


**REVUE
DE
DROIT PÉNAL
ET DE
CRIMINOLOGIE
AVRIL 2002**

Tiré à part

**La renonciation au meurtre: une limite essentielle au système de
l'imputation automatique du meurtre à tous les participants au
vol (art. 475 C. pén.)**

**par I. RORIVE
avec la collaboration de D. BOSQUET**

 **la charte**

La renonciation au meurtre: une limite essentielle au système de l'imputation automatique du meurtre à tous les participants au vol (art. 475 C. pén.)

I. Un cas d'école à la base d'une nouvelle réflexion sur le régime des circonstances aggravantes objectives dans la participation criminelle

Découvrant que sa grand-mère garde chez elle une importante somme d'argent, X en parle à des amis en vue d'établir un scénario de cambriolage. Il indique comment pénétrer facilement dans la maison et précise que le vol devra être commis un dimanche soir, moment où sa grand-mère est toujours absente. On lui rétorque que point n'est besoin d'attendre que la maison soit vide pour s'emparer de l'argent. En vain, tente-t-il de dissuader ses acolytes de leur projet. Alors que X se refuse expressément à toute action dans de telles conditions, lesdits amis se rendent au domicile de la grand-mère. Cette dernière résiste et est tuée¹.

Au-delà du drame humain, une telle affaire suscite, sur un plan strictement juridique, questions et réflexions.

De quel chef la personne qui a 'indiqué le vol' est-elle incriminable lorsqu'elle s'est désolidarisée de ses coauteurs potentiels dès l'instant où le vol devait se commettre en présence de la victime?

De vol avec meurtre si l'on s'en tient à la position stricte de la Cour de cassation².

Est-il toutefois juridiquement défendable d'appliquer les conséquences découlant des circonstances aggravantes objectives à celui qui, alors qu'il a expressément renoncé à la commission d'un fait en raison des risques qu'il comporte, y a néanmoins participé au sens de l'article 66, alinéa 3 du Code pénal? En d'autres termes, le système de l'imputation automatique de la

(1) Ce 'cas d'école' est tiré d'une affaire récemment tranchée par la Cour d'assises de Bruxelles où X a été condamné du chef de complicité de vol avec meurtre. Une telle incrimination s'explique mal sur un plan strictement juridique (arrêt de renvoi de la Chambre des mises en accusation de Bruxelles du 31 mai 2000, n° 1590/2000; arrêt de la Cour d'assises de Bruxelles-Capitale du 25 octobre 2000, n° 5822). En fournissant une aide indispensable à la réalisation de l'infraction, à la différence d'une aide accessoire, X est un *coauteur* et non un *complice*. Il est très probable que des considérations d'équité aient motivé un tel verdict. Cette affaire témoigne une fois encore du malaise engendré par le système de l'imputation automatique du meurtre à tous les participants au vol.

(2) Voir *infra*, au point III. B. de l'exposé.

circonstance aggravante de meurtre à tous les participants au vol se justifie-t-il lorsque les faits réellement accomplis ne correspondent pas à ceux auxquels l'agent avait la volonté de participer?

Cette affaire nous a conduit à revisiter, de manière critique, le régime des circonstances aggravantes dans la participation criminelle, plus particulièrement dans l'hypothèse du vol avec meurtre. De l'avis de l'éminent théoricien du droit américain Ronald DWORKIN, un tel cas d'espèce (qu'il n'aurait pas manqué de qualifier de '*hard case*') permet d'accéder à une meilleure compréhension de la nature des règles juridiques, laquelle suppose nécessairement un retour aux principes qui les sous-tendent³.

D'emblée, précisons que, selon nous, le droit positif belge permet de sortir du système de l'imputation automatique des circonstances aggravantes objectives. Avant de définir à quelles conditions l'agent peut être condamné pour l'infraction principale sans être tenu par ses circonstances aggravantes réelles, un rappel du contexte juridique dans lequel s'insère une telle question s'impose. Dans un premier temps, nous aurons égard au régime légal auquel est soumise la participation criminelle. Ensuite, nous nous attacherons à préciser le sort réservé aux circonstances aggravantes objectives en cas de participation, tout spécialement lorsqu'un meurtre a été commis pour faciliter le vol ou en assurer l'impunité (C. pén., art. 475). Nous ferons alors état des critiques doctrinales que ce système d'imputation pénale a, sur le plan des principes, déjà soulevées. L'angle plus restreint sous lequel nous avons choisi d'aborder cette question nous permettra finalement d'établir que, dans notre droit, un participant au fait principal de vol peut échapper à la circonstance aggravante de meurtre.

(3) *Taking rights seriously*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1977; *Law's Empire*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1986.

II. Le régime général de la participation (C. pén., art. 66 et 67)⁴

La participation criminelle règle la question de l'imputabilité d'une infraction lorsque plusieurs y ont concouru: «il s'agit de savoir quand et jusqu'où l'on peut imputer le fait réalisé à d'autres qu'à son exécutant»⁵. Sans avoir physiquement collaboré aux agissements délictueux d'autrui, une personne peut ainsi voir sa responsabilité pénale engagée parce qu'elle a favorisé ces agissements par la création d'un état délictueux latent ou par la commission d'une faute⁶.

Pour qu'il y ait participation au sens du chapitre VII du Code pénal, plusieurs conditions générales doivent être réunies, à savoir:

- la connaissance par l'agent du caractère délictueux de l'acte principal et sa volonté de s'y associer;
- l'exécution d'un des actes de participation prévus par la loi;
- l'existence d'une infraction principale qui soit constitutive d'un crime ou d'un délit prévu par le Code pénal.

Un comportement peut donc être incriminable, non pas parce qu'il revêt *per se* un caractère délictueux, mais parce qu'il est rattaché à une infraction selon un mode établi par la loi.

(4) Pour un aperçu plus général, consulter J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal*, Gand, Librairie générale de Ad. Hoste, 1879, 3^e éd., pp. 368 et s.; J.S.G. NYPELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété principalement au point de vue de la pratique*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, t. I, 1896, pp. 169-181 et pp. 185-210; A. BRAAS, *Précis de droit pénal*, Bruxelles-Liège, Bruylant-Vaillant Carmanne, 1946, 3^e éd., pp. 157-168, n^{os} 241-263; *R.P.D.B.*, v^o Infractions et répression en général, E. BRUNET, J. SERVAIS et CH. RESTEAU (dir.), t. VII, 1950, pp. 82 et s., n^{os} 477 et s.; G. DELEIXHE et M. FRANCHIMONT, «Aspects de la participation criminelle en Belgique», *Rev. dr. pén.*, 1955-1956, pp. 890-904; J. CONSTANT, *Manuel de droit pénal*, Liège, Imp. des Invalides, 1956, pp. 278-333; P.E. TROUSSE, «La participation criminelle en droit pénal positif belge», *R.I.D.P.*, 1957, pp. 150-175; P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, Bruxelles, Larcier, Extrait des *Novelles*, vol. II, 1962, pp. 114-153, n^{os} 3839-4163; A. MARCHAL et J.P. JASPAR, *Droit criminel. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Larcier, 1965, 2^e éd., pp. 119-131, n^{os} 316bis-340; P.-L. BODSON, *Manuel de droit pénal. Principes généraux de la répression: commentaire du livre I du Code pénal et des lois complémentaires*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1986, pp. 310-327; C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 2^e éd., pp. 255-265, n^{os} 297-313; *Qualifications et jurisprudence pénales*, Bruges, La Chartre, v^o Participation, VI.1997, pp. 5 et s.; F. TULKENS, et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, Diegem, Kluwer & Story-Scientia, 1999, 5^e éd., pp. 371-382. En France, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 1984, 6^e éd., t. I, pp. 649 et s.

