef d'une infraction que la loi punit d'un emprisonnement de moins de huit jours, d'une amende de 26 francs ou de ces deux peines cumulées, le juge de paix, même dans le cas où il y aurait récidive, ne le condamnera ni à l'emprisonnement ni à l'amende, mais, selon la nature ou la gravité du fait, le renverra de la poursuite ou le mettra à la disposition du gouvernement jusqu'à sa majorité'.

83. Projet de loi modifiant les articles 25 et 30 de la loi du 27 novembre 1891 pour la répression du vagabondage et de la mendicité. Rapport fait au Sénat par la Commission de la Justice, *Pasin.*, 1897, p. 104.

---

la délinquance, abandon de la peine au profit d'un système éducatif visant la réforme des jeunes délinquants et, dès lors, la prévention du crime.

*D. LA PROPOSITION DE LOI DU 16 DÉCEMBRE 1904  
SUR LA PROTECTION DE L'ENFANCE*

La dissolution des Chambres en mai 1900 devait à nouveau frapper le projet de caducité. Les députés H. DENIS, E. VANDERVELDE et J. PICARD déposent à la Chambre le 16 décembre 1904 une proposition de loi sur la protection de l'enfance qui, 'avec le sentiment d'un remords collectif', entend poursuivre et parachever l'œuvre de réforme entreprise par J. LEJEUNE.<sup>84</sup> Elle reprend, dès lors, les dispositions essentielles au projet du 10 août 1889.

Il est intéressant d'observer, dans les développements de la proposition de loi, que les parlementaires inscrivent expressément celle-ci dans un ensemble législatif dont nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer certains aspects, ce qui confirme l'hypothèse selon laquelle la protection de l'enfance participe à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle à la mise en place d'un projet social global de redressement et de prévention. 'Nous espérons soustraire ainsi à de nouveaux retards cette partie essentielle d'une œuvre de protection sociale ... Préparée par sa collaboration à la loi du 13 décembre 1889 réglant le travail des femmes et des enfants, par la loi sur la protection des enfants employés dans les professions ambulantes du 28 mai 1888, par la loi sur le vagabondage et la mendicité du 27 novembre 1891 et la réorganisation des odieuses maisons de correction pour enfants, elle se rattache directement, d'une part, à un projet de loi sur la recherche de la paternité aujourd'hui sur le point d'aboutir et à cette proposition de loi pour la police des mœurs qui est destinée elle-même à effacer l'une des hontes de notre société civilisée. L'œuvre protectrice de l'enfance ne s'arrêtera pas là encore; la préservation de la première enfance s'impose au législateur ... d'autres propositions plus importantes encore suivront celle-là'.<sup>85</sup>

Mais la Chambre est retenue par des questions politiques urgentes, notamment, celles relatives à l'acquisition de la colonie du Congo. Le discours du trône du Roi Léopold II le 9 novembre 1910 évoque cependant expressément la protection de l'enfance parmi les préoccupations sociales.

*E. LE CAHIER D'AMENDEMENTS DU GOUVERNEMENT (1911)  
ET LE RAPPORT DE LA SECTION CENTRALE (1912)*

Le 15 décembre 1911, le gouvernement, par le ministre de la justice H. CARTON DE WIART, déposa un cahier d'amendements, qu'il sous-amenda lui-même.<sup>86</sup>

Les amendements du gouvernement sont, pour la plupart, relatifs à la juridiction nouvelle que leurs auteurs proposent d'établir sous la dénomination de *juge des enfants*. Alors que traditionnellement la protection de l'enfance est assimilée au

---

84. Proposition de loi du 16 décembre 1904 sur la protection de l'enfance et Développements, *Doc. parl.*, Chambre, session 1904-1905, n° 442, pp. 123-133.

85. *Ibidem*.

86. Amendements déposés par le gouvernement, 15 décembre 1911, Document n° 36, *Pasin.*, 1912, pp. 259 et s.

juge des enfants, nous constatons que c'est la première fois en 1911, c'est-à-dire 20 ans après le dépôt du premier projet de loi sur la protection de l'enfance par Jules LEJEUNE le 10 août 1889, que la question de la création législative d'un tribunal pour enfants est posée. Cette innovation va accélérer le processus de transformation du régime juridique de la responsabilité du mineur, ce que confirme l'hypothèse selon laquelle c'est dans l'application des textes, dans leur mise en œuvre, leur pratique, que se situent la raison et les motifs du changement.

