

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La procédure pénale et le droit pénal

Colette-Basecqz, Nathalie; Blaise, Noémie

Published in:

Manuel d'expertise judiciaire comptable

Publication date:

2011

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Colette-Basecqz, N & Blaise, N 2011, La procédure pénale et le droit pénal. dans *Manuel d'expertise judiciaire comptable: l'expertise judiciaire comptable : aspects théoriques*. Les manuels pratiques des FUCaM, Anthemis, Limal, pp. 99-186.

General rights

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

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

Take down policy

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

La procédure pénale et le droit pénal

Nathalie COLETTE-BASECQZ

*Chargée de cours aux F.U.N.D.P. Namur
Avocate au barreau de Nivelles*

et

Noémie BLAISE

Assistante aux F.U.N.D.P. Namur

Chapitre I

Introduction à la procédure pénale

Section 1

Les principes directeurs de la procédure pénale

Il est essentiel de rappeler les principes directeurs de la procédure pénale afin de mieux appréhender le contexte dans lequel va évoluer l'expertise judiciaire comptable en matière pénale.

§ 1. Le principe de légalité

Le principe de légalité est l'un des principes les plus fondamentaux du droit pénal¹. Il est notamment consacré par les articles 12 et 14 de la Constitution, selon lesquels « nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit » et « nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi »².

Le principe de légalité trouve son fondement dans la sécurité juridique. La loi pénale doit présenter les qualités d'accessibilité, de précision et de prévisibilité³ afin que tout citoyen puisse connaître, au moment où il adopte un compor-

¹ L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, n° 94.

² Les normes de droit international qui consacrent ce principe sont l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

³ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 17.

tement (qu'il s'agisse d'un acte positif ou d'une omission d'agir), le caractère pénalement répréhensible ou non de celui-ci.

La Cour constitutionnelle peut être saisie, dans le cadre d'une question préjudicielle ou d'un recours en annulation, pour violation de ces articles 12 et 14 de la Constitution.

§ 2. Le droit à un procès équitable

C'est l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantit le droit de chacun à un procès équitable :

«Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi (...).»

Il s'agit là du droit le plus souvent invoqué dans les requêtes soumises à la Cour européenne des droits de l'homme.

§ 3. La présomption d'innocence et le droit au silence

La présomption d'innocence, érigée en principe général du droit⁴, est inscrite à l'article 6, § 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

«Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie».

La présomption d'innocence s'impose à toutes les autorités : judiciaires comme publiques⁵. Elle s'applique dès la phase préparatoire du procès, pendant toute la durée de la procédure, jusqu'à ce que la culpabilité de l'accusé soit légalement établie.

Le respect de la présomption d'innocence s'impose dans les communications des différents acteurs du système judiciaire avec la presse⁶. Une violation de la présomption d'innocence commise dans la presse n'entraîne cependant pas nécessairement une violation de la présomption d'innocence dans le chef du juge⁷.

⁴ Cass., 17 septembre 2003, J.T., 2003, p. 730, note O. KLEES, « L'article 10, 1^{er}, de la loi du 18 mars 1998 instituant les commissions de libération conditionnelle ».

⁵ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 1024.

⁶ Cette question est d'autant plus délicate au stade de la phase préparatoire, puisque celle-ci est de nature secrète (voy. articles 28quinquies, §§ 3 et 4 (information) et 57, §§ 3 et 4 (instruction) du Code d'instruction criminelle).

⁷ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 5^e éd., Bruges, la Charte, 2008, p. 28.

Ce n'est pas dans la Convention européenne, mais à l'article 14.3.g du Pacte international relatif aux droits civils et politiques que le droit au silence est expressément consacré. Cette disposition énonce que « toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : (...) À ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable ». La Cour européenne reconnaît toutefois que le droit au silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont compris dans la notion de procès équitable⁸.

Le prévenu a donc le droit de garder le silence et ce, dès le début des poursuites⁹. Il ne peut être forcé à répondre aux questions qui lui sont posées¹⁰, ni à collaborer à l'administration de la preuve¹¹. Rien n'interdit cependant au prévenu d'apporter la preuve d'un élément susceptible de l'exonérer de sa responsabilité.

C'est à la partie poursuivante – ministère public et partie civile – qu'incombe la charge de la preuve. La preuve doit porter sur tous les éléments constitutifs, et le cas échéant aggravants, de l'infraction. Lorsque le prévenu soulève, pour sa défense, une cause de justification ou de non-imputabilité, c'est aussi à la partie poursuivante qu'il revient d'apporter la preuve de l'inexistence de ce moyen de défense, pourvu que celui-ci ne soit pas dépourvu de toute vraisemblance¹².

Le doute quant à la culpabilité du prévenu lui profite (*in dubio pro reo*). En effet, la condamnation d'un innocent est considérée comme un dommage plus grave que l'impunité du coupable¹³. Le juge ne peut ainsi déclarer une personne coupable que s'il considère qu'il a la certitude qu'elle est coupable « au-delà de tout doute raisonnable »¹⁴.

Par ailleurs, il arrive que le législateur instaure, dans certaines matières dites « réglementaires » (où les infractions sont innombrables et ne sont souvent apparentes que de manière fugitive) des présomptions réfragables de culpabilité, afin d'alléger la charge de la preuve dans le chef de la partie poursuivante¹⁵.

⁸ C.E.D.H., 25 février 1993, *Funke c. France*, www.echr.coe.int/echr/.

⁹ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 1408.

¹⁰ Sous le couvert du droit au silence, le prévenu a même le droit de mentir, au contraire des témoins qui, eux, sont tenus de dire « toute la vérité ».

¹¹ Ce qui constitue une différence importante avec l'administration de la preuve en matière civile.

¹² Cass., 21 avril 1998, *Arr. Cass.*, 1998, p. 440 et *Bull.*, 1998, p. 464.

¹³ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 1411.

¹⁴ Cass., 10 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 726 ; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 1442 ; R. DECLERCQ, *Éléments de procédure pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 807.

¹⁵ Voy. N. BASECQZ et N. DENIES, « Droit de l'environnement et droit économique et social : réflexions sur l'élément moral dans les lois et règlements particuliers », *Le défaut de prévoyance à l'épreuve des faits et du droit – Droit belge et droit comparé*, R.D.P.C., 1994, pp. 473-508 ; J. D'HAENENS, « L'incrimination non intentionnelle dans le droit pénal codifié et réglementaire », *Le défaut de prévoyance à l'épreuve des faits et du droit – Droit belge et droit comparé*, R.D.P.C., 1994, p. 462.

Pour ces infractions «réglementaires», la preuve de la culpabilité du prévenu est déduite de la simple transgression matérielle du règlement¹⁶. La preuve contraire peut cependant toujours être rapportée par le prévenu.

§ 4. Les droits de la défense

Les droits de la défense sont les droits que possède toute personne pour se protéger de la menace que constitue pour elle un procès¹⁷.

Le droit à l'assistance d'un avocat et d'un interprète, le droit d'être informé des charges, de leur nature et de leur cause, le droit d'avoir le temps et les facilités nécessaires pour préparer sa défense, le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins, etc., font partie de ces droits de la défense.

Les droits de la défense sont énoncés à l'article 6, § 3, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁸, selon lequel : « tout accusé a droit notamment à :

- a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;
- b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;
- c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;
- d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;
- e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ».

§ 5. Une procédure à la fois accusatoire et inquisitoire

Partagé entre l'objectif d'efficacité (que prône le système inquisitoire) et l'objectif de respect des droits de l'homme (mieux défendu par le système accusatoire) que doit poursuivre le droit de la procédure pénale, le législateur a opté pour une solution mixte. En effet, en ce qui concerne l'instruction, notre Code

¹⁶ N. COLETTE-BASECQZ, « Réflexions critiques sur les présomptions de responsabilité en droit pénal », in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 509-526.

¹⁷ F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, « L'évolution des droits de la défense depuis un siècle », in *Cent ans de publication de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles, la Charte, 2007, pp. 171-215.

¹⁸ Ils sont aussi consacrés par l'article 14.3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

d'instruction criminelle s'inspire plutôt du système inquisitoire¹⁹, tandis qu'en ce qui concerne le jugement, il s'inspire davantage du système accusatoire²⁰.

§ 6. La publicité des débats

Le même article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacre aussi le principe de la publicité des débats. Il prévoit en effet que : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) publiquement (...) » et que « (...) le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales, la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

La Constitution, quant à elle, consacre deux articles à la publicité : l'article 148, qui prévoit que « les audiences des tribunaux sont publiques, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs ; et, dans ce cas, le tribunal le déclare par un jugement. En matière de délits politiques et de presse, le huis clos ne peut être prononcé qu'à l'unanimité » et l'article 149 selon lequel « (...) (tout jugement) est prononcé en audience publique ».

La publicité des débats constitue l'une des garanties fondamentales de notre système juridictionnel. Elle permet au public d'exercer un contrôle sur l'activité des cours et tribunaux, sans lequel celui-ci ne pourrait pas leur accorder sa confiance. On comprend, dès lors, pourquoi le huis clos ne peut être prononcé qu'exceptionnellement.

§ 7. Le délai raisonnable

C'est encore l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacre le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable²¹.

¹⁹ « Tout en maintenant le caractère inquisitorial de l'instruction répressive, notre droit de la procédure pénale a connu, ces dernières années, des développements qui tendent à la rendre davantage contradictoire sans pour autant la faire basculer dans un système de type accusatoire » (N. BANNEUX, « Le caractère contradictoire de certains actes d'instruction : essai de synthèse », J.T., 2008, p. 65).

²⁰ La phase de jugement est, quant à elle, publique, orale et contradictoire.

²¹ Voy. aussi article 14.3.c du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : toute personne a droit « à être jugée sans retard excessif ».

Il ne faudrait pas, en effet, que l'inculpé – présumé innocent – soit laissé trop longtemps dans l'incertitude quant à l'issue de son procès et ait à souffrir trop longtemps d'un procès dans lequel il pourrait être acquitté. Laisser s'écouler un délai trop long pourrait aussi entraîner la disparition de preuves ou compromettre les droits de la défense.

Les règles à prendre en compte pour apprécier si un délai est raisonnable²² se présentent comme suit :

- le délai raisonnable en matière répressive commence à courir au moment où une personne est accusée²³ ; une personne est accusée dès qu'elle se trouve dans l'obligation de se défendre, soit lorsqu'elle est formellement inculpée par le juge d'instruction, soit lorsqu'elle est interrogée, comme suspect, par une personne concernée à titre professionnel par l'information ou l'instruction judiciaire ou qu'une mesure de contrainte prévue par la loi, impliquant que des soupçons pèsent sur elle, est prise contre sa personne, sa demeure ou ses biens²⁴ ;
- le délai raisonnable doit être apprécié à la lumière des circonstances de la cause et eu égard à plusieurs critères : sa complexité, le comportement du prévenu et celui des autorités judiciaires²⁵ ;
- la durée de la procédure pénale qui doit être appréciée comprend aussi bien celle de l'information ou de l'instruction que celle de l'examen de la cause devant la juridiction de jugement²⁶.

Quant aux conséquences qui résultent du dépassement du délai raisonnable, il y a lieu de les examiner, d'une part, sous l'angle de la preuve et des droits de la défense, d'autre part, sous l'angle de la sanction.

Si le dépassement du délai raisonnable a entraîné une déperdition des preuves, la juridiction de jugement ne pourra pas déclarer les préventions établies (de même, la juridiction d'instruction se devra de constater l'absence de charges suffisantes) ; dans ce cas, l'acquiescement (ou le non-lieu) devra être prononcé²⁷. Lorsque le dépassement du délai raisonnable a porté une atteinte grave et irré-

²² H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., pp. 46-51.

²³ Voy. notamment C.E.D.H., 25 septembre 2007, *De Clerck c. Belgique*, J.T., 2007, p. 741, note F. KUTY, « Le *dies a quo* du délai raisonnable dans l'hypothèse d'un délit collectif par unité d'intention : un désaveu prévisible ».

²⁴ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 47.

²⁵ Voy. notamment C.E.D.H., 15 juillet 2002, *Stratégies et communications et Dumoulin c. Belgique*, J.L.M.B., 2002, p. 1406.

²⁶ Cass., 8 février 2005, *Pas*, 2005, I, p. 318.

²⁷ Cass., 22 octobre 1986, *Pas*, 1987, I, p. 240 ; Cass., 27 mai 1992, R.D.P.C., 1992, p. 998, obs. H.-D. B., J.L.M.B., 1992, p. 983, obs. A. MASSET ; Cass., 1^{er} février 1994, *Bull.*, 1994, p. 140.

médiable aux droits de la défense, rendant impossible la tenue d'un procès équitable, les poursuites doivent être déclarées irrecevables²⁸.

Si la preuve n'a pas été perdue ou si l'exercice des droits de la défense n'est pas devenu impossible, il appartient au juge de déterminer la sanction du dépassement du délai raisonnable qu'il constate, et ce conformément à l'article 21^{ter} du titre préliminaire du Code de procédure pénale²⁹. Il peut soit prononcer la condamnation par simple déclaration de culpabilité, soit prononcer une peine prévue par la loi, mais réduite de manière réelle et mesurable par rapport à celle qu'il aurait infligée s'il n'avait pas constaté la durée excessive de la procédure³⁰.

§ 8. Le double degré de juridiction et la motivation des décisions

L'article 149 de la Constitution stipule que tout jugement doit être motivé³¹. C'est ainsi que tout jugement doit contenir les motifs qui ont déterminé la conviction du juge. Cette obligation de motivation est une garantie essentielle contre l'arbitraire et s'impose comme preuve que le magistrat a examiné soigneusement les moyens qui lui étaient soumis et a médité sa décision^{32 33}.

En outre, en principe, les décisions rendues en première instance par une juridiction pénale peuvent faire l'objet d'un nouvel examen en appel. C'est ce qu'on appelle le droit à un double degré de juridiction.

Deux textes internationaux garantissent ce droit. Il s'agit de l'article 2 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales^{34 35}, auquel la Belgique n'est toutefois pas liée, et de l'article 14.5³⁶ du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui, lui, a fait l'objet d'une réserve de la part de la Belgique.

²⁸ C. const., 18 février 2010, n° 16/2010, *www.const-court.be* ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, op. cit., p. 1170.

²⁹ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 434.

³⁰ Cass., 4 février 2004, R.D.P.C., 2004, p. 845.