(5) C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *o.c.*, 1995, p. 258, n^o 301.

(6) R. MERLE et A. VITU, *o.c.*, 1984, t. I, p. 636, n^o 496.

Les articles 66 et 67 du Code pénal énumèrent, de manière limitative, les actes de participation punissables. La première de ces dispositions vise les cas de corréité, alors que la seconde concerne la complicité.

Trois formes de corréité sont prévues par le Code pénal :

- l'exécution ou la coopération directe à l'exécution d'un crime ou d'un délit (C. pén., art. 66, al. 2);
- l'aide indispensable, c'est-à-dire tout 'fait quelconque' sans lequel le crime ou le délit n'eût pu être commis (C. pén., art. 66, al. 3);
- la provocation qui consiste à faire naître une résolution criminelle ou à la renforcer (C. pén., art. 66, al. 4). Dans l'hypothèse du mandat criminel c'est-à-dire lorsque la provocation s'adresse à une ou plusieurs personnes déterminées, la loi précise les différents moyens par lesquels celle-ci peut se réaliser. Il s'agit de dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machination ou artifices coupables.

Les cas de complicité ont trait, de manière générale, à l'aide ou l'assistance simplement utile à la préparation ou à la commission d'une infraction (C. pén., art. 67, al. 4). La distinction entre les coauteurs et les complices établie par les articles 66 et 67 du Code pénal repose donc sur le caractère *essentiel* ou *accessoire* de l'aide apportée à la réalisation de l'infraction. Il s'agit d'une question de fait appréciée souverainement par le juge du fond. Parmi les multiples formes de complicité qui sont ainsi punissables, le Code pénal en vise plus spécifiquement deux : les instructions données (C. pén., art. 67, al. 2) et les moyens matériels fournis en vue de la réalisation de l'infraction (C. pén., art. 67, al. 3).

A la différence des coauteurs qui sont passibles de la même peine que l'auteur des faits (C. pén., art. 66, al. 1^{er}), les complices se voient appliquer un régime plus favorable. Dans le cas d'un crime, ils sont punis de la peine immédiatement inférieure à celle qu'ils auraient encourue s'ils en avaient été l'auteur (C. pén., art. 69, al. 1^{er}). Dans l'hypothèse d'un délit, la peine n'excédera pas les deux tiers de celle qui leur serait applicable en qualité d'auteur (C. pén., art. 69, al. 2).

Le comportement du participant est donc sanctionné en fonction de l'infraction à laquelle il se rapporte. Cette répression se fonde sur ce qu'il est convenu d'appeler la *criminalité d'emprunt* : «le participant est puni sur la base de la qualification qui eût dû être donnée au fait si le participant avait été l'auteur principal»⁷. En d'autres termes, les actes accomplis par le

(7) R. DECLERCQ, «Tentative, participation, désistement», *Rapports belges au XII^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé (Sydney)*, Antwerpen, Kluwer-Bruxelles, Bruylant, 1986, vol. 1, p. 461. Voir aussi P.E. TROUSSE, *o.c.*, *R.I.D.P.*, 1957, pp. 166-167.

participante « emprunte » la criminalité de l'acte réalisé par l'auteur, étant entendu que les opérations matérielles qui caractérisent la corréité ou la complicité sont le plus souvent dépourvues d'une criminalité propre⁸.

III. L'application des circonstances aggravantes aux participants: le cas du meurtre commis pour faciliter le vol ou en assurer l'impunité (C. pén., art. 475)

L'application de la théorie de la criminalité d'emprunt ne va pas de soi lorsque la participation criminelle intervient dans une situation où le fait principal est assorti de circonstances aggravantes. De quel chef, en effet, faut-il punir le participant qui était dans l'ignorance de telles circonstances?

Cette problématique n'est pas neuve. Elle avait déjà été abordée par le commissaire-rapporteur J.J. HAUS lors de l'élaboration du Code pénal de 1867. Elle est particulièrement délicate dans l'hypothèse du meurtre commis pour faciliter le vol ou en assurer l'impunité (C. pén., art. 475). A cet égard, on a pu en outre se demander s'il n'était pas artificiel de considérer qu'un meurtre puisse être l'accessoire d'un vol alors que sur le plan de la gravité de l'acte posé, nul ne songerait à adhérer à une telle échelle de valeurs. Nous verrons cependant que dans une jurisprudence ferme et constante, la Cour de cassation analyse le meurtre comme la circonstance aggravante objective du vol, fait principal.

A. Le Code pénal de 1867: la distinction entre les circonstances aggravantes objectives et subjectives

Dès les travaux préparatoires du Code pénal de 1867 s'est posée la question de savoir si, comme dans le système consacré par la Cour de cassation de France depuis la promulgation du Code criminel de 1810, les participants sont toujours pénalement responsables des circonstances aggravantes qui ont accompagné la perpétration de l'infraction à laquelle ils ont concouru ou s'il faut, pour ce faire, qu'ils en aient eu connaissance

(8) R. MERLE et A. VITU, *o.c.*, 1984, t. I, p. 651, n° 507. Remarquez que la criminalité d'emprunt peut être absolue ou relative. Elle est absolue dans le système français où le complice est en tous points assimilé à l'auteur. Elle est relative dans le Code pénal belge en ce sens que le *quantum* de la peine applicable aux complices est moindre que celui susceptible d'être infligé aux auteurs et coauteurs. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une véritable criminalité d'emprunt puisque l'incrimination légale est qualitativement identique pour tous les participants.

au moment de leur participation. Le sujet n'a pas manqué d'être abordé par la commission en charge de la participation criminelle. Celle-ci proposa de distinguer les circonstances aggravantes subjectives ou personnelles des circonstances aggravantes objectives ou réelles et de considérer que seules ces dernières pèsent en principe sur tous les participants :

«L'individu qui a coopéré à une infraction n'est coupable de participation qu'autant qu'il a agi avec connaissance. Mais suffit-il qu'il ait su que par son fait il facilitait l'exécution d'un crime, ou faut-il qu'il ait également connu les circonstances aggravantes qui ont accompagné le crime? (...)