En ce qui concerne le *discernement*, l'élément nouveau réside en ceci: les amendements du gouvernement passent tout simplement sous silence la distinction fondée sur le discernement. Il en résulte, constate la section centrale, 'que la question ne sera plus posée à l'avenir pour le motif bien simple que si le parlement se rallie au système du gouvernement, elle sera résolue par le silence même de la loi: avant 16 ans l'enfant sera présumé avoir agi sans discernement; après cet âge, il aura agi avec discernement'.<sup>87</sup> Ayant elle-même proposé dans son rapport de 1892 l'abandon de l'exigence du discernement, la section centrale accueille l'innovation en se bornant à rappeler les critiques dont cette distinction avait déjà fait l'objet. Elle signale, en outre, que la loi hollandaise de 1901 modifiant le Code pénal, l'avant-projet de Code pénal de 1908 et le projet de Code de procédure pénale allemand auraient tous choisi le même système. C'est en définitive de manière relativement sommaire et assorti d'un commentaire laconique que l'exigence du discernement est abandonnée pour les mineurs délinquants, rompant radicalement avec le régime pénal antérieur et ouvrant la voie à la mise en place d'un régime nouveau fondé sur d'autres présupposés.

#### F. LE DÉBAT PARLEMENTAIRE

Par rapport aux vingt-trois années de gestation laborieuse du projet, le débat parlementaire fut très bref, ce qui confère à la législation adoptée une certaine physiologie. Elle résulte moins d'une discussion publique que d'une volonté gouvernementale et d'un travail de commission auxquels on demanda aux parlementaires d'adhérer.

La proposition amendée par la section centrale de 1911-1912 et contre-amendée par le gouvernement vient devant la Chambre des représentants les 2 et 3 avril 1912 et, en deuxième lecture, les 18 et 19 avril 1912. Le vote est obtenu à la Chambre par 82 voix, contre 11 et 37 abstentions. Le texte est alors acheminé au Sénat où le rapport de la commission de la justice est déposé par le sénateur Alexandre BRAUN le 3 mai 1912. La discussion générale sur le texte et sur chacun des articles a lieu le 13 mai 1912 (séances du matin et de l'après-midi). Le vote est obtenu au Sénat par 56 voix et 14 abstentions.<sup>88</sup>

Le débat sur le chapitre II intitulé – 'Les mesures à l'égard des mineurs traduits en justice' – révèle subitement que se met en place 'un droit nouveau' qui 'boule-

87. *Ibidem*, p. 275.

88. *Annales parl.*, Chambre, session 1911-1912, séances du 2, 3, 18 et 19 avril 1912, pp. 1451-1527, 1711-1729, 1749-1766; Rapport de la commission de la justice au Sénat par A. BRAUN, *Doc. parl.*, Sénat, session 1911-1912, n° 51; *Annales parl.*, Sénat, session 1911-12, séance du 13 mai 1912, pp. 635-647. Voy. l'ensemble du débat parlementaires dans la *Pasin.*, 1912, pp. 294 à 435.

---

verse le Code pénal, le Code d'instruction criminelle, le Code civil, la loi sur l'organisation judiciaire et la Constitution'.<sup>89</sup>

En 1912 comme en 1889, le *point de départ* est inchangé: 'c'est la marée montante de la criminalité infantile et sa répercussion sur la criminalité générale qui ont imposé peu à peu l'idée de la juridiction spéciale'.<sup>90</sup> Cette position, qui détermine les raisons de la loi, traduit un double présupposé: d'une part, la criminalité des adultes se trouve en germe dans la criminalité des enfants; d'autre part, les mesures existantes ont révélé leur insuffisance et leur précarité. Le ministre de la justice en déduit les objectifs de la loi nouvelle: 'La situation dont nous sommes témoins condamne le régime des articles 72 et suivants du Code pénal. Elle oblige le législateur attentif à s'efforcer de faire ce que le Code pénal n'a pas fait: stériliser, dans l'intérêt de la société, le germe morbide révélé par le méfait de l'enfant'.<sup>91</sup> Le thème de l'accroissement de la criminalité, constant, joint à celui de l'inefficacité du système répressif se rattache à une vision de l'enfance: 'ces êtres sont l'espoir, l'avenir de la Nation et il faut empêcher qu'ils ne deviennent comme cela arrive trop souvent des graines de criminels'.<sup>92</sup> Si les statistiques apportent la preuve de l'augmentation de la criminalité, les défauts du système pénal résulteraient, à l'expérience, de deux facteurs: d'une part, la distinction du discernement qui est souvent décevante; d'autre part, le système de répression qui 'loin de procurer l'amendement, provoque fréquemment l'endurcissement du jeune délinquant'.<sup>93</sup> C'est la même logique causaliste que le ministre de la justice développe au Sénat: 'Si nous voulons détruire ou tout au moins, combattre efficacement l'armée du crime ... c'est donc à son recrutement qu'il faut nous en prendre, c'est sa source qu'il importe de tarir. Mais comment y arriver?'.<sup>94</sup>