³¹ L'article 149 de la Constitution ne s'applique pas aux décisions rendues par les juridictions d'instruction (Cass., 14 avril 1999, *Pas*, 1999, I, p. 206 ; Cass., 20 septembre 2000, *Pas*, 2000, I, p. 484), à moins que celles-ci ne statuent comme juridiction de fond (internement, suspension du prononcé).

³² Cass., 12 mai 1932, *Pas*, 1932, I, pp. 166-167.

³³ L'obligation de motivation des jugements découle également de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

³⁴ « Toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation. (...) »

³⁵ Fait à Strasbourg, le 22 novembre 1984.

³⁶ « Toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi. »

Par conséquent, la règle du double degré de juridiction³⁷ souffre toujours, en dépit de ces textes internationaux, de deux exceptions: les arrêts rendus par la cour d'assises et les arrêts rendus par la cour d'appel, lorsqu'elle exerce son privilège de juridiction ou d'évocation. Ces arrêts ne sont pas susceptibles d'un nouvel examen en appel. La règle du double degré de juridiction n'est pas non plus observée pour le tribunal de l'application des peines, puisque ses décisions ne sont susceptibles que d'un recours en cassation.

§ 9. Le droit à la liberté individuelle

L'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacre le droit à la liberté et à la sûreté et limite les possibilités de privation de liberté, selon les voies légales, aux cas qu'il énumère limitativement, tout en prévoyant des garanties procédurales au profit de la personne arrêtée ou détenue :

« 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

- a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent;
- b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour inobservation à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi;
- c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci;
- d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente;
- e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond;
- f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.

3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat

³⁷ La règle du double degré de juridiction n'est pas un principe général du droit (Cass., 9 septembre 1986, *Bull.*, 1987, n° 16).

habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

5. Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation»³⁸.

§ 10. Le droit au respect de la vie privée

Aux termes de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

La Constitution garantit également ces droits :

- dans son article 22: « Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale (...) »;
- dans son article 15: « Le domicile est inviolable; aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit »;
- dans son article 29: « Le secret des lettres est inviolable. La loi détermine quels sont les agents responsables de la violation du secret des lettres confiées à la poste ».

Le droit au respect de la vie privée n'est cependant pas absolu. Tant la Convention européenne que la Constitution en fixent les limites. Ainsi, la Convention européenne précise-t-elle qu'il peut y avoir ingérence d'une autorité publique « pour autant que cette ingérence (soit) prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». La Constitution, quant à elle, dispose que chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, « sauf dans les cas et conditions fixés par la loi ».

Le droit au respect de la vie privée trouve de nombreux domaines d'application en droit de la procédure pénale, et notamment en matière de visites domiciliaires et de perquisitions, d'écoutes téléphoniques, de secret professionnel, etc.

³⁸ Voy. aussi l'article 12 de la Constitution garantissant la liberté individuelle.

§ 11. L'égalité et la non-discrimination

L'article 10 de la Constitution énonce le principe d'égalité des citoyens devant la loi et l'article 11, le principe de non-discrimination.

La Cour constitutionnelle peut être saisie, dans le cadre d'une question préjudicielle ou d'un recours en annulation, pour violation de ces articles 10 et 11 de la Constitution.

Section 2

La distinction entre l'action publique et l'action civile

L'action publique est celle qui appartient à la société. Elle ne peut être exercée que par le ministère public et vise à la répression des infractions et à l'application des peines.

Mais, très souvent, l'infraction ne provoque pas seulement un trouble social qu'il faut sanctionner par le biais de l'action publique. Elle cause aussi un dommage qu'il convient de réparer. Ainsi, dans bien des cas, seront exercées à la fois une action publique et une action civile, l'action civile étant celle qui est exercée par les personnes lésées par le dommage issu de l'infraction et qui vise à obtenir réparation de celui-ci.

Or, l'action civile peut, si elle est poursuivie en même temps que l'action publique, être portée devant les juridictions pénales (article 4 du titre préliminaire du Code de procédure pénale). L'action publique est alors l'objet principal du procès pénal, tandis que l'action civile en est l'objet accessoire.

On peut distinguer l'action publique et l'action civile sur la base de trois critères : la source, le but et le caractère³⁹.

Si l'action publique trouve sa source dans l'infraction, l'action civile se fonde quant à elle sur le dommage né de l'infraction. Le but de la première est d'ordre public et vise l'application des peines, tandis que la seconde poursuit un objectif d'ordre privé, à savoir la réparation d'un dommage. Il est impossible pour le ministère public de renoncer à l'action publique, sauf dans trois cas : la transaction (article 216bis du Code d'instruction criminelle), la médiation (article 216ter du Code d'instruction criminelle), le classement sans suite (article 28quater du Code d'instruction criminelle). En revanche, s'agissant de l'action civile, la personne lésée peut toujours transiger, se désister, ou encore acquiescer.

L'action publique et l'action civile ont des existences totalement indépendantes l'une de l'autre. On en trouve deux illustrations dans le Code d'ins-

truction criminelle qui prévoit, d'une part, que l'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, mais qu'elle peut aussi l'être séparément (article 4 du titre préliminaire du Code de procédure pénale) et qui prévoit, d'autre part, que la renonciation à l'action civile n'arrête pas l'exercice de l'action publique (article 5 du titre préliminaire du Code de procédure pénale). Ainsi, l'exercice de l'action publique n'est-il subordonné ni à l'existence, ni à l'exercice de l'action civile (et inversement).

Bien qu'indépendantes l'une de l'autre, l'action publique et l'action civile sont toutefois en interaction l'une avec l'autre, ceci résultant du fait que les deux actions sont relatives à la même infraction, mais aussi du fait que les deux actions peuvent être poursuivies devant la même juridiction pénale.

On peut dire, d'une part, que l'action civile interfère sur l'action publique :

- parce que la victime de l'infraction peut exercer l'action civile devant la même juridiction pénale que celle devant laquelle le ministère public exerce l'action publique (article 4 du titre préliminaire du Code de procédure pénale) ;
- parce que la victime de l'infraction peut mettre en mouvement l'action publique afin de pouvoir saisir la juridiction pénale de son action civile⁴⁰ ;
- le juge saisi de l'action publique réserve d'office les intérêts civils, même en l'absence de constitution de partie civile, si la cause n'est pas en état d'être jugée quant à ces intérêts⁴¹ ; toute personne lésée par l'infraction peut déposer une requête⁴² auprès de la juridiction qui s'est prononcée sur l'action publique afin qu'elle statue sur les intérêts civils qu'elle a réservés.

On peut dire, d'autre part, que l'action publique interfère sur l'action civile :

- parce que le juge pénal ne peut connaître de l'action civile qu'accessoirement à l'action publique, avec pour conséquence que si, en ce qui concerne l'action publique, il déclare l'infraction non établie, il doit se déclarer incompétent pour connaître de l'action civile⁴³ ;

⁴⁰ Par constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction (crimes et délits, article 63 du Code d'instruction criminelle), ou par citation directe (contraventions et délits, articles 145 et 182 du Code d'instruction criminelle).

⁴¹ Cet article 4 a été modifié par la loi du 13 avril 2005 modifiant diverses dispositions légales en matière pénale et de procédure pénale en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire (M.B., 3 mai 2005). Cette loi a été modifiée par l'article 37 de la loi du 23 décembre 2005 portant des dispositions diverses (M.B., 30 décembre 2005).

⁴² Cette requête vaut constitution de partie civile.

⁴³ Toutefois, lorsque la cause d'extinction de l'action pénale survient après que la juridiction du fond a été saisie et que l'action civile est engagée avant l'extinction de l'action pénale, le juge du fond reste compétent pour connaître de cette action civile (R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafproceduur*, Antwerpen, Maklu, 2007, p. 187).

³⁹ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 162.

- parce que, si l'action civile est poursuivie devant un juge civil (et non devant un juge pénal, en même temps que l'action publique), l'exercice en est suspendu tant que le juge pénal ne s'est pas prononcé définitivement sur l'action publique, intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile («le criminel tient le civil en l'état») (article 4 du titre préliminaire du Code de procédure pénale);
- parce que la décision prise par le juge pénal s'impose au juge civil (autorité de la chose jugée au pénal sur le civil⁴⁴). C'est de ce principe général du droit que vient l'obligation du juge civil de surseoir à statuer tant que le juge pénal n'a pas lui-même statué⁴⁵.

§ 1. L'action publique

a) L'exercice de l'action publique

C'est le ministère public qui exerce l'action publique :

- le ministère public peut poursuivre d'office les infractions; il n'a nul besoin d'attendre qu'une plainte soit déposée par la victime⁴⁶;
- dans le chef du ministère public, la décision de poursuivre est facultative : il dispose d'un pouvoir d'appréciation en légalité et en opportunité, fondé sur l'article 28^{quater} du Code d'instruction criminelle, selon lequel « (...) le procureur du Roi juge de l'opportunité des poursuites. Il indique le motif des décisions de classement sans suite qu'il prend en la matière ».

⁴⁴ L'autorité de la chose jugée s'attache à tout ce qui a été décidé au pénal concernant l'existence des faits imputés au prévenu, quelle qu'en soit la qualification juridique, et en prenant en considération les motifs qui sont le soutien nécessaire de la décision; la Cour de cassation, depuis un arrêt du 15 février 1991, a décidé que l'autorité de la chose jugée au pénal ne faisait pas obstacle à ce que, lors d'un procès civil ultérieur, une partie ait la possibilité de contester les éléments déduits du procès pénal, dans la mesure où elle n'avait pas été partie à l'instance pénale ou dans la mesure où elle n'avait pas pu librement y faire valoir ses intérêts (Cass., 15 février 1991, R.W., 1991-1992, p. 15, concl. avocat général D'Hoore; Rev. trim. dr. h., 1992, p. 227, note M. FRANCHIMONT, « Autorité de la chose jugée au pénal et procès civil équitable »; R.C.J.B., 1992, p. 5, note F. RIGAUX, « L'érosion de l'autorité erga omnes de la chose jugée au pénal par la primauté du droit au procès équitable »). Voy. aussi F. KURY, « Quelle est l'étendue de l'autorité de chose jugée d'une décision pénale sur le juge civil en cas de condamnation à des peines distinctes du chef de conduite en état d'ivresse et d'infraction au Code de la route ? », note sous Cass., 26 juin 1997, J.L.M.B., 1998, p. 999.

⁴⁵ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 41.

⁴⁶ Sous réserve des délits sur plainte (voy. par exemple les articles 443 et 442bis du Code pénal), pour lesquels le ministère public ne peut engager les poursuites pénales qu'après plainte de la personne lésée. Ceci n'affecte en rien le pouvoir du ministère public d'apprécier l'opportunité des poursuites. Le retrait d'une plainte après l'engagement des poursuites pénales par le ministère public n'empêche pas la poursuite de l'action publique, régulièrement engagée.

Lorsqu'il décide de poursuivre, le ministère public peut mettre l'action publique en mouvement de différentes façons⁴⁷ :

- en matière de délits et de crimes, par réquisitoire aux fins d'instruire adressé au juge d'instruction;
- en matière de contraventions et de délits, par citation directe; dans ce cas, il n'y a pas d'instruction préparatoire, une assignation est donnée à comparaître devant la juridiction de jugement;
- par convocation par procès-verbal (article 216^{quater} du Code d'instruction criminelle) : « le procureur du Roi peut convoquer une personne qui est arrêtée en application des articles 1^{er} et 2 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive ou qui se présente devant lui, à comparaître devant le tribunal de police ou le tribunal correctionnel dans un délai qui ne peut être inférieur à dix jours, ni supérieur à deux mois. Il lui notifie les faits retenus à sa charge ainsi que les lieu, jour et heure de l'audience et l'informe du fait qu'elle a le droit de choisir un avocat. (...) »;
- par la procédure de comparution immédiate (article 216^{quinquies} et suivants du Code d'instruction criminelle), laquelle n'est actuellement plus appliquée à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 28 mars 2002⁴⁸.

Dès lors qu'il a mis l'action publique en mouvement de l'une ou l'autre de ces façons, le ministère public ne peut plus classer l'affaire sans suite : elle est dorénavant soumise au juge.

b) L'extinction de l'action publique

1. Le décès (personne physique) ou la dissolution (personne morale) de l'auteur de l'infraction

Aux termes de l'article 20 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, « l'action publique s'éteint par la mort de l'inculpé ou par la clôture de la liquidation, la dissolution judiciaire ou la dissolution sans liquidation lorsqu'il s'agit d'une personne morale » (alinéa 1^{er}). Dans ce cas, les poursuites pénales sont devenues, en effet, sans objet.

⁴⁷ Dans certains cas, l'exercice de l'action publique suppose des conditions particulières, à savoir la plainte de la personne lésée, une dénonciation ou un avis officiels (voy. notamment l'article 6, in fine du titre préliminaire du Code de procédure pénale) ou une autorisation (voy. notamment les articles 59, 103 et 104 de la Constitution). Dans ces cas, une fois la condition préalable à l'engagement des poursuites pénales remplie, le ministère public reste libre d'engager ou non les poursuites.

⁴⁸ C. const., 28 mars 2002, n° 56/2002, J.L.M.B., 2002, p. 664.

Néanmoins, « l'action publique pourra encore être exercée ultérieurement, si la mise en liquidation, la dissolution judiciaire ou la dissolution sans liquidation a eu pour but d'échapper aux poursuites ou si la personne morale a été inculpée par le juge d'instruction conformément à l'article 61bis avant la perte de la personnalité juridique » (alinéa 2).

L'action civile, par contre continue d'exister : « l'action civile peut être exercée contre l'inculpé et contre ses ayants droit » (alinéa 3).

2. La prescription

Cette matière est régie par les articles 21 et suivants du titre préliminaire du Code de procédure pénale. Il s'agit de l'extinction, par l'écoulement d'un certain temps, du pouvoir de poursuivre une personne. Ces dispositions ont été dictées par l'intérêt de la société : il s'agit, d'une part, de préserver la tranquillité sociale, d'autre part, d'éviter que le temps ne fasse son œuvre, faisant disparaître souvenirs et preuves⁴⁹.

La prescription est une cause générale d'extinction de l'action publique. Elle s'applique à toutes les infractions, que celles-ci soient prévues par le Code pénal ou par une loi particulière. Les crimes de génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont les seuls qui soient imprescriptibles⁵⁰.