Il faut (...) distinguer entre les circonstances aggravantes qui résultent de qualités personnelles, telles que la qualité de père, de fils, de tuteur, de fonctionnaire public, de domestique, et les circonstances qui sont inhérentes au crime, telles que les circonstances aggravantes d'un vol. Les premières restent à charge de celui d'entre les participants qui en est l'objet; elles ne peuvent donc nuire aux complices, si elles se rencontrent dans l'auteur, *quand même les complices en auraient eu connaissance*. Les secondes, au contraire, se communiquent, dans le système du Code pénal, à tous ceux qui ont participé au crime, *quand même ils les auraient ignorées*»⁹.

Certains criminalistes de l'époque prétendaient toutefois que les participants ne peuvent jamais encourir une peine plus rigoureuse en raison de circonstances aggravantes qu'ils ignoraient au moment de la perpétration de l'infraction¹⁰. Afin de rencontrer leur argumentation, la commission du gouvernement ne manqua pas de préciser sa position par la voix du commentateur J.J. HAUS :

«Nous reconnaissons qu'en théorie, pour que toute la criminalité de l'acte puisse s'étendre à tous les participants, chacun d'eux doit avoir connu, au moment de l'action, non seulement le crime, mais encore les circonstances aggravantes qui l'ont accompagné.

Mais est-il nécessaire, est-il utile que la loi consacre ce principe? Nous ne le pensons point, et nous avons de bons motifs pour ne pas suivre ce système.

(9) J.J. HAUS et J.-L. DE FERNELMONT, Cinquième Rapport fait au nom de la commission du gouvernement : «De la participation de plusieurs personnes au même crime ou délit et du recèlement», in J.-S.-G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire et complément du Code pénal belge*, Bruxelles, Bruylant-Christophe et Cie, 1872, t. I^{er}, II, n^o 301 (c'est l'auteur qui souligne). Voir aussi *ibid.*, n^{os} 364-365.

(10) *Ibid.*, n^{os} 301-302 et les références citées.

La plupart des crimes qui se commettent avec le concours de plusieurs personnes sont délibérément concertés, arrêtés à l'avance; le temps, le lieu de l'action, les moyens qui doivent y servir, sont déterminés, les rôles distribués entre les associés avant que l'on procède à l'exécution. Qu'importe dès lors que l'un des malfaiteurs ait ignoré quelques circonstances particulières qui, dans l'exécution, est venue aggraver le crime? (...) En s'unissant dans un but commun, ne se sont-ils pas soumis à toutes les chances des événements? N'ont-ils pas consenti à toutes les suites du crime?¹¹

Il y a plus: lorsqu'un individu a provoqué quelqu'un à commettre un crime, la justice le rend responsable des circonstances aggravantes avec lesquelles le mandataire, sans excéder les bornes du mandat, a exécuté le crime, ainsi que des suites de ce crime, en tant qu'il a pu les prévoir. Celui qui a chargé un autre de voler un objet gardé dans une maison fermée doit encourir, en bonne justice, la peine du voleur, quand même celui-ci aurait exécuté le crime à l'insu du provocateur, la nuit, avec le concours de plusieurs, à l'aide de menaces ou de violences contre les personnes, *à moins que le mandant n'ait formellement défendu l'emploi de ces moyens*¹².

B. Le meurtre, circonstance aggravante objective du vol dans la jurisprudence de la Cour de cassation

Dans le débat sur l'application des circonstances aggravantes objectives aux participants à l'infraction principale, une polémique particulière s'est développée autour de l'article 475 du Code pénal. On s'est ainsi demandé quel est, dans cette disposition, le fait que la loi considère comme principal et quelle est la circonstance aggravante¹³.

D'aucuns ont été jusqu'à soutenir que parmi les circonstances aggravantes prévues par le Code pénal, les circonstances aggravantes *sensu stricto* doivent être distinguées des circonstances aggravantes fictives. Le meurtre commis pour faciliter le vol ou en assurer l'impunité relèverait de

(11) J.J. HAUS reprend ainsi la réflexion que J.B. Target développa dans ses *Observations sur le projet du Code criminel* (*Ibid.*, p. 127, n° 286 et la note 2). Dans le même sens, voir aussi Cass., 8 avril 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 148; Cass., 2 octobre 1933, *Pas.*, 1934, I, p. 4.

(12) J.J. HAUS et J.-L. DE FERNELMONT, *o.c.*, n°s 304-305 (c'est nous qui soulignons).

(13) Voir les conclusions du procureur général E. JANSSENS, alors avocat général, précédant Cass., 11 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, pp. 233-234. Consulter aussi les références citées par A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal spécial*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1987, p. 326, n° 693, à la note 145.

cette dernière catégorie car «dans la réalité, le meurtre est un fait principal»¹⁴.

L'issue d'une telle controverse a un impact considérable sur le plan pratique. Alors que le jury de Cour d'assises doit être interrogé sur la participation personnelle au fait principal à travers une question par accusé, la circonstance aggravante objective ne fera l'objet que d'une question globale¹⁵.

Dans le célèbre arrêt Walmacq du 11 mai 1909, la Cour de cassation a très nettement tranché la question: le meurtre commis pour faciliter le vol ou en assurer l'impunité constitue la circonstance aggravante objective du vol, fait principal¹⁶. Elle a réaffirmé cette position à de nombreuses occasions¹⁷. En tant que circonstance aggravante réelle inhérente à l'infraction, un tel meurtre pèse sur l'ensemble des participants indépendamment de tout élément de connaissance dans leur chef.

Appliqué de manière rigoureuse, le système de l'imputation automatique des circonstances aggravantes objectives peut être lourd de conséquences. Selon le professeur Robert LEGROS, les coauteurs et les complices seront condamnés du chef de vol avec meurtre «même s'ils n'ont pas voulu le meurtre, même s'ils ont ignoré qu'un meurtre a été commis, même s'ils étaient déjà incarcérés lorsque le meurtre a été perpétré, même enfin, c'est le cas extrême, si la preuve est acquise qu'ils ont fait tout leur possible pour s'y opposer»¹⁸.

(14) M. le procureur général P. LECLERCQ, alors premier avocat général, conclusions précédant Cass., 27 février 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 180.

(15) S. SASSERATH, v° *La Cour d'assises, Les Nouvelles - Procédure pénale*, t. II, vol. 1, 1948, pp. 299-300, n° 1390; *R.P.D.B.*, v° Cour d'assises, E. BRUNET, J. SERVAIS et Ch. RESTEAU (dir.), t. III, 1950, p. 311, n°s 882-883 et p. 312, n° 896; P.E. TROUSSE, *o.c.*, Extrait des *Nouvelles*, vol. I, 1956, pp. 437-438, n°s 2813-2814; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, éd. Coll. Scient. de la Fac. de Droit de Liège et éd. du Jeune barreau de Liège, 1989, p. 647.