Quels sont les *axes* du système mis en place? Celui-ci s'articule autour de trois innovations qui s'expliquent et se justifient l'une par rapport à l'autre: le juge des enfants; la présomption de non-discernement; les mesures de garde, d'éducation et de préservation. Il s'agit d'un ensemble dont les éléments sont étroitement liés, dépendants: toute modification d'un des éléments de l'ensemble se répercute nécessairement sur les deux autres et affecte la cohérence du système.

### 1) *Le juge des enfants*

Le juge des enfants est l'institution fondamentale du projet, celle qui, en définitive, conditionne l'ensemble de celui-ci. C'est la juridiction spéciale qui justifie le nouveau régime de responsabilité et le remplacement des peines par des mesures. Le débat parlementaire sur le juge des enfants fut très important en 1912, quantitativement et qualitativement. De manière rétrospective, il nous apparaît d'une singulière actualité, ayant pressenti les possibilités de la juridiction nouvelle mais aussi ses exigences, ses difficultés et ses limites.

---

89. *Ibidem*, p. 352.

90. H. CARTON DE WIART (Chambre), *ibidem*, p. 317.

91. H. CARTON DE WIART (Sénat), *ibidem*, p. 401.

92. J. DESTREE, *ibidem*, p. 354.

94. H. CARTON DE WIART (Chambre), *ibidem*, pp. 391 et 392.

94. H. CARTON DE WIART (Sénat), *ibidem*, p. 401.

## 2) *Le discernement*

Alors que la question du discernement est fondamentale dans le régime nouveau à appliquer au mineur délinquant, elle est discutée pour la première fois au Parlement en 1912. La position du gouvernement est directement inspirée de l'enseignement des 'criminalistes' et notamment de la doctrine d'Adolphe PRINS.<sup>95</sup> Elle part de l'idée que jusqu'à 16 ans les mineurs sont présumés, de plein droit, avoir agi sans discernement et qu'ils ne peuvent, dès lors, faire l'objet d'une répression pénale. Les objections – comme aujourd'hui d'ailleurs – opposent à ce que Ch. WOESTE qualifiera de 'subtilité juridique', le poids de la réalité: il y a des mineurs qui à cet âge-là agissent avec un discernement complet et se rendent très bien compte de la moralité de leurs actes.<sup>96</sup> 'J'en conviens', répondra R. COLAERT qui précise la nature du discernement: 'il ne s'agit pas ici de discernement moral ou philosophique mais de discernement pénal. L'enfant savait-il qu'en commettant le fait qu'on lui reproche il contrevenait à une règle de droit positif?'.<sup>97</sup> Le rapport de la commission de la justice du Sénat s'exprime dans le même sens: par discernement 'on entend cette notion toute spéciale, non point de savoir en agissant que l'on fait le mal, mais que l'acte accompli est légalement frappé d'une peine et de quelle gravité'.<sup>98</sup> Une distinction est donc établie, très nettement, entre ce que l'on pourrait appeler le 'discernement ordinaire' et le 'discernement pénal'. Quant à la raison de l'abandon du critère du discernement pénal, elle se trouve dans l'impossibilité pour les juges de se prononcer sur pareille question, ce qui marque la faille – l'impasse du droit pénal classique: 'le système qui consiste à ramener toute la justice et toute l'action sociale vis-à-vis des enfants à une appréciation combien fragile du discernement ou du non discernement est condamnée par la pratique même de nos tribunaux', constate H. CARTON DE WIART qui applique à l'expérience belge l'observation de P. CUCHE soulignant le caractère instrumental de la notion. 'Aujourd'hui le juge ne prend pas telle décision parce qu'il a reconnu ou non le discernement. Mais il reconnaît ou non le discernement afin de pouvoir prendre telle décision. Ce n'est plus qu'un prétexte, une coloration'.<sup>99</sup> Il en résulte 'des acquittements d'enfants – justifiés et pernicious – ou des condamnations à des courtes peines de prison, qui font à l'enfant plus de mal que de bien'.<sup>100</sup> Exiger l'appréciation du discernement revient à établir sur une base défectueuse le régime pénal des enfants et il importe dès lors de s'affranchir de ce critère. Tel est le sens du régime nouveau pour les mineurs traduits en justice dont certaines interventions d'Henri CARTON DE WIART éclairent et précisent la portée et les limites. Ainsi, à la Chambre: 'Nous le 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'.<sup>101</sup> Et au Sénat: '... nous ne disons pas qu'au point de vue

95. R. COLAERT (Chambre), *ibidem*, p. 316.

96. Ch. WOESTE (Chambre), *ibidem*, pp. 347-316 et 323.

97. R. COLAERT (Chambre), *ibidem*, p. 316.

98. Rapport de la commission de la Justice du Sénat par A. BRAUN, *ibidem*, p. 394.

99. H. CARTON DE WIART (Chambre), *ibidem*, pp. 317-318.

100. *Ibidem*, p. 318.