La prescription est d'ordre public. L'inculpé en bénéficie de plein droit et ne peut y renoncer. Elle est soulevée d'office par le juge et peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation⁵¹.

La longueur du délai varie selon la gravité de l'infraction ; elle est régie aux articles 21⁵² et 21bis du titre préliminaire du Code de procédure pénale :

Article 21 : « Sauf en ce qui concerne les infractions définies dans les articles 136bis, 136ter et 136quater du Code pénal, l'action publique sera prescrite après dix ans, cinq ans ou six mois à compter du jour où l'infraction a été commise, selon que cette infraction constitue un crime, un délit ou une contravention.

Le délai sera cependant de quinze ans si cette infraction est un crime qui ne peut être correctionnalisé en application de l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes.

Le délai sera cependant de dix ans si cette infraction est un crime qui est passible de plus de vingt ans de réclusion et qui est correctionnalisé en application de l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes.

Par ailleurs, le délai sera d'un an en cas de contraventionnalisation d'un délit ».

⁴⁹ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 94.

⁵⁰ Article 21 du titre préliminaire du Code de procédure pénale.

⁵¹ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 244.

⁵² Modifié par la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises (M.B. 11 janvier 2010).

Article 21bis : « Dans les cas visés aux articles 372 à 377, 379, 380, 409 et 433quinquies, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^{er}, du Code pénal, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir qu'à partir du jour où la victime atteint l'âge de dix-huit ans.

En cas de correctionnalisation d'un crime visé à l'alinéa précédent, le délai de prescription de l'action publique reste celui qui est prévu pour un crime ».

La durée du délai de prescription dépend donc directement de la nature de l'infraction. Il convient de garder à l'esprit que c'est la peine effectivement appliquée et non la peine applicable qui détermine, à la fin de la procédure, la nature de l'infraction et, par conséquent, le délai de prescription à prendre en compte. Si, par exemple, des circonstances atténuantes viennent à jouer, il se peut qu'une infraction qualifiée initialement de crime soit finalement correctionnalisée, avec pour conséquence que le délai de prescription ne sera pas, en fin de compte, celui de dix ans que l'on escomptait⁵³, mais celui de cinq ans. Il y a cependant une exception pour les crimes passibles de plus de vingt ans de réclusion, mais qui seraient correctionnalisés selon la nouvelle loi relative à réforme de la cour d'assises ; dans ce cas, le délai de prescription de l'action publique restera de dix ans.

En application de l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, le délai de prescription sera de quinze ans si l'infraction commise est un crime qui ne peut être correctionnalisé.

Notons aussi que des lois et règlements particuliers peuvent établir un délai de prescription uniforme sans distinction selon la gravité des infractions⁵⁴.

Le point de départ du délai de prescription de l'action publique varie en fonction du caractère instantané, continu, d'habitude ou collectif de l'infraction⁵⁵. Le délai de prescription de l'action publique commence à courir :

- le jour où l'infraction est consommée pour les infractions instantanées⁵⁶ ;
- le jour où la situation délictueuse prend fin pour les infractions continues⁵⁷ ;

⁵³ Sous réserve de l'article 21bis, alinéa 1^{er}, du titre préliminaire du Code de procédure pénale.

⁵⁴ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 249.

⁵⁵ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 94.

⁵⁶ L'infraction instantanée est commise lorsque sont réunis tous les éléments constitutifs de l'infraction. La circonstance qu'un élément constitutif s'étale sur une certaine durée n'enlève en rien le caractère instantané de l'infraction. Par exemple, le délit d'escroquerie se consomme par la remise de la chose, même si les manœuvres frauduleuses qui ont précédé cette remise ont duré plusieurs mois.

⁵⁷ L'infraction se caractérise par la création et le maintien d'une situation délictueuse (par exemple : organisation criminelle, détention arbitraire...).

- le jour du dernier fait pour autant que les faits ne soient pas séparés entre eux par un laps de temps plus long que le délai de prescription pour les infractions d'habitude⁵⁸ et les infractions collectives⁵⁹.

Comme le prévoit l'article 22 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, «la prescription de l'action publique est interrompue par les actes d'instruction ou de poursuite faits dans le délai déterminé par l'article 21».

Constitue un acte d'instruction, «tout acte émanant d'une autorité qualifiée à cet effet et ayant pour objet de recueillir les preuves ou de mettre la cause en état d'être jugée»⁶⁰. Nous pouvons citer comme exemples : tout acte accompli par le juge d'instruction ; un procès-verbal d'un officier de police judiciaire constatant l'exécution d'un devoir prescrit par le juge d'instruction ; un procès-verbal d'audition du prévenu ou d'un témoin rédigé par un fonctionnaire de police, soit après une plainte ou une dénonciation, soit d'office ; une demande d'extrait de casier judiciaire...

Constitue un acte de poursuite, l'acte «qui émane d'une autorité qualifiée à cet effet et ayant pour objet de provoquer la répression ou la mise en jugement de l'inculpé»⁶¹. Citons comme exemples : le réquisitoire de mise à l'instruction émanant du procureur du Roi ; la plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction ; la citation directe de la partie lésée ; le réquisitoire du procureur du Roi en vue du règlement de la procédure ; la remise de l'affaire par la juridiction de jugement ; la décision de prise en délibéré...

L'effet des actes d'instruction ou de poursuite, interruptifs de la prescription, n'est pas des moindres : ceux-ci remettent véritablement les compteurs à zéro : ils «font courir un nouveau délai d'égale durée, (...)» (article 22, alinéa 2, du titre préliminaire du Code de procédure pénale). Il convient d'identifier, pour le calcul de la prescription, le dernier acte interruptif accompli valablement dans le délai originaire de prescription. Celui-ci fera courir un nouveau délai d'égale durée (lequel peut aussi se voir appliquer des causes de suspension de la prescription).

Le nouveau délai qui se met à courir vaut «même à l'égard des personnes qui n'y sont pas impliquées» (article 22, alinéa 2, *in fine*, du titre préliminaire

⁵⁸ L'infraction consiste en la répétition de faits de même nature qui, pris isolément, ne seraient pas susceptibles de poursuites (par exemple : l'usure, l'exercice illégal de la médecine...).

⁵⁹ Il s'agit d'un ensemble de faits qui, envisagés isolément, tombent sous le coup du droit pénal et constituent chacun une infraction, mais qui, étant commis par l'effet d'une seule et même intention délictueuse, ne forment qu'une seule infraction frappée d'une peine unique (par application de l'article 65 du Code pénal).

⁶⁰ Cass., 5 avril 1996, J.T., 1996, p. 411.

⁶¹ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, op. cit., p. 124.

du Code de procédure pénale). Comme l'a rappelé la Cour de cassation, les actes d'instruction ou de poursuite à l'égard d'un inculpé interrompent la prescription de l'action publique à l'égard d'autres inculpés des mêmes faits ou de faits qui sont rattachés intimement les uns aux autres par des liens de connexité intrinsèque⁶².

Comme le prévoit l'article 24 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, «la prescription de l'action publique est suspendue lorsque la loi le prévoit ou lorsqu'il existe un obstacle légal à l'introduction ou à l'exercice de l'action publique».

Parmi les causes de suspension du délai de prescription, on distingue donc les causes légales («lorsque la loi le prévoit») ⁶³ et les causes jurisprudentielles («lorsqu'il existe un obstacle légal à l'introduction ou à l'exercice de l'action publique») ⁶⁴.

La suspension a véritablement pour effet de «geler» la prescription pendant un certain laps de temps. Elle a lieu à l'égard de toutes les parties. Généralement, elle prend cours le jour où l'empêchement survient et perdure jusqu'au jour où il prend fin.

La prescription de l'action publique n'entraîne pas la prescription de l'action civile dont le juge pénal a été saisi à un moment où la prescription de l'action publique n'était pas acquise. Par conséquent, le juge pénal, saisi d'une action publique atteinte par la prescription et d'une action civile intentée en temps utile, ne peut que déclarer l'action publique éteinte sans examiner le fondement de cette action, mais doit en revanche statuer sur l'action civile et, à cet effet, examiner et, le cas échéant constater, le bien-fondé de la prévention.

3. La chose jugée

En principe, nul ne peut être poursuivi une deuxième fois pour des faits qui ont donné lieu à un jugement coulé en force de chose jugée ; c'est ce qu'exprime l'adage *non bis in idem*.

Exceptionnellement, les décisions de condamnation passées en force de chose jugée qui pourraient constituer des erreurs judiciaires, en raison de certaines

⁶² Cass., 5 avril 1996, J.T., 1996, p. 411 ; Cass., 15 avril 1997, R.D.P.C., 1998, p. 236 ; Cass., 23 décembre 1998, R.D.P.C., 1999, p. 393.

⁶³ Par exemple, une question préjudicielle posée à la Cour constitutionnelle suspend la prescription de l'action publique. Il en va de même du traitement d'une exception d'incompétence, d'irrecevabilité ou de nullité (article 24, alinéa 2, du titre préliminaire du Code de procédure pénale).

⁶⁴ Ont notamment été reconnues, par la jurisprudence, comme causes de suspension de la prescription de l'action publique : l'instruction du chef de faux témoignage, la plainte du chef de faux relatif à des pièces du dossier pénal, l'action en cessation (en matière de pratiques du marché et protection du consommateur), le délai extraordinaire d'opposition...

circonstances limitativement déterminées par les articles 443 et suivants du Code d'instruction criminelle, peuvent donner lieu à révision.

En outre, depuis la loi du 1^{er} avril 2007 tendant à la réouverture de la procédure en matière pénale⁶⁵, une décision de condamnation contraire à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales peut donner lieu à la réouverture de la procédure. Celle-ci est prévue aux articles 442bis à 442octies du Code d'instruction criminelle.

4. La transaction

La transaction pénale est régie par l'article 216bis du Code d'instruction criminelle. Les conditions sont les suivantes⁶⁶ :

- il ne peut s'agir que d'une infraction pour laquelle l'action publique n'a pas encore été intentée ;
- la peine théorique ne peut être qu'une amende et/ou un emprisonnement d'un maximum de cinq ans (ne concerne donc que les délits et les contraventions) ;
- le ministère public estime l'infraction établie dans le chef de la personne ;
- le ministère public estime ne devoir requérir qu'une peine d'amende ou une amende et une confiscation (si l'infraction devait être jugée par un tribunal) ;
- le montant du dommage résultant de l'infraction (ou la partie non contestée) doit être entièrement payé ;
- l'intéressé doit verser une certaine somme d'argent dans un délai donné.

Lorsqu'une transaction lui est proposée, l'auteur de l'infraction a le choix :

- soit il accepte la transaction et paye la somme demandée dans les conditions fixées, ce qui éteint définitivement l'action publique, mais vaut présomption irréfutable de faute sur le plan civil ;
- soit il refuse la transaction ou ne paye pas la somme demandée dans les conditions fixées ; dans ce cas, le ministère public apprécie librement s'il poursuit ou non.

5. La médiation pénale

La médiation pénale est une procédure facultative et unilatérale par laquelle le ministère public propose à l'auteur présumé d'une infraction d'éteindre l'action publique moyennant l'accomplissement d'une ou plusieurs conditions.

⁶⁵ Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2007.

⁶⁶ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 90.

La médiation pénale est régie par l'article 216ter du Code d'instruction criminelle. Les conditions sont les suivantes⁶⁷ :

- il ne peut s'agir que d'une infraction pour laquelle l'action publique n'a pas encore été intentée ;
- la peine qui pourrait être prononcée concrètement par le juge (notamment après l'application de circonstances atténuantes) ne dépasserait pas deux ans d'emprisonnement⁶⁸ ;
- le ministère public estime l'infraction établie dans le chef de la personne ;
- l'intéressé doit marquer son accord et accepter les conditions (qui peuvent être la réparation du dommage, la médiation entre l'auteur et la victime, suivre un traitement médical, effectuer un travail d'intérêt général ou une formation...).

Si l'auteur présumé satisfait à toutes les conditions de la médiation, l'action publique est définitivement éteinte. Toutefois, l'extinction de l'action publique ne porte pas préjudice aux droits des personnes subrogées dans les droits de la victime ou des victimes qui n'ont pas été associées à la procédure de médiation. À leur égard, la faute de l'auteur de l'infraction est présumée irréfutablement.

Par contre, en cas d'échec de la médiation, le ministère public retrouve sa liberté de poursuivre ou de ne pas poursuivre.

6. L'amnistie

L'amnistie est un acte émanant du pouvoir législatif qui enlève à certains faits leur caractère d'infractions et efface les conséquences pénales de ces infractions⁶⁹. Elle a pour effet d'éteindre les poursuites intentées, de rendre irrecevables les poursuites nouvelles et, enfin, d'anéantir les condamnations prononcées.

7. L'abrogation de la loi pénale

L'abrogation d'une infraction éteint les poursuites en cours et rend irrecevables les poursuites nouvelles du chef de cette infraction⁷⁰.

⁶⁷ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 91.

⁶⁸ Le champ d'application de la médiation est donc beaucoup plus large que celui de la transaction, puisqu'elle peut concerner toutes les infractions sauf les crimes punis de la réclusion de vingt à trente ans ou de la réclusion à perpétuité.

⁶⁹ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 95.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 96.

8. En matière de droit pénal social, l'exercice de l'action devant le tribunal du travail

Depuis la loi du 3 décembre 2006 contenant diverses dispositions en matière de droit pénal social⁷¹, l'action publique est également éteinte par l'exercice de l'action (de nature civile) intentée par le ministère public (l'auditeur du travail) devant les juridictions du travail en vertu de l'article 138bis, § 2, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, pour faire constater les infractions au droit pénal social⁷². Cette action ne peut plus être exercée si l'action publique a déjà été intentée ou si la notification du montant de l'amende administrative a déjà eu lieu (article 20bis du titre préliminaire du Code de procédure pénale). Cette action civile peut amener la juridiction du travail à déclarer établie une infraction au droit pénal social, mais en aucun cas à prononcer une peine du chef de cette infraction⁷³.

L'employeur, dans le chef de qui une infraction est constatée, est alors obligé de notifier le jugement, à ses frais, aux travailleurs concernés. Cette obligation est pénalement sanctionnée par un emprisonnement de six mois à trois ans et/ou une amende de 500 à 5.000 € (à multiplier par le nombre de travailleurs pour qui les dispositions ont été violées, avec un maximum de 500.000 €).