(16) Cass., 11 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 232 et les conclusions conformes de M. l'avocat général Edmond Janssens.

(17) Voir, notamment, Cass., 20 mai 1913, *Pas.*, 1913, I, p. 255, sp. p. 256; Cass., 14 juillet 1924, *Pas.*, 1924, I, p. 481, sp. p. 482; Cass., 1^{er} juillet 1942, *Pas.*, 1942, I, p. 164, sp. p. 165; Cass., 18 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 929, sp. p. 930; Cass., 28 novembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 401, sp. p. 403; Cass., 24 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 954, sp. pp. 955 et 958 et les conclusions de l'avocat général Janssens de Bisthoven, *Rev. dr. pén.*, 1993, p. 87 et la note; Cass., 6 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 15, sp. pp. 16-17, *Rev. dr. pén.*, 1993, p. 559 et la note; Cass., 16 février 1999, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 1181, sp. p. 1186, *T.G.R.*, 1999, p. 70. *Contra*: Cass., 1^{er} décembre 1913, *Pas.*, 1913, I, p. 18.

(18) «L'élément intentionnel dans la participation criminelle», *Rev. dr. pén.*, 1952-1953, p. 124 (c'est nous qui soulignons). Du même auteur, voir aussi «Considérations sur le vol», *Rev. dr. pén.*, 1954-1955, p. 678.

Cette position radicale a été retenue par la Cour de cassation qui y a trouvé une réponse au problème de la grande criminalité monté en épingle dans les années septante, se ralliant ainsi à l'attitude préconisée en France¹⁹.

Dans un arrêt du 18 avril 1978, notre Cour suprême a statué dans une affaire où l'un des deux participants au vol non seulement n'avait pas touché la victime, mais de surcroît avait fait une ultime tentative pour retenir son acolyte de commettre l'irréparable. Condamné comme coauteur d'un vol avec meurtre par la Cour d'assises de Flandre orientale, il introduisit un pourvoi en cassation sur un moyen pris de la violation des droits de la défense. Selon la Cour de cassation, ce principe général n'est en aucune façon atteint par le fait qu'une question unique a été posée au jury quant à la circonstance de la commission d'un meurtre pour faciliter le vol. Dans la foulée, la Cour confirme son attachement au principe de l'imputation automatique par des motifs déjà utilisés dans des décisions antérieures:

«dans le cas de l'article 475 du Code pénal, le meurtre est une circonstance aggravante réelle qui pèse en tant que telle sur tous ceux qui ont participé au vol; (...) il y a lieu d'appliquer la peine prévue par cet article à l'auteur du vol, *même si sa participation directe et personnelle au meurtre n'est pas établie*; (...) il suffit pour cela que, d'une part, il ait été informé de la nature et du but de l'infraction, c'est-à-dire du vol auquel il a participé, et que, d'autre part, il y ait une relation entre le vol et le meurtre»²⁰.

Dans une jurisprudence ultérieure de la Cour de cassation, certains auteurs ont cru déceler une remise en cause du système de l'imputation automatique des circonstances aggravantes objectives à l'ensemble des participants. Ainsi, selon Christiane HENNAU-HUBLET, dans l'arrêt *Vol-*

(19) Dans cette mouvance répressive, chacun se rappellera la loi française du 8 juin 1970, dite loi *anticasseurs*, prise après les événements de 1968. Abrogée par une législation du 23 décembre 1981, cette loi prévoyait des sanctions à l'égard des membres du groupe et des instigateurs ou organisateurs en cas de violence collective. Consulter R. MERLE et A. VITU, *o.c.*, 1984, t. I, p. 647, n° 503 et les références citées à la note 4.

(20) Cass., 18 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 930. Voir aussi Cass., 20 mai 1913, *Pas.*, 1913, I, p. 256; Cass., 14 juillet 1924, *Pas.*, 1924, I, p. 482.

ders du 9 décembre 1986²¹, «la Cour de cassation, comme elle le fit déjà dans son arrêt du 28 mai 1985²² à l'occasion d'événements semblables, concède que le complice ou le coauteur doit en tout cas savoir que l'activité qu'il entend favoriser correspond à une incrimination pénale déterminée, en l'espèce non pas un vol quelconque mais bien un vol qualifié, avec violences ou menaces. (...) De cette façon, elle applique aux participants la règle de la culpabilité personnelle qui interdit notamment qu'un prévenu puisse voir sa peine aggravée par des circonstances qu'il n'a ni voulues ni mêmes connues.» Elle en conclut que cette décision «s'inscrit (...) à contre-courant de la jurisprudence belge»²³.

Une telle analyse de l'arrêt *Volders* est loin de faire l'unanimité²⁴. Le système de l'imputation automatique des circonstances aggravantes objectives reçoit par ailleurs l'aval de décisions subséquentes de la Cour de cassation qui soulignent que la non-participation matérielle à la circons-

(21) Cass., 9 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 437 et la note de M. DE SWAEF, «Over strafbare deelneming», *R.W.*, 1987-88, p. 857. Dans cet arrêt, la Cour de cassation s'exprime comme suit:

«Attendu que pour qu'il y ait participation criminelle, il est requis que le participant, qu'il soit auteur ou complice, ait connaissance de la circonstance qu'il participe à un crime ou à un délit déterminé;

Attendu qu'à cet effet il est requis et il suffit que le participant ait connaissance de toutes les circonstances qui donnent au fait, à l'exécution duquel il coopère, le caractère d'un crime ou d'un délit déterminé; qu'il n'est toutefois requis ni que le participant connaisse en outre le lieu ou le moment où ce crime ou ce délit sera commis, ni qu'il sache au préjudice de qui ce crime ou ce délit sera commis; (...)

Attendu que par [leur] motivation les juges d'appel considèrent que le demandeur avait connaissance de la circonstance que l'arme qu'il procurait devait servir à commettre un crime déterminé, à savoir un vol avec violences ou menaces» (*Pas.*, 1987, I, p. 438. Une motivation similaire sera reprise par Cass., 18 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 495; *R.W.*, 1994-95, col. 359 et la note de B. SPRIET, «Het materieel en het moreel bestanddeel van een strafbare deelneming aan diefstal»).

(22) Cass., 28 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1214. Il s'agissait de savoir si une personne qui a fourni une arme aux auteurs d'un hold-up est complice en vertu de l'article 67, alinéa 3 du Code pénal alors que le hold-up en vue duquel l'arme avait été remise cinq semaines auparavant n'avait pas été commis. La Cour de cassation considère «qu'à défaut d'accord limitatif particulier (...) en ce qui concerne un objectif déterminé du hold-up projeté, c'est en connaissance de cause et intentionnellement que le demandeur a remis l'arme» (*Pas.*, 1985, I, p. 1217).