101. H. CARTON DE WIART (Chambre), *ibidem*, p. 418.

moral, la question du discernement soit indifférente. Loin de là. Au point de vue moral, elle demeure essentielle. Mais nous disons qu'appliquée au jugement des mineurs la recherche du discernement qui est chose difficile, précaire et féconde en malentendus, ne doit pas dominer la décision du juge'.<sup>102</sup> Si le critère du discernement remplissait, nous l'avons vu, une fonction instrumentale, l'abandon de celui-ci remplira également une fonction de cet ordre: écarter la question du discernement permet de justifier 'la juridiction spéciale et le traitement spécial'.<sup>103</sup> Telle est en définitive la finalité de la construction juridique proposée: 'dans le régime nouveau que nous voulons instituer, le juge n'aura pas à se poser cette question embarrassante et souvent insoluble du discernement. La matérialité du fait étant établie, il aura à prendre, suivant les cas des mesures de garde, d'éducation et de préservation'.<sup>104</sup>

### 3) *Les mesures de garde, de préservation et d'éducation*

Le mineur n'étant plus punissable, il ne peut plus subir de peines et l'on assiste, dès lors, à une substitution d'objet: aux peines succéderont des mesures 'de garde, de préservation et d'éducation'. Le châtimeur cèdera donc la place au traitement qui est 'de l'essence même de l'institution nouvelle'.<sup>105</sup> 'La fin poursuivie par le législateur n'est plus un système de répression, c'est un système de préservation et d'éducation'.<sup>106</sup>

Comment le qualifier? Charles WOESTE parlera de 'système répressif de nature spéciale'.<sup>107</sup> La pénologie qui domine les mesures proposées n'entend ni entrer dans la théorie abstraite du droit de punir, ni négliger les exigences de la défense sociale. Elle se fonde sur le principe 'que la punition du méfait commis par un enfant doit revêtir un caractère plus subjectif qu'objectif, plus éducatif que répressif; puisqu'il est encore susceptible d'amendements, on doit s'efforcer de l'empêcher de retomber dans la violation de la loi. Il faut donc regarder cette violation moins comme un fait punissable que comme un symptôme de son état morale et dès lors lui appliquer un traitement qui puisse avoir effet sur son individualité encore imprécise et malléable'.<sup>108</sup>

## Conclusion

Il serait paradoxal de conclure un texte qui, d'entrée de jeu, se présente comme une invitation à engager la réflexion sur le droit pénal de ce XX<sup>e</sup> siècle qui s'achève. Une tentation serait évidemment de 'boucler la boucle' et de dissenter

102. H. CARTON DE WIART (Sénat), *ibidem*, p. 404. A l'objection de Ch. WOESTE: 'Je crois que vous m'avez mal compris. Je ne prétends nullement que les enfants en-dessous de 16 ans n'ont pas de discernement mais je dis que la juridiction nouvelle ne doit pas être établie sur la base fragile et trompeuse du discernement', *ibidem*, p. 323.

103. H. CARTON DE WIART (Chambre), *ibidem*, p. 318.

104. Rapport fait au nom de la commission de la justice du Sénat par A. BRAUN, *ibidem*, p. 405.

105. H. CARTON DE WIART (Chambre), *ibidem*, p. 317.

106. H. DENIS (Chambre), *ibidem*, p. 324.

107. Ch. WOESTE (Chambre), *ibidem*, p. 348.

108. H. CARTON DE WIART (Chambre), *ibidem*, p. 317.

---

sur la fin du modèle protectionnel, sur la fin des illusions aussi. Peut-être une telle conclusion aurait-elle une part de vérité. Peut-être aussi serait-elle quelque peu arbitraire. Plus modestement, nous pourrions simplement suggérer que le droit pénal de la défense sociale, tel qu'il s'est construit à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et que nous avons voulu approcher de manière plus impressionniste que réaliste, constitue, avec d'autres, un point de repère dans l'histoire de la pensée qui nous permet de prendre la mesure du changement.