9. L'application de sanctions administratives

L'action publique peut également être éteinte par l'application de sanctions administratives. Les amendes administratives constituent une alternative à la sanction pénale.

Ainsi, l'action publique ne peut plus être intentée si, conformément à l'article 7 de la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infractions à certaines lois sociales, la notification de la décision d'infliger une amende administrative a eu lieu.

§ 2. L'action civile

a) L'exercice de l'action civile

Afin d'obtenir réparation du dommage qu'elle a subi à cause de l'infraction, nous avons vu que la victime peut soit porter son action devant la juridiction pénale, soit porter son action devant la juridiction civile (article 4 du titre préliminaire du Code de procédure pénale).

⁷¹ M.B., 18 décembre 2006.

⁷² G.-F. RAMERI, « L'action civile sui generis de l'auditeur du travail – Un cas d'application », note sous Trib. trav. Liège (9^e ch.), 22 janvier 2009, R.D.P.C., 2009, p. 759.

⁷³ O. MICHELS, « L'action de l'auditeur du travail organisée par l'article 138bis, § 2 du Code judiciaire », R.D.P.C., 2007, pp. 549-563.

La personne lésée qui veut obtenir réparation du préjudice qu'elle a subi devant le juge pénal doit nécessairement se constituer partie civile. Cette constitution de partie civile peut avoir lieu suivant deux procédés : la constitution de partie civile par voie d'intervention et la constitution de partie civile par voie d'action.

La constitution de partie civile par voie d'intervention est la plus fréquente. Elle consiste, pour la personne lésée, à intervenir dans les poursuites déjà intentées par le ministère public et à déclarer se constituer partie civile. L'action civile vient en quelque sorte « se greffer » sur des poursuites déjà intentées par le ministère public. Ceci a généralement lieu par demande adressée à la juridiction répressive saisie de l'action publique (juge d'instruction, juridiction d'instruction ou juge du fond), en tout état de cause, jusqu'à la clôture des débats en premier ressort (article 67 du Code d'instruction criminelle). Devant le tribunal de police et devant le tribunal correctionnel, la partie civile peut aussi saisir le juge pénal par voie de requête déposée au greffe du tribunal de police ou du tribunal correctionnel, lorsque le juge pénal a réservé d'office les intérêts civils, parce que la cause n'était pas en état d'être jugée quant à ces intérêts (article 4, alinéas 2 et suivants du titre préliminaire du Code de procédure pénale). Il s'agit là du seul cas où une action civile peut être portée devant une juridiction répressive, bien que celle-ci ait déjà statué sur l'action publique.

Lorsque le ministère public n'a pas intenté de poursuites, la personne lésée aura recours, afin de pouvoir saisir la juridiction répressive de son action civile, au deuxième procédé : la constitution de partie civile par voie d'action. Par ce biais, la personne lésée met réellement l'action publique en mouvement. Elle peut le faire de deux façons :

- par constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction, en cas de crime ou de délit (article 63 du Code d'instruction criminelle) ;
- par citation directe devant le tribunal de police (article 145 du Code d'instruction criminelle) ou le tribunal correctionnel (article 182 du Code d'instruction criminelle), en cas de contravention ou de délit.

b) L'extinction de l'action civile

L'action civile peut s'éteindre pour différentes causes :

- le désistement de la partie civile (article 821 du Code judiciaire) ;
- la transaction ; « les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort » (article 2052, alinéa 1^{er}, du Code civil) ;
- la prescription ; aux termes de l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, « l'action civile résultant d'une infraction se prescrit selon les règles du Code civil ou des lois particulières qui sont

applicables à l'action en dommages et intérêts. Toutefois, celle-ci ne peut se prescrire avant l'action publique»⁷⁴ 75;

- la chose jugée (articles 23 à 28 du Code judiciaire).

À la différence de l'action publique, l'action civile ne s'éteint ni par le décès de l'auteur de l'infraction, ni par l'amnistie.

Section 3

Les figures rencontrées dans la mise en œuvre du droit pénal⁷⁶

§ 1. Les personnes impliquées dans le procès pénal

a) Distinctions entre inculqué, prévenu et accusé

La personne contre laquelle il existe des indices sérieux de culpabilité peut faire l'objet d'une inculpation par le juge d'instruction. La notion d'*inculpé* est utilisée uniquement lorsque l'on se situe dans la phase préliminaire de l'instruction, en ce compris lors de la procédure devant une juridiction d'instruction (chambre du conseil ou chambre des mises en accusation) chargée du renvoi ou non devant les juridictions de jugement.

On parle de *prévenu* quand cette personne est citée au fond devant le tribunal de police ou le tribunal correctionnel. Quant à l'*accusé*, il s'agit de la personne qui doit répondre d'un crime devant la cour d'assises.

b) Distinctions entre victime, personne lésée et partie civile

La *victime* est toute personne qui a subi un préjudice (d'ordre matériel ou moral) à la suite de la réalisation d'une infraction⁷⁷.

⁷⁴ S. REMOUCHAMPS, « Les conditions d'application de la prescription de l'action civile résultant d'une infraction: du nouveau! Observations sur les arrêts rendus par la Cour de cassation les 23 octobre 2006 et 4 décembre 2006 », *Chr. D.S.*, 2007, p. 253.

⁷⁵ Conformément à l'article 2262bis, § 1^{er}, du Code civil, les actions en réparation d'un dommage fondé sur une responsabilité extracontractuelle se prescrivent par cinq ans à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable, et en tout cas, par vingt ans à partir du jour qui suit celui où s'est produit le fait qui a provoqué le dommage. Si, par ailleurs, la décision admet des réserves, la demande tendant à faire statuer sur leur objet sera recevable pendant vingt ans à partir du prononcé (article 2262bis, § 2, du Code civil).

⁷⁶ Cette troisième section reprend des extraits de l'ouvrage suivant: N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., pp. 83-86.

⁷⁷ Les héritiers de la victime peuvent reprendre l'action civile si elle avait déjà été intentée par la victime ou l'intenter eux-mêmes, en leur qualité d'héritiers, si la victime ne l'avait pas encore intentée. L'action civile est en effet transmissible par voie successorale. L'action civile peut aussi être exercée par les subrogés aux droits de la victime, tels que la compagnie d'assurances pour les dommages causés au véhicule de la victime (article 1250 du Code civil).

Par une *déclaration de personne lésée*, la victime acquiert certains droits qui lui permettront de se constituer partie civile ultérieurement si elle le souhaite. Une fois *constituée partie civile*, la victime acquiert un statut spécifique né de la manifestation de son intention de réclamer une réparation du préjudice subi. Depuis 1998, la partie civile s'est vu reconnaître plusieurs droits (droit de demander à consulter le dossier, à accomplir des devoirs d'instruction complémentaires, à introduire un référé pénal).

§ 2. Les principaux acteurs des poursuites

a) Les fonctionnaires de police

Le nouveau service de police intégré, structuré à deux niveaux (police locale et police fédérale), doit remplir à la fois des missions de police administrative et des missions de police judiciaire⁷⁸. La police judiciaire recherche les crimes, les délits et les contraventions en rassemblant les preuves, et en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les juger⁷⁹.

b) Le ministère public

Le ministère public est celui qui exerce l'action publique, c'est-à-dire qu'il poursuit les suspects et procède à une enquête (appelée « information ») dès que des infractions lui sont dénoncées ou qu'il en a connaissance. Les affaires les plus graves sont mises à l'instruction. Le ministère public représente la société, et lors du procès, il demande au juge l'application de la loi pénale.

Le *ministère public* (aussi appelé *parquet* ou *magistrature debout*) se caractérise par son unité, son indivisibilité et son indépendance:

- le ministère public forme un corps unique à l'intérieur duquel règne un principe de subordination hiérarchique;
- les magistrats du ministère public constituent indivisément le ministère public, de sorte qu'ils peuvent se suppléer l'un l'autre dans la même cause;
- le ministère public est indépendant des cours et tribunaux et, dans une moindre mesure, du ministre de la Justice (article 151 de la Constitu-

⁷⁸ Loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux, M.B., 5 janvier 1999.

⁷⁹ Article 8 du Code d'instruction criminelle; article 15 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, M.B., 22 décembre 1992. Ch. DE VALKEMEER, *Manuel de l'enquête pénale*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 12-21.

tion⁸⁰, articles 143 et suivants du Code judiciaire, article 414 du Code judiciaire et article 274 du Code d'instruction criminelle).

En outre, les magistrats du ministère public, s'ils agissent comme partie principale au procès, sont irrécusables (article 832 du Code judiciaire).

Notons aussi que sur la base de l'article 144ter, § 1^{er}, du Code judiciaire, le procureur fédéral est appelé à exercer l'action publique dans les matières qui touchent la criminalité grave ou organisée :

- crimes et délits contre la sûreté de l'État (articles 101 à 136 du Code pénal);
- infractions en rapport avec les matières nucléaires (article 331bis et articles 477 à 477sexies du Code pénal);
- traite des êtres humains (articles 433sexies, 433septies et 433octies du Code pénal et articles 77ter, 77quater et 77quinquies de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers);
- infractions commises avec usage de violence à l'encontre de personnes ou d'intérêts matériels, pour des motifs idéologiques ou politiques, dans le but d'atteindre ses objectifs par la terreur, l'intimidation ou les menaces;
- infractions qui, dans une large mesure, concernent plusieurs ressorts ou qui ont une dimension internationale, en particulier celles de la criminalité organisée;
- infractions commises à l'occasion de l'importation, l'exportation et le transit d'armes, de munitions et de matériel devant servir spécialement à un usage militaire et de la technologie y afférente, dans les cas où le ministère public exerce l'action publique;
- associations de malfaiteurs et organisations criminelles (chapitre I^{er} du titre VI du livre II du Code pénal);
- infractions connexes aux infractions précitées;
- crimes de droit international humanitaire.

Ainsi, le procureur du Roi doit-il informer d'office le procureur fédéral lorsqu'il est saisi d'une de ces infractions (article 144ter, § 2, du Code judiciaire). Le procureur fédéral détermine alors, après s'être concerté avec le procureur du Roi, lequel d'entre eux va exercer l'action publique (article 144ter, § 3, du Code judiciaire).

⁸⁰ Article 151 de la Constitution : « Les juges sont indépendants dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles. Le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du ministre compétent d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite ».

c) Le juge d'instruction

Le juge d'instruction est seul compétent pour instruire les crimes et les délits. Il se caractérise par son indépendance et son impartialité⁸¹. Il recherche les éléments de preuve tant à charge qu'à décharge⁸².

Le juge d'instruction est un juge du tribunal de première instance⁸³.

La Cour de cassation⁸⁴ a admis qu'un juge d'instruction qui a publiquement pris attitude sur la culpabilité d'un inculpé perd son aptitude à assumer de manière impartiale la responsabilité de l'instruction à charge et à décharge. Elle a cependant considéré qu'il ne s'en déduit pas que tous les actes accomplis par ce magistrat soient nécessairement nuls.

§ 3. Les juridictions

a) Les juridictions d'instruction

Il existe deux juridictions d'instruction : la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation (en appel). Elles interviennent pour vérifier si les conditions de la détention préventive sont réunies⁸⁵ et pour régler la procédure lorsque l'instruction est terminée⁸⁶.

Lors du « règlement de procédure », s'il existe suffisamment de charges contre l'inculpé, il peut être décidé de le renvoyer devant une juridiction de jugement pour que son procès ait lieu. Cela ne signifie pas qu'il est coupable, car

⁸¹ Pour plus de développements, voy. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, op. cit., pp. 414-419.

⁸² Article 56 du Code d'instruction criminelle.

⁸³ « Les juges d'instruction (...) sont désignés par le Roi sur présentation de l'assemblée générale compétente parmi les candidats qui ont fait l'objet d'une proposition motivée du chef de corps. Ils sont désignés parmi les juges qui ont exercé pendant au moins trois années la fonction de magistrat du ministère public ou de juge au tribunal de première instance et qui ont déjà exercé les fonctions précitées conformément à l'article 80, alinéa 2, sauf si le Roi déroge à cette dernière condition par une décision spécialement motivée. Sans préjudice des dispositions précédentes, il faut, pour pouvoir exercer la fonction de juge d'instruction, avoir exercé pendant au moins une année la fonction de juge au tribunal de première instance et avoir suivi une formation spécialisée, organisée dans le cadre de la formation des magistrats, visée à l'article 259bis-9, § 2 » (article 259sexies, § 1^{er}, 1^{er}, du Code judiciaire). « Les juges d'instruction (...) sont désignés pour une période d'un an renouvelable après évaluation, la première fois pour une période de deux ans, puis chaque fois pour une période de cinq ans » (article 259sexies, § 2, du Code judiciaire).

⁸⁴ Cass., 20 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 741, note O. KLEES, « Des pompes blanches à Landru en passant par la Cour de cassation ».

⁸⁵ La chambre du conseil statue sur le maintien de la détention préventive dans les cinq jours à compter de l'exécution du mandat d'arrêt délivré par le juge d'instruction. Tous les mois (tous les trois mois dans le cas d'un crime non correctionnalisable), elle décide du maintien de cette détention préventive. La chambre des mises en accusation reçoit les appels des décisions de la chambre du conseil en matière de détention préventive.

⁸⁶ Articles 127 et suivants du Code d'instruction criminelle.

les «charges» ne sont pas équivalentes aux «preuves» de la culpabilité. C'est la chambre des mises en accusation qui est seule compétente pour prononcer un renvoi devant la cour d'assises⁸⁷. En cas d'insuffisance de charges, un non-lieu sera prononcé.

La chambre des mises en accusation connaît de l'appel des ordonnances de la chambre du conseil. Elle est aussi la juridiction d'appel compétente pour les recours exercés contre les différentes ordonnances du juge d'instruction (accès au dossier, demande d'accomplissement d'un acte d'instruction complémentaire, etc.). Elle contrôle le bon déroulement de l'instruction⁸⁸ et peut prendre des mesures si une instruction judiciaire s'enlise depuis au moins un an. Elle est également compétente pour contrôler la régularité de la procédure⁸⁹. Elle peut ainsi épurer un dossier de toute irrégularité, de manière à éviter que le procès ne se solde par un acquittement pour de simples raisons de procédure. Notons en outre que c'est la chambre des mises en accusation qui est chargée de contrôler la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration⁹⁰.