(23) C. HENNAU-HUBLET, «La participation punissable: vers un affranchissement de la théorie de l'emprunt de criminalité?», *Rev. dr. pén.*, 1990, p. 592. Voir aussi J. VERHAEGEN, «Le vol avec meurtre: un 'concours idéal' érigé par la loi en circonstance aggravante objective», *Rev. dr. pén.*, 1997, p. 194, avec la réserve émise à la note 24.

(24) «L'emprunt matériel de criminalité entre participants. Réflexions à partir de Cassation 9 décembre 1986 (arrêt *Volders*)», Synthèse de la réunion du Séminaire de droit pénal qui s'est tenue à l'U.C.L. le 26 avril 1990, *Rev. dr. pén.*, 1990, p. 1063 (opinions de MM. BROSENS, PIRET et VERSTRAETEN); F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 1999, p. 382, à la note 137.

tance aggravante ou même l'ignorance de cette dernière sont sans incidence²⁵. Il en est de même dans l'hypothèse spécifique du vol avec meurtre. A l'occasion d'un arrêt du 6 janvier 1993, la Cour de cassation a réaffirmé de manière générale que les circonstances aggravantes réelles, «y compris celle de meurtre (...) pèsent en tant que telles sur tous ceux qui ont participé à chacun des vols, même si leur participation directe et personnelle à ces circonstances aggravantes n'est pas établie et s'ils n'avaient pas voulu celles-ci»²⁶.

IV. Le système de l'imputation automatique des circonstances aggravantes objectives en proie aux critiques des auteurs

Dans la ligne de la jurisprudence, la majorité de la doctrine²⁷ considère que les circonstances aggravantes objectives se communiquent aux participants indépendamment de toute connaissance de leur part et, *a fortiori*, de leur intention de s'y associer.

(25) Dans une décision du 24 novembre 1987, la Cour de cassation dispose «que la circonstance aggravante prévue à l'article 469 du Code pénal est une circonstance aggravante objective qui est applicable à tous les participants, même s'ils n'ont pas eux-mêmes exercé des violences ou fait des menaces» (*Pas.*, 1988, I, p. 363, sp. pp. 364-365, c'est nous qui soulignons).

A l'occasion d'un arrêt du 19 octobre 1988, la Cour de cassation considère «que les conséquences qui sont résultées [de l'infraction à l'article 392 du Code pénal] constituent une circonstance aggravante objective et que la peine infligée par application de l'article 400 du Code pénal, doit frapper chacun des auteurs de l'infraction encore qu'il soit reconnu que certains d'entre eux n'ont point participé à la circonstance aggravante du délit et même qu'ils l'ont ignorée» (*Pas.*, 1989, I, p. 185, sp. p. 186, *Rev. dr. pén.*, 1989, p. 107 et la note, c'est nous qui soulignons).

Dans une affaire de viol avec violences sur une personne mineure tranchée le 11 mai 1994, la Cour de cassation décide que les circonstances aggravantes objectives frappent légalement tous les participants «fût-il même reconnu que certains d'entre eux n'ont point participé à toutes les circonstances aggravantes et même qu'ils les ont ignorées» (*Pas.*, 1994, I, p. 464, sp. p. 465, c'est nous qui soulignons).

Dans une décision du 4 mars 1998, la Cour de cassation décide que les circonstances prévues à l'article 473 «constituent des circonstances aggravantes objectives [du vol] qui doivent frapper chacun des auteurs du fait principal, lors même que certains d'entre eux n'auraient pas participé à la circonstance aggravante du crime ou l'auraient ignorée» (*Rev. dr. pén.*, 1999, p. 97, sp. p. 98, c'est nous qui soulignons).

(26) Cass., 6 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 15, sp. pp. 16-17 (c'est nous qui soulignons). La Cour de cassation du Luxembourg a consacré la même doctrine dans un arrêt du 14 juillet 1994 (*J.T.*, 1994, p. 632 et les obs. de D. SPIELMANS).

(27) Voir, notamment, les nombreuses références citées par F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 1999, p. 382, à la note 136. Consulter aussi A. BRAAS, *o.c.*, 1946, p. 262, n° 447.

Néanmoins, appliqué au vol avec meurtre, ce système de responsabilité pénale automatique a, sur le plan des principes, fait l'objet de trois critiques majeures.

Premièrement, un tel système serait peu conforme à la pensée du législateur²⁸. De l'avis du professeur VERHAEGEN, on ne peut de prime abord manquer de s'étonner que «le législateur belge de 1867 ait opté pour la condamnation à mort de voleurs qui n'auraient pris à l'acte meurtrier du complice aucune part, ni matérielle, ni intentionnelle, et qui s'y seraient même opposés, lorsqu'on sait avec quelles réserves ce même législateur envisagea la peine de mort»²⁹. Qui plus est, une analyse approfondie des travaux préparatoires du Code pénal de 1867 conduit cet auteur à soutenir que la pénalité renforcée de l'article 475 du Code pénal est subordonnée à l'établissement d'une intention de participer au meurtre, contrairement à la thèse défendue par l'avocat général E. JANSSENS en 1909 dans ses conclusions précédant l'arrêt Walmacq. L'article 475 du Code pénal semble bien viser, dans l'esprit du législateur «un concours de deux infractions intentionnelles qui, par exception aux règles 'favorables' du concours idéal, devenait *aggravant* dans le chef des coaccusés qui auraient réalisé

(28) Outre les écrits du professeur VERHAEGEN cités ci-après, consulter également G. DELEIXHE et M. FRANCHIMONT, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1955-1956, p. 906; C. HENNAU-HUBLET, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1990, p. 1061.

(29) J. VERHAEGEN, «Meurtre pour faciliter le vol», *Rev. dr. pén.*, 1974-1975, p. 786; voir aussi, du même auteur, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1997, pp. 188-189.

ce concours et dont les débats auraient démontré qu'ils avaient accepté de participer tout à la fois au vol et au meurtre»³⁰.

Deuxièmement, la solution de l'arrêt *Walmacq* méconnaîtrait le principe fondamental de la culpabilité personnelle³¹. A ce titre, la théorie de l'emprunt de criminalité a d'ailleurs fait l'objet d'une condamnation sans

(30) *O.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1997, p. 187 (c'est l'auteur qui souligne). Voir aussi, du même auteur, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1974-1975, pp. 787-791. Avec le professeur Verhaegen, force est d'admettre que la lecture des travaux préparatoires consacrés à l'article 475 du Code pénal est édifiante:

«A la question de savoir si, dans le cas de l'article 475, le meurtre constitue une circonstance aggravante du vol et devrait se communiquer *ipso facto* aux participants au vol, la réponse dans l'exposé des motifs du Code se trouve formulée de la façon suivante:

'Si vous avez chargé quelqu'un de voler et que votre mandataire joigne un meurtre au vol, si vous avez prêté à un individu un bâton, sachant qu'il doit servir à frapper une personne et qu'au moyen du bâton cet individu commette un assassinat, vous ne pouvez pas être puni ni comme coauteur du meurtre ni comme complice de l'assassinat; car l'assassinat et le meurtre ne sont pas des circonstances simplement aggravantes du vol, mais des crimes différents et qui, de plus, supposent l'intention de donner la mort, intention qui vous (aurait) été complètement étrangère' (NYPELS, *Lég. crim.*, t. I, p. 133, n° 303).