Par ailleurs, les juridictions d'instruction sont compétentes pour ordonner l'internement (pour les malades mentaux ayant commis un fait qualifié crime ou délit)⁹¹ ou prononcer la suspension du prononcé⁹². Il s'agit des deux exceptions où les juridictions d'instruction statuent au fond, comme des juridictions de jugement.

b) Les juridictions de jugement

Les juridictions répressives qui interviennent dans la phase de jugement ont pour tâche de connaître du fond de l'affaire⁹³, c'est-à-dire d'examiner si les infractions sont établies et si les auteurs sont coupables, et en cas de réponse affirmative, de prononcer une peine et de statuer sur la demande de dommages et intérêts des victimes.

Les juridictions de jugement sont les suivantes :

- le *tribunal de police* (compétent pour les contraventions, les délits contraventionnalisés et les infractions qui relèvent du roulage) ;
- le *tribunal correctionnel* (compétent pour les délits ; pour les crimes, le tribunal correctionnel n'est compétent que pour les crimes correctionnalisables en vertu de la loi sur les circonstances atténuantes⁹⁴, lorsque des circonstances atténuantes ou une cause d'excuse sont admises ; le tribunal correctionnel est également compétent pour connaître de l'appel formé contre les jugements du tribunal de police) ;
- la *cour d'appel* (chambre correctionnelle) en degré d'appel des décisions du tribunal correctionnel ;
- la *cour d'assises* (compétente pour les crimes non correctionnalisables, ou non correctionnalisés) ;
- le *tribunal de la jeunesse* (compétente lorsque l'auteur de l'infraction est un mineur).

c) Le tribunal de l'application des peines

La loi du 17 mai 2006 instaurant des tribunaux de l'application des peines⁹⁵ a introduit une nouvelle répartition des compétences, en ce qui concerne l'exécution des peines, entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Désormais, les décisions quant à l'application des peines, qui sont de nature à modifier de manière substantielle la nature de la peine, relèvent de la compétence du pouvoir judiciaire.

Le tribunal de l'application des peines est une section du tribunal de première instance. Il est compétent pour toute décision jusqu'au moment où la libération devient définitive.

Section 4

Les différentes phases du procès pénal

§ 1. La phase préparatoire

La phase préparatoire du procès pénal consiste en la recherche des infractions et de leurs auteurs. C'est elle qui permet la récolte des preuves.

⁸⁷ Article 231 du Code d'instruction criminelle.

⁸⁸ Articles 136 à 136ter du Code d'instruction criminelle.

⁸⁹ Article 235bis du Code d'instruction criminelle.

⁹⁰ Articles 235ter et 235quater du Code d'instruction criminelle.

⁹¹ Articles 1^{er} et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1964 de défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et des auteurs de certains délits sexuels (modifiée par la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, non encore en vigueur).

⁹² Article 3 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation.

⁹³ Rappelons quelques précisions terminologiques : un classement sans suite est prononcé pour les affaires à l'information ; une ordonnance de non-lieu pour celles à l'instruction et un acquittement pour celles pendantes devant une juridiction de jugement.

⁹⁴ La liste des crimes pouvant donner lieu à correctionnalisation a été considérablement allongée par la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises, qui a modifié l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes (M.B., 11 janvier 2010).

⁹⁵ M.B., 15 juin 2006. Cette loi est complétée par une autre loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus aux victimes dans le cadre des modalités d'exécution de la peine.

a) L'information préliminaire

1. Définition de l'information

Conformément à l'article 28bis du Code d'instruction criminelle, « l'information est l'ensemble des actes destinés à rechercher les infractions, leurs auteurs et les preuves, et à rassembler les éléments utiles à l'exercice de l'action publique ».

Ce sont le procureur du Roi et les officiers et agents de police judiciaire qui posent les actes d'information. Dans la pratique, le procureur du Roi n'accomplit pas lui-même les devoirs d'enquête, mais les délègue aux services de police par le biais d'un document qu'on appelle une « apostille ».

L'information est conduite sous la direction et l'autorité du procureur du Roi compétent (article 28bis, § 1^{er}, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle). Celui-ci en assume la responsabilité (article 28bis, § 1^{er}, alinéa 4, du Code d'instruction criminelle). Il veille à la légalité des moyens de preuve, ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés (article 28bis, § 4, du Code d'instruction criminelle).

Sauf les exceptions prévues par la loi, les actes d'information ne peuvent comporter aucun acte de contrainte ni porter atteinte aux libertés et aux droits individuels (article 28bis, § 3). Ces actes sont en effet réservés au juge d'instruction⁹⁶.

Sous réserve de quelques tempéraments, l'information préliminaire se caractérise par son caractère inquisitoire : elle est écrite, unilatérale et secrète⁹⁷.

L'information préliminaire est écrite. Toute constatation d'infraction ainsi que tout renseignement obtenu doivent faire l'objet d'un procès-verbal. On entend par procès-verbal, l'acte écrit dans lequel un fonctionnaire qualifié relate les faits dont il a vérifié l'existence et dont la recherche entre dans ses attributions. Le procès-verbal contient également les déclarations que le fonctionnaire a pu recueillir au sujet de l'infraction⁹⁸. L'ensemble des procès-verbaux constitue le dossier répressif.

L'information préliminaire est unilatérale. En principe, l'information est conduite sous la direction et l'autorité du procureur du Roi compétent, sans interférence des parties, et ce afin de garantir l'efficacité de la procédure en n'alertant pas les suspects, d'une part, et afin de préserver la présomption d'innocence, d'autre part. Rien ne s'oppose toutefois à ce que les parties commu-

niquent des suggestions ou des requêtes informelles au procureur du Roi, afin que celui-ci procède, par exemple, à un acte d'information complémentaire. Enfin, l'information préliminaire est secrète. C'est l'article 28quinquies⁹⁹ du Code d'instruction criminelle qui le prévoit :

« sauf les exceptions prévues par la loi, l'information est secrète. Toute personne qui est appelée à prêter son concours professionnel à l'information est tenue au secret. Celui qui viole ce secret est puni des peines prévues à l'article 458 du Code pénal ».

2. Enquête proactive

Au contraire des enquêtes traditionnelles qui consistent à intervenir après que l'infraction s'est réalisée, l'enquête proactive, visée à l'article 28bis, § 2, du Code d'instruction criminelle, est donc celle qui anticipe l'infraction. Elle requiert une suspicion raisonnable que des faits punissables ont été commis ou vont l'être, mais aussi une autorisation préalable du procureur du Roi, de l'auditeur du travail ou du procureur fédéral. Elle ne peut être utilisée que pour les infractions commises dans le cadre d'une organisation criminelle ou pour les infractions visées à l'article 90ter, §§ 2 à 4, du Code d'instruction criminelle, s'agissant des crimes et des délits pour lesquels l'écoute, la prise de connaissance et l'enregistrement des communications et des télécommunications sont autorisés.

3. Flagrant délit

Le « flagrant délit » est le délit qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre (article 41, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle). Est assimilé au flagrant délit, le cas où l'inculpé est poursuivi par la clameur publique et celui où l'inculpé est trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers faisant présumer qu'il est auteur ou complice, pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit (article 41, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle).

La définition du flagrant délit s'applique aussi au flagrant crime.

En cas de flagrant délit ou de flagrant crime¹⁰⁰, eu égard au risque réduit de poursuites arbitraires, d'une part, mais à la nécessité d'une intervention rapide, afin de préserver le plus possible les preuves, d'autre part, le législateur a choisi de déroger à certaines règles de droit commun et d'autoriser le procureur du Roi à poser certains actes d'instruction qui, normalement¹⁰¹, sont réservés au juge d'instruction¹⁰².

⁹⁶ Mais l'article 28septies du Code d'instruction criminelle prévoit que « le procureur du Roi peut requérir du juge d'instruction l'accomplissement d'un acte d'instruction pour lequel seul le juge d'instruction est compétent (...) » (mini-instruction). La loi prévoit néanmoins quelques exceptions. Voy. *infra*.

⁹⁷ H.-D. BOSLY, O. VANOERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., pp. 417-427.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 445.

⁹⁹ Inséré par la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction (M.B. 2 avril 1998).

¹⁰⁰ Voyez aussi l'article 46 du Code d'instruction criminelle.

¹⁰¹ C'est-à-dire hors cas de flagrant délit ou flagrant crime.

¹⁰² En général, parce qu'ils sont contraignants ou portent atteinte aux libertés et aux droits individuels : voy. l'article 28bis, § 3, du Code d'instruction criminelle.

4. Actes d'information

Nous ne présenterons ici que les principaux actes d'information que l'expert-comptable est davantage susceptible de rencontrer dans la pratique de son expertise judiciaire¹⁰³.

1. Arrestation

Ce sont les articles 1^{er} et 2¹⁰⁴ de la loi du 20 juillet 1990 sur la détention préventive qui traitent de l'arrestation judiciaire. L'un et l'autre prévoient que l'arrestation ne peut jamais dépasser plus de vingt-quatre heures. Ils prévoient aussi que l'arrestation doit faire l'objet d'un procès-verbal.

2. Saisie

Dans le cadre de la procédure pénale, on entend par saisie, la mesure conservatoire prise dans le cadre d'une enquête pénale et impliquant qu'un bien soit placé sous le contrôle des autorités judiciaires en vue de sa production ultérieure au procès ou de sa confiscation¹⁰⁵.

Il convient de bien distinguer la saisie et la confiscation. La saisie est une mesure conservatoire et provisoire; elle peut toujours être remise en question. La confiscation, par contre, constitue une peine prononcée par un juge-ment qui, s'il devient définitif, rendra la confiscation définitive. La saisie pénale constitue une atteinte provisoire au droit de propriété qui ne concerne que des choses à propos desquelles le juge du fond est susceptible de prononcer la confiscation spéciale ou des choses qui peuvent servir à la manifestation de la vérité. Cette mesure conservatoire n'a pas pour objet d'étendre, même provisoirement, le patrimoine des autorités publiques¹⁰⁶.

En règle générale, peut être saisi « tout ce qui paraîtra constituer une des choses visées aux articles 42 et 43^{quater} du Code pénal et tout ce qui pourra servir

¹⁰³ Les actes de police judiciaire et d'information sont les suivants: descentes sur les lieux, audition des personnes, contrôle d'identité, fouille de personnes et de véhicules, arrestation administrative et judiciaire, recours à la force, aux menottes et aux armes à feu, interception du courrier, visites domiciliaires et perquisitions, saisies, intervention différée, récolte de renseignements bancaires, identification de l'utilisateur d'un moyen de communication électronique, repérage et localisation des télécommunications, écoutes, prise de connaissance et enregistrement des communications et télécommunications privées, exploration corporelle, prélèvements sanguins, analyses ADN, expertises et avis de personnes spécialisées, rapport d'information succinct, enquête sociale et médiation, contrôle visuel discret, méthodes particulières de recherche.

¹⁰⁴ L'arrestation administrative, quant à elle, fait l'objet des articles 31 et suivants de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police. Elle ne peut dépasser douze heures à compter de la privation effective de liberté.

¹⁰⁵ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 519.

¹⁰⁶ C. const., arrêt n° 175/2004 du 3 novembre 2004, M.B., 15 décembre 2004 (2^e éd.); R.A.B.G., 2005, p. 526, note F. SCHUERMANS, « Nieuwe ontwikkeling inzake het beslag op voertuigen en strafrechtelijk kort geding als gevolg van de rechtspraak van het Arbitragehof ».

à la manifestation de la vérité¹⁰⁷ » (article 35, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle).

Sont visées par l'article 42 du Code pénal:

- les choses formant l'objet de l'infraction¹⁰⁸ et celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre¹⁰⁹, quand la propriété en appartient au condamné;
- les choses qui ont été produites par l'infraction¹¹⁰;
- les avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, les biens et valeurs qui leur ont été substitués et les revenus de ces avantages investis¹¹¹.

Quant aux choses visées par l'article 43^{quater} du Code pénal, il s'agit des avantages supplémentaires découlant de l'infraction ou de faits identiques, des biens et des valeurs qui leur ont été substitués et de ces avantages investis. La saisie, directe ou par équivalent, est désormais possible, pour les avantages patrimoniaux acquis pendant une période commençant cinq ans avant l'inculpation (du chef d'une des infractions énumérées à l'article 43^{quater}, § 1^{er}, du Code pénal) et se terminant à la date du prononcé de la condamnation. Il s'agit des avantages patrimoniaux qui peuvent apparemment provenir de l'infraction commise ou de faits identiques. Le contraire peut être rendu possible par l'intéressé ou par tout tiers prétendant avoir droit à ces avantages. La saisie s'étend aussi aux biens et valeurs qui ont été substitués à ces avantages patrimoniaux et aux revenus de ces avantages investis.

Le paragraphe 4 de l'article 43^{quater} du Code pénal prévoit en outre que le patrimoine dont dispose une organisation criminelle doit être confisqué, sous réserve des droits de tiers de bonne foi.

L'article 35^{ter} du Code d'instruction criminelle autorise également la saisie par équivalent: « s'il existe des indices sérieux et concrets que la personne soupçonnée a obtenu un avantage patrimonial au sens des articles 42, 3^o, 43^{bis} ou 43^{quater}, du Code pénal et que les choses qui matérialisent cet avantage patrimonial ne peuvent pas ou ne peuvent plus être retrouvées en tant que telles dans le patrimoine de la personne soupçonnée, le procureur du Roi peut saisir d'autres choses qui se trouvent dans le patrimoine de la personne

¹⁰⁷ Les pièces à conviction, mais aussi les pièces à décharge.

¹⁰⁸ Le « corps du délit »: la drogue, l'acte falsifié, l'arme prohibée, l'argent blanchi, etc.

¹⁰⁹ Une arme, un véhicule, une échelle, etc.

¹¹⁰ Des faux billets, des contrefaçons; etc. Contrairement aux choses formant l'objet de l'infraction, les choses qui ont été produites par l'infraction peuvent être saisies même si la propriété n'en appartient pas au condamné.

¹¹¹ Le produit d'un trafic de drogue, le salaire d'un tueur à gages, la commission touchée par la personne qui a procédé aux opérations de blanchiment d'argent, etc.

soupçonnée à concurrence du montant du produit supposé de l'infraction. Dans son apostille, le procureur du Roi indique l'estimation de ce montant et signale les indices sérieux et concrets motivant la saisie. Ces éléments figurent dans le procès-verbal dressé à l'occasion de la saisie».