La précision est répétée à trois reprises au moins par J.-J. HAUS dans ses «Principes généraux de droit pénal belge» (éd. 1879):

'Il importe de signaler une dérogation spéciale au système de répression adopté par le législateur belge en matière de concours d'infractions. Le Code pénal punit de mort le meurtre commis, soit pour faciliter le vol (...), soit pour assurer l'impunité d'un de ces crimes ou de ces délits. Cette disposition déroge à la règle générale suivant laquelle, en cas de concours de plusieurs crimes ou d'un crime avec un ou plusieurs délits, la peine la plus forte est seule prononcée (...). Ainsi, le législateur ne considère pas le meurtre comme une circonstance aggravante du vol (...) ne formant avec ce dernier qu'un seul crime; il admet le concours du meurtre avec un autre crime ou délit, et aggrave la peine du premier à raison de ce concours' (n° 938).

'... Si l'on s'était rendu coupable d'un meurtre pour faciliter l'exécution d'un vol ou pour assurer l'impunité (art. 475 et 532 C. pén.), si l'on avait excroqué une somme d'argent en faisant usage d'une pièce fausse, il y aurait deux crimes ou délits, par conséquent concours d'infractions' (n° 901, note 2, voir aussi, n° 867 *in fine*)».

(31) G. DELEIXHE et M. FRANCHIMONT, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1955-1956, p. 906; C. HENNAU-HUBLET, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1990, pp. 599 et s. et pp. 1058 et s.; D. SPIELMANS, obs. sous Cass. lux., 14 juillet 1994, *J.T.*, 1994, p. 634; J. VERHAEGEN, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1997, p. 189. *Contra*: R. LEGROS, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1952-1953, p. 123.

réserve de la part de la doctrine pénale internationale et a été rejetée par de nombreuses législations pénales contemporaines³².

Troisièmement, l'imputation automatique de la circonstance aggravante de meurtre à tous les participants au vol heurterait «les exigences de l'intérêt social» comme en témoignerait l'attitude de certains jurys qui choisissent, soit de répondre négativement à la question du meurtre en niant factuellement, soit de répondre négativement à la question du vol, et ceci afin de ne pas exposer ceux des participants qui n'auraient pas eu l'intention du meurtre à une telle condamnation³³. Ces choix qui peuvent avoir des conséquences choquantes, démontrent à suffisance la nécessité d'offrir au juge des solutions plus appropriées.

V. La renonciation 'valable': une nouvelle approche de l'imputation automatique du meurtre à tous les participants au vol

En dépit de ces critiques, la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence qu'elle considère comme conforme, pour répondre au problème de la criminalité organisée, à l'esprit du législateur³⁴. La plupart des juges du fond estiment également que les circonstances aggravantes réelles se com-

(32) Résolution du VII^e Congrès international de droit pénal (Athènes, 1957), *R.I.D.P.*, 1958, p. 228. Voir les références citées par C. HENNAU-HUBLET, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1990, p. 600 et par J. VERHAEGEN, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1997, p. 193, à la note 18. En Belgique, cette position a été préconisée par la Commission gouvernementale pour la révision du Code pénal (*Rapport sur les principales orientations de la réforme*, Bruxelles, éd. du Moniteur belge, 1979, p. 57; *Observations de la Commission sur l'avant-projet de Code pénal de M. Robert LEGROS*, Bruxelles, éd. du Moniteur belge, 1986, p. 43). Elle a, par contre, été rejetée par le professeur R. LEGROS, commissaire royal à la réforme du Code pénal (*Avant-projet de Code pénal*, éd. du Moniteur belge, 1985, article 59 à la p. 19 et «Exposé des motifs» à la p. 125).

(33) J. VERHAEGEN, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1974-1975, pp. 185 et 191; voir aussi, du même auteur, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1997, p. 189. Dans le même sens, consulter les interventions de MM. DE BECO et VANDEMEULEBROECKE, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1990, p. 1066.

(34) Cass., 6 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 15, sp. p. 17 (où la Cour de cassation reprend la motivation de la Cour d'assises). Voir aussi Cour ass. Brabant, 14 octobre 1992, *Rev. dr. pén.*, 1993, p. 243, sp. p. 244; Cour ass. Bruxelles-Capitale, 11 décembre 1995, *Rev. dr. pén.*, 1996, p. 346, sp. p. 348. Notez que ce point de vue ne fait pas l'unanimité: voir Séminaire de droit pénal du 26 avril 1990 (U.C.L.), *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1990, pp. 1069 et s.; J. VERHAEGEN, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1997, pp. 190 et s.

muniqment à l'ensemble des participants indépendamment de toute connaissance de leur part³⁵.

L'imputation automatique du meurtre à tous les participants au vol paraît donc incontournable dans notre droit, tel qu'il est appliqué aujourd'hui. Tout au plus a-t-on pu constater que certains présidents de Cour d'assises acceptent de poser la question de la culpabilité du chef de meurtre à l'égard de chacun des participants au vol. Selon d'autres, au contraire, «à peine de méconnaître la notion juridique de circonstance aggravante réelle, il ne se conçoit pas que les questions afférentes à celles-ci puissent être posées séparément pour chaque coauteur ou complice supposé du vol, alors que ces circonstances aggravantes réelles, à l'inverse de celles dites personnelles, les concerneraient nécessairement tous»³⁶.

Si la Cour de cassation a jugé que les articles 337³⁷ et 338³⁸ du Code d'instruction criminelle n'interdisent nullement l'individualisation des questions relatives aux circonstances aggravantes objectives³⁹, elle a également décidé qu'une violation de l'article 6, § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacre la présomption d'innocence ne saurait se déduire du refus du président d'une Cour d'assises de personnaliser la question relative aux circonstances aggravantes objectives. Selon la Cour de cassation en effet, comme les circonstances aggravantes réelles «retombent sur tous ceux qui, d'une manière quelconque ont coopéré au fait ou s'en sont rendus complices,

(35) Voir, par exemple, Corr. Namur, 25 novembre 1981, *R.R.D.*, 1982, p. 60; Corr. Bruxelles, 28 avril 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 862, *J.T.*, 1989, p. 697, sp. p. 699 (affaire dite du Heysel); Bruxelles, 26 juin 1990, *J.T.*, 1991, p. 106, sp. 107, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1135 (affaire dite du Heysel); Corr. Bruxelles, 15 avril 1991 et Bruxelles, 16 mars 1992, *Rev. dr. pén.*, 1992, p. 790; Liège, 9 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 8; Corr. Namur, 23 septembre 1993, *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 920.