L'article 39bis du Code d'instruction criminelle vise, quant à lui, la saisie de données informatiques.

Quant à la saisie de biens immeubles, elle est prévue à l'article 35bis du Code d'instruction criminelle.

Enfin, la saisie de créances est visée par l'article 37, § 2, du Code d'instruction criminelle : « En cas de saisie de créances, à l'exception de la saisie de titres nominatifs ou au porteur, la saisie est effectuée par notification écrite au débiteur ». À dater de la réception de la notification du procès-verbal, le débiteur ne peut plus aliéner les sommes ou les choses faisant l'objet de la saisie. Dans un délai de quinze jours après la saisie, le débiteur est tenu de déclarer, par lettre recommandée à la poste, les sommes ou les choses faisant l'objet de la saisie conformément à l'article 1452 du Code judiciaire (article 37, § 4, du Code d'instruction criminelle).

Toute saisie doit être constatée dans un procès verbal « qui sera signé par l'inculpé, ou mention sera faite de son refus » (article 35, § 1^{er}, *in fine*, du Code d'instruction criminelle). C'est le procureur du Roi ou un officier de police judiciaire qui dresse ce procès-verbal. Celui-ci contient un inventaire des choses saisies où, dans la mesure du possible, les choses sont individualisées (article 37, § 1^{er}, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle). Le saisi peut recevoir une copie sans frais du procès-verbal. En cas de saisie-arrêt, tant le tiers saisi que le saisi même y ont droit. Cette copie est remise immédiatement ou envoyée dans les quarante-huit heures (article 37, § 3, du Code d'instruction criminelle). La saisie doit être notifiée à l'Organe central pour la saisie et la confiscation¹¹².

Il résulte de l'article 28octies du Code d'instruction criminelle¹¹³ que le procureur du Roi qui estime devoir maintenir la saisie sur des avoirs patrimoniaux peut soit autoriser leur aliénation par l'Organe central, afin de leur subroger le

¹¹² Cet Organe central pour la saisie et la confiscation « est chargé d'assister les autorités judiciaires dans la recherche, la poursuite et l'investigation d'infractions ainsi que dans l'exécution des peines sur la plan de :

1° la saisie d'avoirs patrimoniaux liés à des infractions, notamment des biens visés aux articles 42, 3°, 43bis, 43ter, 43quater et 505, alinéa 3, du Code pénal ;

2° l'exercice de l'action publique, ayant pour objet la confiscation spéciale de tels biens ;

3° l'exécution des jugements et arrêts coulés en force de chose jugée, emportant la confiscation spéciale de tels biens » (article 3 de la loi du 26 mars 2003).

¹¹³ La loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses a introduit des modifications au Code d'instruction criminelle et à la loi du 26 mars 2003 portant création d'un Organe central pour la saisie et la confiscation et portant des dispositions sur la gestion à valeur des biens saisis et sur l'exécution de certaines sanctions patrimoniales (M.B., 28 décembre 2006).

produit obtenu, soit les restituer à la personne saisie moyennant le paiement d'une somme d'argent dont il fixe le montant, afin de leur subroger cette somme¹¹⁴.

3. Récolte de renseignements bancaires

En vertu de l'article 46quater du Code d'instruction criminelle, le procureur du Roi peut aussi exiger des organismes bancaires et de crédit les données concernant des comptes bancaires et des transactions bancaires de leurs clients. Il est toutefois requis que ces derniers soient suspectés d'avoir commis une infraction punissable d'au moins un an d'emprisonnement.

Par ailleurs, le procureur du Roi (comme le juge d'instruction) a le pouvoir de « geler » les comptes, coffres et instruments financiers pendant un délai allant au maximum jusqu'à trois jours ouvrables après la communication des résultats de l'enquête bancaire. Cette mesure ne peut être requise que si des circonstances graves et exceptionnelles le justifient et uniquement si les recherches portent sur des crimes ou délits visés à l'article 90ter, §§ 2 à 4, du Code d'instruction criminelle¹¹⁵.

4. Méthodes particulières de recherche

En ce qui concerne les méthodes particulières de recherche que sont l'observation, l'infiltration et le recours aux indicateurs, elles peuvent être appliquées dans le cadre des enquêtes judiciaires, même proactives : « Le procureur du Roi exerce un contrôle permanent sur la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche par les services de police au sein de son arrondissement judiciaire » (article 47ter, § 2, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle). Le même contrôle est aussi exercé par un officier spécialement désigné à cette fin par le directeur général de la police judiciaire de la police fédérale, au sein de chaque service judiciaire déconcentré (article 47ter, § 2, alinéa 4, du Code d'instruction criminelle). Ces méthodes sont mises en œuvre sur la base d'indices sérieux que des faits punissables vont être commis ou ont déjà été commis, qu'ils soient connus ou non.

Deux conditions générales doivent en outre être remplies pour que les services de police puissent mettre en œuvre ces méthodes particulières de recherche :

- l'interdiction de la provocation policière (article 30 du titre préliminaire du Code de procédure pénale¹¹⁶) ;

¹¹⁴ « Si ces possibilités existaient déjà sous l'empire de la loi précédente, l'autonomie des magistrats est renforcée, toujours cependant sous le contrôle de la chambre des mises en accusation devant laquelle un recours peut être exercé » (O. KLEES, « Du nouveau en matière de saisie pénale », *J.T.*, 2007, p. 487).

¹¹⁵ Article 46quater, § 2, b, du Code d'instruction criminelle.

¹¹⁶ Inséré par la loi du 27 décembre 2005 portant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée (M.B., 30 décembre 2005).

- l'interdiction de commettre des infractions (article 47^{quinquies} du Code d'instruction criminelle); toutefois, «sont exemptés de peine les fonctionnaires de police qui, dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité ou celle d'autres personnes impliquées dans l'opération, commettent des infractions absolument nécessaires, ce avec l'accord exprès du procureur du Roi. Ces infractions ne peuvent être plus graves que les infractions pour lesquelles les méthodes sont mises en œuvre et doivent être nécessairement proportionnelles à l'objectif visé»; cette cause d'excuse absolue vaut non seulement pour les fonctionnaires de police, mais aussi pour les personnes qui ont fourni directement une aide ou une assistance nécessaire à l'exécution de cette mission (par exemple les experts).

Ces méthodes particulières de recherche font l'objet d'un contrôle sur la légalité¹¹⁷.

5. Mini-instruction

La mini-instruction permet au procureur du Roi de requérir du juge d'instruction l'accomplissement d'un acte d'instruction pour lequel seul le juge d'instruction est compétent, sans pour autant ouvrir une instruction.

Aux termes de l'article 28^{septies} du Code d'instruction criminelle, la mini-instruction s'applique à tout acte d'instruction, à l'exception du mandat d'arrêt¹¹⁸, du témoignage anonyme complet¹¹⁹, de l'écoute et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées¹²⁰, de l'observation à l'aide de moyens techniques pour se ménager une vue dans une habitation¹²¹, du contrôle visuel discret¹²² et de la perquisition¹²³.

¹¹⁷ Voy. également la loi du 16 janvier 2009 modifiant les articles 189^{ter}, 235^{ter}, 335^{bis} et 416 du Code d'instruction criminelle (M.B., 16 janvier 2009). Si le parquet souhaite engager des poursuites, l'article 235^{ter} du Code d'instruction criminelle prévoit que c'est la chambre des mises en accusation qui est chargée de contrôler la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche d'observation et d'infiltration. Si, par contre, le parquet ne souhaite pas engager les poursuites, l'article 47^{undecies} prévoit que c'est au procureur général et au collège des procureurs généraux qu'il revient d'exercer le contrôle de légalité.

¹¹⁸ Tel qu'il est prévu par l'article 16 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive.

¹¹⁹ Tel qu'il est prévu à l'article 86^{bis} du Code d'instruction criminelle.

¹²⁰ Telles qu'elles sont prévues par l'article 90^{ter} du Code d'instruction criminelle.

¹²¹ Telle qu'elle est prévue par l'article 56^{bis}, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle.

¹²² Tel qu'il est prévu par l'article 89^{ter} du Code d'instruction criminelle.

¹²³ Par ailleurs, on peut douter de la légitimité d'un recours à une mini-instruction dans le cadre d'une enquête proactive (dans ce sens, voy. R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, op. cit., pp. 345 et 346).

Le juge d'instruction peut refuser d'accomplir l'acte d'instruction. Conformément au droit commun de la procédure pénale, cette décision est susceptible d'appel devant la chambre des mises en accusation¹²⁴.

Après l'exécution de l'acte d'instruction accompli par le juge d'instruction, celui-ci décide s'il renvoie le dossier au procureur du Roi qui est responsable de la poursuite de l'information ou si, au contraire, il continue lui-même l'enquête, auquel cas il ouvre l'instruction. Conformément à l'article 28^{septies}, *in fine*, du Code d'instruction criminelle, cette décision, quant à elle, n'est susceptible d'aucun recours.

6. Restitution des objets saisis et référé pénal

La restitution des objets saisis au cours de l'information préliminaire peut avoir lieu de manière formelle ou informelle.

À tout moment de l'information, le procureur du Roi peut, d'initiative ou à la demande d'une personne intéressée, décider la mainlevée d'une saisie. Généralement, il procède ainsi lorsqu'il considère que les choses saisies ne constituent plus une des choses visées à l'article 42 du Code pénal ou qu'elles ne serviront finalement pas à la manifestation de la vérité. Cette procédure informelle est bien souvent celle à laquelle les personnes lésées par une saisie ont recours en premier lieu pour obtenir restitution de leurs biens. Ainsi, adresseront-elles d'abord au procureur du Roi, par simple lettre, une demande gracieuse en ce sens et ce n'est que si elles n'obtiennent pas satisfaction qu'elles recourront à la procédure formelle¹²⁵.

La procédure formelle – «référé pénal ordinaire» – est prévue par l'article 28^{sexies} du Code d'instruction criminelle.

7. Fin de l'information

À la fin de l'information, le ministère public a le choix : soit il décide de renoncer aux poursuites, soit il décide de poursuivre.

Le procureur du Roi peut décider de classer un dossier sans suite¹²⁶. En effet, en vertu de l'article 28^{quater}, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, «compte tenu des directives de politique criminelle définies en vertu de l'article 143^{ter} du Code judiciaire, le procureur du Roi juge de l'opportunité des poursuites. Il indique le motif des décisions de classement sans suite qu'il prend en la matière». Le procureur du Roi dispose donc d'un véritable pouvoir d'appré-

¹²⁴ Voy. contra R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, op. cit., p. 345.

¹²⁵ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 555.

¹²⁶ Aux termes de l'article 5^{bis}, § 3, du titre préliminaire du Code de procédure pénale, la personne lésée doit être informée du classement sans suite et de son motif.

ciation quant à l'opportunité de poursuivre ou non. La décision de classement sans suite est cependant provisoire ; le dossier peut être rouvert aussi longtemps que l'action publique n'est pas éteinte¹²⁷.

Mais la renonciation aux poursuites peut être définitive. C'est le cas lorsque la transaction pénale ou la médiation pénale ont abouti. Toutes deux éteignent, en effet, définitivement l'action publique¹²⁸.

S'il décide d'ouvrir les poursuites, le procureur du Roi peut soit saisir directement la juridiction de jugement, soit saisir le juge d'instruction.

Ainsi, le procureur du Roi peut-il saisir directement le tribunal correctionnel en cas de délit (article 182 du Code d'instruction criminelle) ou de crime correctionnalisé (article 2, alinéa 2, de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes¹²⁹). Il peut, de la même manière, saisir directement le tribunal de police en cas de contravention, de délit relevant de sa compétence (article 145 du Code d'instruction criminelle) ou de délit contraventionnalisé (article 4, alinéa 2, de la même loi du 4 octobre 1867¹³⁰).

Le procureur du Roi peut aussi procéder à une convocation par procès-verbal (article 216^{quater} du Code d'instruction criminelle). Elle est possible dans tous les cas où peut être envisagée une citation directe devant le tribunal de police ou le tribunal correctionnel¹³¹.

¹²⁷ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 643. Le dossier peut être rouvert notamment à la suite de la survenance d'éléments nouveaux, sur décision du supérieur hiérarchique ou sur injonction positive du ministre de la Justice, ou en cas de constitution de partie civile.

¹²⁸ Voy., en ce qui concerne la transaction, article 216bis, § 1^{er}, alinéa 6, du Code d'instruction criminelle (« Les paiements, abandon et remise effectués dans le délai indiqué éteignent l'action publique ») et, en ce qui concerne la médiation, article 216ter, § 4, du Code d'instruction criminelle (« Lorsque l'auteur de l'infraction a satisfait à toutes les conditions, acceptées par lui, l'action publique est éteinte »).

¹²⁹ Aux termes de cet article 2, alinéa 2 (tel que modifié par la loi du 21 décembre 2009, M.B. 11 janvier 2010), pour les crimes, « (...), dans les cas où une instruction n'a pas été requise, le ministère public peut, s'il estime qu'il n'y a pas lieu de requérir une peine plus sévère qu'une peine correctionnelle en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, citer directement ou convoquer le prévenu devant le tribunal correctionnel en indiquant ces circonstances atténuantes ou la cause d'excuse ».

¹³⁰ Aux termes de cet article 4, alinéa 2, pour les délits, « (...), dans les cas où une instruction n'a pas été requise, le ministère public peut, s'il estime qu'il n'y a pas lieu de requérir une peine plus sévère qu'une peine de police en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, citer ou convoquer directement le prévenu devant le tribunal de police compétent en indiquant ces circonstances atténuantes ou la cause d'excuse ».

¹³¹ Depuis un arrêt de la Cour constitutionnelle du 28 mars 2002 (C. const., 28 mars 2002, n° 56/2002, J.L.M.B., 2002, p. 664), la possibilité de recourir à la convocation aux fins de comparution immédiate prévue à l'article 216quinquies du Code d'instruction criminelle (encore appelée *snelrecht*) n'est actuellement plus appliquée.

Le procureur du Roi peut aussi saisir le juge d'instruction, afin que celui-ci ouvre une instruction préparatoire¹³².

b) L'instruction préparatoire

1. Définition de l'instruction

Aux termes de l'article 55 du Code d'instruction criminelle, « L'instruction est l'ensemble des actes qui ont pour objet de rechercher les auteurs d'infractions, de rassembler les preuves et de prendre les mesures destinées à permettre aux juridictions de statuer en connaissance de cause. Elle est conduite sous la direction et l'autorité du juge d'instruction ».

L'article 56 du Code d'instruction criminelle poursuit :

« Le juge d'instruction assume la responsabilité de l'instruction qui est menée à charge et à décharge.

Il veille à la légalité des moyens de preuve ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés.

Il peut poser lui-même les actes qui relèvent de la police judiciaire, de l'information et de l'instruction.

Le juge d'instruction a, dans l'exercice de ses fonctions, le droit de requérir directement la force publique.

Il décide de la nécessité d'utiliser la contrainte ou de porter atteinte aux libertés et aux droits individuels.

Lorsqu'au cours d'une instruction, il découvre des faits susceptibles de constituer un crime ou un délit dont il n'est pas saisi, il en informe immédiatement le procureur du Roi.

Le juge d'instruction porte sans délai à la connaissance du procureur fédéral et du procureur du Roi, ou, dans les cas où il exerce l'action publique, uniquement du procureur fédéral, les informations et les renseignements qu'il a recueillis au cours de l'instruction et qui révèlent un péril grave et immédiat pour la sécurité publique et la santé publique.

Le juge d'instruction a le droit de requérir les services de police visés à l'article 2 de la loi sur la fonction de police et tous les autres officiers de police judiciaire pour

¹³² L'idéal serait que l'intervention du juge d'instruction soit limitée aux seules affaires dans lesquelles son intervention est importante, c'est-à-dire avant tout celles mettant en cause les libertés individuelles, mais il arrive qu'une instruction soit ouverte pour des motifs qui sont sans rapport avec l'intérêt public. C'est ainsi que, dans les affaires de responsabilité médicale, l'avocat de la victime opte fréquemment pour la constitution de partie civile en raison des avantages que présente cette formule : possibilité de saisir des documents, de désigner rapidement un expert, etc. De même, il est fréquent que les plaintes déposées au pénal dans le cadre d'affaires d'héritages et de testaments ne constituent en fait que l'aspect accessoire d'une affaire civile : voy. le rapport fait au nom de la commission de la justice à propos du projet de loi insérant un article 61bis dans le Code d'instruction criminelle, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1996-1997, n° 857/17, p. 98.

accomplir, sauf les restrictions établies par la loi, tous les actes de police judiciaire nécessaires à l'instruction (...).

Les services de police requis sont tenus d'obtempérer aux réquisitions et de prêter le concours des officiers et agents de police judiciaire nécessaire à leur exécution (...).

Comme l'information préliminaire, l'instruction se caractérise, sous réserve de quelques tempéraments, par son caractère inquisitoire : elle est écrite, unilatérale et secrète.

L'article 57 du Code d'instruction criminelle précise d'ailleurs : «sauf les exceptions prévues par la loi, l'instruction est secrète. Toute personne qui est appelée à prêter son concours professionnel à l'instruction est tenue au secret. Celui qui viole ce secret est puni des peines prévues à l'article 458 du Code pénal».

2. Saisine du juge d'instruction

Lorsque le procureur du Roi ouvre une instruction, il adresse au juge d'instruction un réquisitoire aux fins d'instruire (article 61 du Code d'instruction criminelle)¹³³. Ce réquisitoire, qui doit donner lieu à un écrit¹³⁴, reprend, outre les faits dénoncés, leur qualification¹³⁵, ainsi que les personnes visées comme auteurs, coauteurs ou complices présumés par le procureur du Roi¹³⁶. Au contraire des faits¹³⁷, ni la qualification de ceux-ci ni l'indication des personnes visées ne lient le juge d'instruction. Cependant, il faut savoir que toute personne citée comme suspect dans le réquisitoire aux fins d'instruire du procureur du Roi sera considérée par la suite comme personne à l'égard de laquelle l'action publique est engagée et bénéficiera, de ce fait, des mêmes droits que l'inculpé (article 61bis, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle).

La personne qui se prétend lésée peut, elle aussi, ouvrir l'instruction. On parle de constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction. Ainsi, l'article 63 du Code d'instruction criminelle stipule-t-il que «toute personne qui

se prétendra lésée par un crime ou délit pourra en rendre plainte et se constituer partie civile devant le juge d'instruction compétent». Comme l'a rappelé la Cour de cassation¹³⁸, celui qui se prétend lésé par un crime ou un délit peut se constituer partie civile devant le juge d'instruction¹³⁹ soit lorsque celui-ci n'est pas encore saisi d'une instruction judiciaire concernant les faits dénoncés, auquel cas la plainte avec constitution de partie civile met l'action publique en mouvement, soit lorsqu'il est déjà saisi d'une instruction judiciaire concernant les faits dénoncés, auquel cas celui qui se prétend lésé peut se constituer partie civile aussi longtemps que le juge d'instruction reste saisi, c'est-à-dire aussi longtemps qu'il n'a pas été statué sur le règlement de la procédure par la juridiction d'instruction.

À titre exceptionnel, le juge d'instruction peut se saisir lui-même en cas de flagrant délit ou flagrant crime. L'article 59 du Code d'instruction criminelle dispose en effet que «dans tous les cas de flagrant délit ou réputés tels, le juge d'instruction peut se saisir des faits et poser directement les actes relevant de la compétence du procureur du Roi. Dans ce cas, le juge d'instruction informe immédiatement le procureur du Roi pour lui permettre de prendre les réquisitions qu'il juge utiles».

Le juge d'instruction peut également s'autosaisir au terme de la mini-instruction. Dans ce cas, sa saisine est délimitée par le réquisitoire du procureur du Roi lorsqu'il a requis la mini-instruction, celui-ci dénonçant impérativement des faits infractionnels déterminés.

Enfin, aux termes de l'article 193 du Code d'instruction criminelle, le tribunal correctionnel peut, si le fait est de nature à mériter une peine criminelle, renvoyer le prévenu devant le juge d'instruction compétent.

À côté de ces différents modes de saisine du juge d'instruction, ce dernier peut, dans certains cas, être saisi ponctuellement, sans que cette saisine ouvre une instruction :

- à l'occasion de la mini-instruction, par laquelle le procureur du Roi requiert du juge d'instruction l'accomplissement d'un acte d'instruction pour lequel seul le juge d'instruction est compétent (article 28septies du Code d'instruction criminelle) ;
- à l'occasion de l'audition d'un témoin anonyme à la demande de la juridiction de fond, puisque la juridiction de fond peut ordonner au juge d'instruction, soit d'office, soit sur réquisition du ministère public, soit à la demande des parties ou de leurs conseils, de réentendre un témoin

¹³⁸ Cass., 9 octobre 1990, *Arr. Cass.*, 1990-1991, p. 146; *Bull.*, 1991, p. 132; *Pas.*, 1991, I, p. 132.

¹³⁹ Deux formalités doivent, le cas échéant, être remplies par la partie civile : la consignation et l'élection de domicile.

¹³³ Il peut y être enjoint par le ministre de la Justice en vertu de droit d'injonction positive dont dispose celui-ci sur la base de l'article 151, § 1^{er}, de la Constitution et de l'article 274 du Code d'instruction criminelle.

¹³⁴ Le réquisitoire initial aux fins d'informer ou les réquisitions complémentaires du ministère public doivent être écrits, datés et signés par un magistrat du ministère public; ces formes, qui permettent de contrôler la réalité et l'étendue de la saisine du juge d'instruction, sont substantielles; aucune autre forme n'est requise pour ceux-ci (*Cass.*, 11 décembre 2002, I, *Pas.*, 2002, p. 2406; *R.D.P.C.*, 2003, p. 420).

¹³⁵ Le réquisitoire de mise à l'instruction sans la moindre indication de l'existence d'une infraction à ce moment, et bien plus, pour des faits futurs, est illégal, de sorte que les preuves que l'instruction judiciaire a fournies en exécution du réquisitoire ainsi fait n'ont pas été obtenues régulièrement et doivent dès lors être écartées du délibéré (*Anvers*, 29 juin 1999, *T. Straff.*, 2001, p. 209).

¹³⁶ À moins que celles-ci ne soient pas encore identifiées ou identifiables, auquel cas l'instruction est ouverte «contre X».

¹³⁷ Le juge d'instruction est saisi *in rem*.

ou d'entendre un nouveau témoin sous couvert de l'anonymat complet (article 189bis, alinéa 2, et 294, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle);

- à l'occasion d'une mesure d'écoute téléphonique dans le cadre d'une enquête patrimoniale, puisque la juridiction de fond qui ordonne une enquête particulière sur les avantages patrimoniaux et qui, dans ce cadre, ordonne une mesure d'écoute téléphonique visée par l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, doit charger un juge d'instruction de l'exécution de cette mesure conformément aux articles 90quater, §§ 2 et 3, à 90octies du même Code (article 524bis, § 5, du Code d'instruction criminelle).

Il est essentiel de savoir que le juge d'instruction est saisi *in rem* et non *in personam*. En d'autres termes, les pouvoirs d'investigation du juge d'instruction sont limités aux seuls faits dont il est saisi¹⁴⁰. Par contre, rien ne l'empêche d'inculper d'autres auteurs, coauteurs ou complices présumés, même si ceux-ci n'étaient pas cités dans l'acte de saisine. Ainsi que nous l'avons indiqué, le juge d'instruction n'est pas non plus tenu par la qualification donnée aux faits dans l'acte de saisine¹⁴¹.

3. Actes d'instruction

Le juge d'instruction peut recourir à tous moyens d'investigation pour parvenir à la vérité et permettre aux juridictions de statuer en connaissance de cause. Il peut même, dans le cadre de l'instruction¹⁴², utiliser la contrainte ou porter atteinte aux libertés et aux droits individuels. Il veille néanmoins à la légalité des moyens de preuve, ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés (article 56 du Code d'instruction criminelle).

Le juge d'instruction peut poser lui-même les actes qui relèvent de la police judiciaire, de l'information et de l'instruction. Il peut aussi les déléguer. Ainsi, chargera-t-il le plus souvent, par le biais d'un document appelé apostille, les services de police d'exécuter les actes de police judiciaire et d'information. Les actes d'instruction qui impliquent la contrainte ou qui portent atteinte aux

¹⁴⁰ Le pouvoir d'instruire du juge d'instruction est limité aux faits faisant l'objet du et pouvant être compris dans le réquisitoire du procureur du Roi et les pièces y annexées (Cass., 31 mars 1992, *Arr. Cass.*, 1991-1992, p. 743; *Bull.*, 1992, p. 696; *Pas.*, 1992, I, p. 697), ou dans les réquisitions complémentaires, ou encore dans l'acte de constitution de partie civile (Cass., 29 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 326). Le juge d'instruction doit, pour délimiter sa mission d'instruction, vérifier, en tenant compte notamment des éléments ressortant des pièces jointes au réquisitoire et de la nature des éléments de fait dont il dispose, l'ensemble des comportements ou des omissions au sujet duquel le procureur du Roi entendait requérir instruction (Cass., 11 décembre 1990, *Arr. Cass.*, 1990-1991, p. 401; *Bull.*, 1991, p. 355; *Pas.*, 1991, I, p. 355).

¹⁴¹ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, op. cit., p. 432.

¹⁴² Au contraire de l'information.

libertés et aux droits individuels nécessitent, quant à eux, une ordonnance, un réquisitoire ou un mandat de la part du juge d'instruction, pour pouvoir être confiés aux officiers et agents de police judiciaire¹⁴³.

Aux termes de l'article 61bis du Code d'instruction criminelle, «le juge d'instruction procède à l'inculpation de toute personne contre laquelle existent des indices sérieux de culpabilité. Cette inculpation est faite lors d'un interrogatoire ou par notification à l'intéressé».

Cette formalité est obligatoire. Elle est, en effet, créatrice de droits dans le chef des personnes à l'encontre desquelles elle est réalisée. Ainsi, les inculpés ont-il, par exemple, le droit de demander l'accès au dossier (article 61ter du Code d'instruction criminelle) ou celui de demander l'accomplissement d'un acte d'instruction complémentaire (article 61quinquies du Code d'instruction criminelle).

La perquisition (article 87 du Code d'instruction criminelle) constitue une mesure coercitive, par laquelle l'autorité compétente, dans les cas prévus par la loi et selon les règles qu'elle prescrit, pénètre dans un endroit bénéficiant de la protection liée à l'inviolabilité du domicile en vue d'y rechercher des preuves et d'y saisir des pièces à conviction d'un crime ou d'un délit¹⁴⁴.

Parce qu'elle porte gravement atteinte au droit à la vie privée, la perquisition présuppose l'existence d'indices sérieux qu'une infraction a été commise¹⁴⁵.

Par contre, la régularité d'une perquisition n'est pas subordonnée à l'existence d'indices sérieux de culpabilité dans le chef de la personne au domicile ou au bureau de laquelle la perquisition est effectuée; il suffit que le juge d'instruction dispose d'éléments permettant de penser que ces lieux abritent des documents ou des objets utiles à la manifestation de la vérité en ce qui concerne les infractions visées au mandat de perquisition¹⁴⁶.

Le juge d'instruction peut charger un officier de police judiciaire d'effectuer la perquisition (article 89bis du Code d'instruction criminelle), en délivrant un mandat de perquisition. Aujourd'hui, la délégation est pratiquement devenue la règle.

Certains lieux sont inviolables: c'est le cas des locaux bénéficiant de la protection diplomatique¹⁴⁷. D'autres jouissent de protections particulières (par

¹⁴³ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 698.

¹⁴⁴ Définition tirée de H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 745.

¹⁴⁵ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 745.

¹⁴⁶ Cass., 1^{er} décembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1400, note F. JONGEN, «Avant la loi du 7 avril 2005».

¹⁴⁷ Article 22 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques.

exemple, la perquisition chez un parlementaire¹⁴⁸ ou la perquisition chez un journaliste¹⁴⁹).

Par ailleurs, il est admis que les perquisitions effectuées chez un dépositaire du secret professionnel soient entourées de garanties particulières. Selon l'usage, un représentant qualifié de la profession accompagne le juge d'instruction lors de la visite domiciliaire¹⁵⁰. En outre, dans le cas d'une perquisition chez un avocat, il a été jugé que celle-ci devait être proportionnée aux objectifs recherchés, et ce eu égard aux circonstances concrètes de l'affaire¹⁵¹.