(36) Cour ass. Brabant, 14 octobre 1992, *Rev. dr. pén.*, 1993, p. 243, sp. p. 244. Voir aussi Cour ass. Brabant, 17 juin 1986, *R.W.*, 1986-87, col. 1928, note L. DECLERCQ: «Diefstal: verzwarende omstandigheid»; Cour ass. Bruxelles-Capitale, 11 décembre 1995, *Rev. dr. pén.*, 1996, p. 346, sp. p. 348.

(37) En vertu de l'article 337 du Code d'instruction criminelle, «La question résultant de l'acte d'accusation sera posée en ces termes: 'L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre, tel vol, ou tel autre crime'».

(38) Selon l'article 338 du Code d'instruction criminelle, «S'il résulte des débats une ou plusieurs circonstances aggravantes non mentionnées dans l'acte d'accusation, le président ajoutera la question suivante: 'L'accusé a-t-il commis le crime avec telle ou telle circonstance?'».

(39) Cass., 5 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 434, sp. p. 435; Cass., 1^{er} février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 117, sp. p. 121, *R.W.*, 1996-97, p. 741 et la note de A. VANDEPLAS, «Over de verwijzing naar een andere zitting»; Cass., 17 mai 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 516, sp. p. 518; Cass., 8 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1285; Cass., 16 février 1999, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 1181, sp. p. 1187, *T.G.R.*, 1999, p. 70.

indépendamment de la connaissance que chacun d'eux aurait eue de ces circonstances (...) il s'ensuit qu'on ne saurait déduire du refus du président de la Cour d'assises de poser la question relative aux circonstances aggravantes objectives séparément pour chacun des accusés une méconnaissance de la présomption d'innocence»⁴⁰. Qui plus est, de l'avis de la Cour de cassation, «aucune disposition légale ni aucun principe général de droit» n'interdit au président d'une Cour d'assises de refuser d'individualiser la question relative à une circonstance aggravante objective⁴¹.

Nous défendons la thèse qu'au-delà des critiques que soulève la théorie de la criminalité d'emprunt au regard des principes généraux du droit pénal, les fondements sur lesquels repose cette théorie ne permettent pas de justifier la condamnation d'un individu du chef de vol avec meurtre lorsqu'il a renoncé à la commission matérielle du fait parce qu'il comporte le risque de la perpétration d'un meurtre. Dans une telle hypothèse, seule une incrimination pour vol peut être retenue à partir du moment où des actes de participation punissables ont été posés. Il est entendu que la même thèse nous paraît *mutatis mutandis* applicable à l'ensemble des circonstances aggravantes objectives.

La communication automatique de la circonstance aggravante de meurtre à tous les participants au vol repose sur l'idée qu'en adhérant au projet de vol, chaque participant a pris le risque du meurtre, a implicitement acquiescé à la possibilité du meurtre.

Selon les termes de la Cour de cassation, «En s'unissant dans un but commun, les complices se soumettent à toutes les chances des événements et consentent à toutes les suites de l'infraction»⁴². Par une telle argumentation, la Cour entend satisfaire à l'élément moral de la participation criminelle exigé par la loi, à savoir la participation de l'agent à la commission d'une infraction déterminée *en connaissance de cause et de manière intentionnelle*.

Une telle justification est cependant insoutenable dans l'hypothèse où le participant a refusé de prendre part au vol en raison des risques qu'il comportait s'il était commis dans ces circonstances-là. En d'autres termes, la personne qui organise un vol en prévoyant sa commission à un moment où la victime sera absente de son domicile, mais qui se désiste du projet criminel parce que ses complices refusent d'attendre un tel moment,

(40) Cass., 17 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 349, sp. p. 352, *Rev. dr. pén.*, 1997, p. 214.

(41) Cass., 16 février 1999, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 1181, sp. p. 1187, *T.G.R.*, 1999, p. 70.

(42) Cass., 2 octobre 1933, *Pas.*, 1934, I, p. 4. La Cour de cassation reprend les propos de J.J. HAUS qui lui-même les tenait de M. Target (voir *supra*, note 11).

échappe à l'incrimination du meurtre *s'il est montré que cette personne a valablement renoncé à la commission matérielle du vol.*

Il est donc possible de sortir du système de l'imputation automatique des circonstances aggravantes objectives en renonçant aux risques qu'elles traduisent, c'est-à-dire en rompant le lien effectif entre le mode de participation et la réalisation de la circonstance aggravante objective.

Ce cas de figure n'est pas sans rappeler celui du provocateur dans l'hypothèse où l'infraction réellement exécutée n'est pas identique à celle qu'il a commanditée⁴³. Si les auteurs sont divisés sur le point de savoir dans quelle mesure le provocateur supporte les conséquences de l'acte qu'il a instigué, ils s'accordent par contre pour considérer que le provocateur ne répond en aucune manière des faits qui ne se rattachent pas au mandat criminel, soit qu'ils y soient complètement étrangers, soit qu'ils en aient été expressément exclus⁴⁴.

Reste à déterminer les conditions d'une rupture entre le mode de participation et la réalisation de la circonstance aggravante objective. Dans cette entreprise, le régime légal applicable au désistement de l'agent par lequel le commencement d'exécution échappe à la qualification de tentative fait figure de modèle. Le désistement dans la tentative vise en

(43) Rappelons que la provocation à la commission d'une infraction, généralement appelée 'mandat criminel', est prévue par l'alinéa 4 de l'article 66 du Code pénal qui, au point de vue de la participation à l'infraction, assimile celui qui l'a provoquée à celui qui l'a matériellement exécutée.

(44) J.J. HAUS, *o.c.*, 1879, pp. 396-398, n^{os} 521-523; J.S.G. NYPELS et J. SERVAIS, *o.c.*, t. I, 1896, pp. 191 et s., n^o 8 (citant l'Exposé des motifs de J.J. HAUS); *R.P.D.B.*, v^o Infractions et répression en général, E. BRUNET, J. SERVAIS et Ch. RESTEAU (dir.), t. VII, 1950, p. 91, n^o 508; J. VANHALEWIJN, «Bijdrage tot de studie van de strafbare declinering in Belgisch strafrecht», *R.W.*, 1961-62, col. 1540-1541; P.E. TROUSSE, *o.c.*, Extrait des *Novelles*, vol. II, 1962, p. 134, n^{os} 3998-4002; C.J. VANHOUDT et W. CALEWAERT, *Belgisch Strafrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1976, t. II, n^{os} 1209-1211; R. MERLE et A. VITU, *o.c.*, 1984, t. I, pp. 672-673; R. DECLERCQ, *o.c.*, 1986, vol. I, pp. 470-473; C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *o.c.*, 1995, pp. 260-261, n^{os} 305-306; F. VERBRUGGEN et C. FJNAUT, «Belgium - The criminal justice system facing the challenge of organised crime», Rapport national rendu à l'occasion du colloque de Naples des 18-20 septembre 1997, *R.I.D.P.*, 1997. Dans le même sens, mais de manière plus générale, voir S. BRAHY, «De l'effet justificatif de l'erreur en droit pénal», *Rev. dr. pén.*, 1976, p. 349.

effet souvent des situations similaires à celles de la renonciation aux circonstances aggravantes⁴⁵.

Ainsi, à l'instar du régime applicable en matière de tentative, la renonciation à la possibilité d'une circonstance aggravante objective doit, pour être valable, revêtir trois qualités:

- (1) être *volontaire*, c'est-à-dire découler d'un acte de volonté et non de circonstances fortuites ou d'un événement extérieur;
- (2) être *dénuée d'équivoque*, à savoir être expresse ou ressortir clairement du comportement de l'agent;
- (3) être *exprimée en temps utile*, ce qui implique, dans l'hypothèse d'un vol avec meurtre, que la renonciation précède la perpétration matérielle du vol puisque c'est cette dernière qui comprend le risque du meurtre⁴⁶.

Appliquées à l'exemple classique du 'guetteur', ces conditions conduisent aux résultats suivants. Dans l'hypothèse où une personne accepte, sans spécification particulière, de faire le guet pour couvrir un cambriolage qui se solde par un meurtre, elle doit répondre de ce dernier, car elle a pris le risque de sa perpétration. Il n'en irait différemment que si la personne chargée du guet constate à son arrivée ou dans les premiers temps du vol que la maison est habitée et qu'elle se désolidarise de l'opération en quittant les lieux.

A moins que la renonciation à la possibilité de la perpétration d'un meurtre ne soit accompagnée d'un acte susceptible d'interrompre la com-

(45) Rappelons que dans notre droit, l'arrêt involontaire des actes formant le commencement d'exécution d'un crime ou d'un délit constitue l'un des éléments de la tentative punissable (C. pén., art. 51). Sur la notion de désistement volontaire qui fait échapper un commencement d'exécution à l'incrimination de tentative d'un crime ou d'un délit, voir, notamment, P.E. TROUSSE, *o.c.*, Extrait des *Novelles*, vol. I, 1956, p. 362, nos 2295 et s., p. 371, n° 2363 et p. 372, n° 2366; C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *o.c.*, 1995, pp. 173-174, n° 199; F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 1999, p. 322.

(46) Ces conditions ne sont pas sans rappeler celles qui président à l'admission de causes d'excuses absolutoires de dénonciation (C. pén., art. 136, 192, 304, 326; Loi du 24 février 1921 concernant le trafic de substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques, art. 6). Il est toutefois entendu que la renonciation n'implique pas en tant que telle dénonciation.

mission du vol (comme, par exemple, prévenir la police ...) ⁴⁷, elle n'exonère pas de l'incrimination pour vol puisque les actes de participation ont, à cet égard, partiellement sorti leurs effets.

Il est donc parfaitement envisageable dans notre droit d'être coupable d'un vol sans devoir répondre du meurtre qui a été commis pour le faciliter ou en assurer l'impunité. Partant, la présomption qui s'attache au système de l'imputation automatique de la circonstance aggravante de meurtre à tous les participants au vol doit être *requalifiée*: la présomption *iuris et de jure* de connaissance et d'adhésion à cette circonstance aggravante devient une présomption *iuris tantum*.

Dans cette interprétation, le président de la Cour d'assises est placé devant l'*obligation* d'individualiser les questions sur la circonstance aggravante de meurtre lorsqu'il est plaidé et qu'il ressort des débats qu'un des participants a renoncé à la perpétration matérielle du fait en raison des risques qu'il comportait. Par extension de motifs avec le régime de la cause d'excuse légale, cette obligation repose sur l'article 339 du Code d'instruction criminelle ⁴⁸: à l'instar du fonctionnement de la cause d'excuse légale, lorsque l'accusé plaide la renonciation à la commission de la circonstance aggravante objective, le président doit poser une question séparée quant à la culpabilité du chef de meurtre. Dans cette hypothèse, tout comme en ce qui concerne la cause d'excuse de provocation (C. pén., art. 411), il appartiendra, le cas échéant, au Ministère public ainsi qu'à la partie civile d'établir que cette allégation est dénuée de toute vraisemblance.

Le système consacré par notre Cour de cassation comprend donc bien en filigrane la thèse selon laquelle la circonstance aggravante objective de

(47) Remarquez à cet égard que le fait de ne pas empêcher la commission matérielle du meurtre est insuffisant pour établir la participation. Il est en effet de doctrine et de jurisprudence constantes que la circonstance qu'un individu n'a rien fait pour éviter la perpétration d'une infraction ne permet pas de le considérer comme auteur ou complice au sens du Code pénal. Voir, notamment, J.J. HAUS et J.-L. DE FERNELMONT, *o.c.*, in J.-S.-G. NYPÉLS, 1872, t. I^{er}, II, n° 310; P. FORIERS, «Les délits dits d'omission», *Rev. dr. pén.*, 1951-1952, pp. 501-503; G. DELBIXHE et M. FRANCHIMONT, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 1955-1956, pp. 897-898; Cass., 23 octobre 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 91, sp. p. 93; Cass., 24 septembre 1951, *Pas.*, 1952, I, p. 13 et la note signée R.H.; Cass., 24 février 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 571; Liège, 5 avril 1973, *Pas.*, 1973, II, p. 132; Gand, 20 février 1992, *R.W.*, 1992-93, col. 305 et la note de J. SOENEN, «Deelneming door onthouding».

(48) En vertu de cette disposition, «Lorsque l'accusé aura proposé pour excuse un fait admis comme tel par la loi, la question sera ainsi posée. 'Tel fait est-il constant?'». Sur le régime des questions à poser au jury en matière de causes d'excuses, voir S. SASSERATH, v° La Cour d'assises, *Les Nouvelles - Procédure pénale*, t. II, vol. I, 1948, p. 311, n°s 1469 et s.; *R.P.D.B.*, v° Cour d'assises, E. BRUNET, J. SERVAIS et Ch. RESTEAU (dir.), t. III, 1950, p. 313, n°s 904-911.

meurtre ne rejaillit pas automatiquement sur tous les participants au vol. Il en résulte qu'à notre avis, ne méconnaît pas la jurisprudence de la Cour suprême le juge qui, tout en punissant le coauteur d'un vol de ce chef, ne lui applique pas la circonstance aggravante de meurtre parce qu'il avait valablement renoncé à la commission matérielle du fait en raison des risques liés à sa perpétration.

Isabelle RORIVE,
Assistante à la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles,
Chercheuse au *Centre for socio-legal studies* de l'Université d'Oxford

en collaboration avec Denis BOSQUET,
Assistant à la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles,
Avocat au Barreau de Bruxelles