Une procédure similaire à celle applicable au procureur du Roi, pendant l'information, est d'application pour les mesures de gestion des avoirs patrimoniaux saisis dans le cadre d'une instruction. L'article 61sexies du Code d'instruction criminelle¹⁵² permet au juge d'instruction qui estime devoir maintenir la saisie sur des avoirs patrimoniaux, soit d'autoriser leur aliénation par l'Organe central, afin de leur subroger le produit obtenu, soit de les restituer à la personne saisie moyennant le paiement d'une somme d'argent dont il fixe le montant, afin de leur subroger cette somme. Le juge d'instruction prononce l'exécution provisoire de son ordonnance lorsqu'un retard peut entraîner un préjudice irréparable¹⁵³.

Le juge d'instruction peut aussi ordonner des mesures provisoires à l'égard des personnes morales :

« Lorsque au cours d'une instruction, le juge d'instruction constate de sérieux indices de culpabilité chez une personne morale, il peut, si des circonstances particulières le requièrent, ordonner les mesures suivantes :

1° la suspension de la procédure de dissolution ou de liquidation de la personne morale ;

¹⁴⁸ Article 59 de la Constitution.

¹⁴⁹ Article 5 de la loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistiques (M.B., 27 avril 2005).

¹⁵⁰ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., p. 755. Cependant, il a été jugé que la présence d'un représentant qualifié de la profession exercée par la personne chez qui a lieu une visite domiciliaire peut paraître souhaitable, mais relève d'un usage non consacré par la loi et dont la méconnaissance ne constitue, en soi, ni irrégularité ni cause de nullité (Liège (ch. mises acc.), 26 février 2004, *Journ. proc.*, 2004, n° 479, p. 19, note S. D'Orazio, « Cabinet d'avocat... "asile sacré" ou banque d'informations ? »).

¹⁵¹ C.E.D.H., 16 décembre 1992, *Rev. trim. dr. h.*, 1993, p. 467, notes P. LAMBERT, « Perquisition au cabinet d'un avocat et droit au respect de la vie privée, de la correspondance et du domicile » et F. RIGAUX « L'application de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à une perquisition faite dans des locaux professionnels ».

¹⁵² Tel que modifié par la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses.

¹⁵³ « Si ces possibilités existaient déjà sous l'empire de la loi précédente, l'autonomie des magistrats est renforcée, toujours cependant sous le contrôle de la chambre des mises en accusation devant laquelle un recours peut être exercé » (O. KLEES, « Du nouveau en matière de saisie pénale », *J.T.*, 2007, p. 487).

2° l'interdiction de transactions patrimoniales spécifiques susceptibles d'entraîner l'insolvabilité de la personne morale ;

3° le dépôt d'un cautionnement dont il fixe le montant, en vue de garantir le respect des mesures qu'il ordonne.

Si les mesures visées à l'alinéa précédent concernent des biens immeubles, il est procédé conformément à l'article 35bis* (article 91 du Code d'instruction criminelle).

Parmi les autres actes d'instruction, on peut citer notamment : le mandat d'amener, le mandat d'arrêt, le repérage et la localisation des télécommunications, les écoutes téléphoniques, les recherches informatiques, l'ouverture et la prise de connaissance du courrier, le contrôle visuel discret, le prélèvement et l'identification par l'analyse ADN...

Bien que la loi n'en parle pas, il est incontestable que le juge d'instruction peut aussi nommer un expert et lui fixer une mission. Le juge apprécie souverainement s'il y a lieu d'ordonner une expertise et choisit librement l'expert¹⁵⁴.

4. Fin de l'instruction

À l'issue de l'instruction, les juridictions d'instruction doivent décider des suites à donner à l'instruction (c'est ce que l'on appelle le « règlement de la procédure ») :

- la chambre du conseil rend soit une ordonnance de sursis à statuer, soit une ordonnance de non-lieu, soit une ordonnance de renvoi¹⁵⁵. Dans ce dernier cas, elle renvoie l'inculpé devant un tribunal pour un chef d'inculpation précis, moyennant le maintien éventuel de la détention ou l'imposition de certaines conditions. La chambre du conseil peut contraindre un délit ou correctionnaliser un crime. Si elle estime que le crime ne peut pas être correctionnalisé, de sorte qu'il relève bel et bien de la cour d'assises, elle ordonne que soit saisie la chambre des mises en accusation (ordonnance de « prise de corps ») ;
- la chambre des mises en accusation connaît de l'appel des ordonnances de sursis à statuer, de non-lieu ou de renvoi rendues par la chambre du conseil¹⁵⁶ ; c'est elle qui statue sur le renvoi ou non de l'affaire devant la cour d'assises¹⁵⁷ ; les décisions de la chambre des mises en accusation sont des arrêts.

¹⁵⁴ R. DECLERCQ, *Éléments de procédure pénale*, op. cit., p. 332, n° 559.

¹⁵⁵ H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, op. cit., pp. 913-931.

¹⁵⁶ *Ibid.*, pp. 937-954.

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 954-956.

§ 2. La phase de jugement

Le déroulement du procès pénal peut se résumer selon le schéma suivant :

- Instruction d'audience (interrogatoire du prévenu, audition des témoins et des experts)
 - Débats
 - Plaidoirie de la partie civile (s'il y en a une)
 - Réquisitoire du ministère public
 - Plaidoirie de la défense
- Délibéré (suivi de la réouverture éventuelle des débats)
- Prononcé de la décision en audience publique

L'accusé ou le prévenu doit pouvoir, devant la juridiction de jugement, combattre librement les éléments apportés contre lui par le ministère public et la partie civile.

Le principe du contradictoire veut qu'une décision du juge pénal ne puisse se fonder que sur des éléments que les parties ont eu la possibilité de contredire. Le prévenu, assisté de son conseil, doit avoir eu l'opportunité de se défendre et de contredire toute pièce ou toute argumentation de nature à influencer la décision du juge¹⁵⁸.

Ce principe du contradictoire est très étroitement lié au principe du droit à un procès équitable : dès lors que l'accusé ou le prévenu a eu la possibilité, devant la juridiction de jugement, de combattre librement les éléments apportés contre lui par le ministère public, il ne saurait prétendre qu'il n'a pas eu droit à un procès équitable au sens de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁵⁹.

Le principe du contradictoire comprend aussi le droit pour le prévenu d'avoir accès au dossier.

Une fois saisie, la juridiction de jugement a l'obligation de statuer. Elle ne peut se dessaisir de l'affaire qu'en rendant un jugement d'incompétence. Si elle considère que l'affaire n'est pas suffisamment instruite, elle peut rendre une décision avant dire droit, procéder ou faire procéder à une instruction complémentaire et, ensuite, statuer au fond.

L'article 524bis du Code d'instruction criminelle prévoit que le juge qui déclare le prévenu coupable pour le fait qui lui est imputé peut, sur réquisition du ministère public, ordonner une enquête particulière sur les avantages patrimoniaux en vue de déterminer ceux-ci. Le ministère public dispose alors d'un

¹⁵⁸ R. DECLERCO, *Éléments de procédure pénale*, op. cit., p. 650, n° 1256.

¹⁵⁹ Cass., 31 mai 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 567.

délai de deux ans pour mener l'enquête à bien et pour porter l'affaire devant le juge, qui devra uniquement se prononcer sur la peine accessoire que constitue l'éventuelle confiscation des avantages patrimoniaux. On voit bien que dans ce cas, la césure n'intervient pas entre la culpabilité et la peine, mais entre les peines principales et la peine accessoire de confiscation¹⁶⁰.

Section 5

Spécificités de l'expertise en matière pénale

§ 1. Notions

L'expertise est « le moyen de découvrir et d'utiliser certains indices ou certaines preuves, à l'aide de connaissances techniques particulières ; ces connaissances, le juge ne les possède pas, mais il les trouve auprès des spécialistes, les experts, auxquels il demande d'apporter leur collaboration dans la recherche de la vérité »¹⁶¹.

L'expertise n'est pas en elle-même un mode de preuve. C'est une mesure d'instruction à laquelle le juge recourt s'il l'estime nécessaire à la manifestation de la vérité ou utile à la formation de sa conviction. Elle a ainsi pour objet d'éclairer le juge sur des questions techniques ou scientifiques¹⁶².

« La pratique judiciaire actuelle fait apparaître les trois questions type posées à l'expert en matière pénale. Il peut, tout d'abord, lui être demandé d'analyser des éléments de preuve afin de mettre en lumière la matérialité des faits, l'identité de l'auteur ou la manière dont les faits se sont déroulés. Ensuite, l'expertise peut être sollicitée afin de permettre au juge d'individualiser au mieux les éventuelles peines ou mesures de sûreté qu'il souhaiterait prononcer. Enfin, l'expert peut également intervenir dans l'évaluation du dommage de la victime. »¹⁶³

Suivant l'article 43 du Code d'instruction criminelle, les experts sont des « personnes présumées, par leur art ou profession, capables d'apprécier la nature et les circonstances du crime ou du délit ». Dans la pratique, il existe une liste officielle d'experts dans chaque parquet.

¹⁶⁰ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, op. cit., p. 736.

¹⁶¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 5^e éd., Paris, Cujas, 2001, p. 258.

¹⁶² N. COLETTE-BASECOZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 401.

¹⁶³ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, op. cit., p. 1086 ; F. HUTSEBAUT, « Het deskundigenonderzoek in strafzaken », *L'expertise judiciaire - Le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, sous la dir. de G. DE LEVAL et B. TILLEMANN, Bruxelles, la Charte, 2003, p. 347 ; R. SCREVEN, « Réflexions sur l'expertise en matière pénale », *Rev. dr. pén.*, 1964-1965, p. 110 ; B. DE SMET, *Deskundigenonderzoek in strafzaken*, A.P.R., Anvers, Story Scientia, 2001, p. 2.

Dans des dossiers relevant notamment du droit pénal social ou financier, les magistrats désignent fréquemment un expert-comptable ou un réviseur d'entreprise¹⁶⁴.

Le juge choisit librement l'expert qui est le plus apte, selon lui, à réaliser la mission qu'il va lui confier¹⁶⁵. L'expert doit être désigné nominativement par le juge¹⁶⁶. Il est tenu d'exécuter lui-même la mission qui lui est confiée¹⁶⁷.

Le juge doit, en outre, soigneusement déterminer la mission de l'expert. Ce dernier ne pourra s'écarter des limites de sa mission, ni dégager des conséquences juridiques de ses constatations, sous peine de voir son rapport être annulé en tout ou en partie¹⁶⁸.

L'expert qui accepte sa mission doit prêter serment dans les termes suivants : « Je jure de remplir ma mission en honneur et conscience, avec exactitude et probité » (article 44, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle) ou en des termes équivalents. Il exécute ensuite sa mission en toute liberté, suivant les règles de la discipline dont il relève.

Notons que l'impartialité de l'expert judiciaire est nécessaire pour garantir au prévenu le droit à un procès équitable¹⁶⁹. Elle est présumée jusqu'à preuve du contraire. La circonstance que l'expert soit intervenu dans le passé en qualité de conseiller technique de l'une des parties à la cause pourrait être de nature à jeter le discrédit sur son impartialité¹⁷⁰.

L'expert judiciaire est tenu au secret professionnel, conformément aux articles 28quinquies, § 1^{er}, et 57, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle. Il lui est dès lors interdit de divulguer les informations recueillies à l'occasion de l'exercice de sa mission, que ce soit à la presse ou à des tiers¹⁷¹. En revanche, l'expert judiciaire n'est pas tenu au secret à l'égard de l'autorité qui l'a mandaté.

¹⁶⁴ B. DE SMET, « Principes van het deskundigenonderzoek in financiële strafzaken », in *L'expertise judiciaire – Le rôle de l'expert comptable et du conseil fiscal*, sous la dir. de G. DE LEVAL et B. TILLEMANS, Bruges, la Chartre, 2003, pp. 319-344.

¹⁶⁵ R. DECLERCQ, *Éléments de procédure pénale*, op. cit., p. 332, n° 559.

¹⁶⁶ S'il s'agit d'un collège d'experts, chaque expert qui en fait partie doit être désigné nominativement. Par ailleurs, une ordonnance de désignation d'une personne morale serait irrégulière, car une personne morale ne peut prêter serment comme le requiert l'article 44 du Code d'instruction criminelle.

¹⁶⁷ J. DE COOT, *Des nullités de l'instruction et du jugement*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 77.

¹⁶⁸ Le juge d'instruction délègue sa mission aux experts lorsqu'il leur demande de rechercher, dans le cas qui leur est soumis, s'il existe un défaut de prévoyance ou de précaution, et dans l'affirmative d'identifier les auteurs. En conséquence, le réquisitoire du juge d'instruction ainsi que le rapport des experts sont nuls (Corr. Nivelles, 22 février 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1284).

¹⁶⁹ L. KENNES, *Manuel de la preuve en matière pénale*, Malines, Kluwer, 2009, pp. 384-395, n° 929.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 381, n° 918.

La Cour de cassation a admis que l'expert judiciaire puisse, sans violer le secret professionnel, communiquer au juge d'instruction qui l'a désigné pour la mission d'expertise, des renseignements dont il a eu connaissance lors de l'exécution d'une précédente mission¹⁷².

L'expert judiciaire a accès au dossier répressif qui lui fournira les informations nécessaires à la réalisation de sa mission. Il peut assister à l'accomplissement de certains actes de procédure si le magistrat l'ordonne (par exemple, une audition ou une perquisition)¹⁷³.

Au terme de sa mission, l'expert dépose un rapport, sur lequel il peut être entendu sous serment. Son rapport doit être rédigé dans la langue de la procédure au moment de la désignation¹⁷⁴.

Les considérations et les conclusions d'un rapport d'expertise ne sont qu'un avis que le juge ne suit, même au point de vue technique, que s'il y trouve des éléments propres à déterminer sa décision et s'il ne lui apparaît pas en contradiction avec d'autres éléments saisissables et probants que la cause révèle¹⁷⁵.

§ 2. Caractère contradictoire de l'expertise¹⁷⁶

L'expertise pose question quant à son caractère contradictoire. Aucune disposition du Code d'instruction criminelle ne régit la manière dont l'expertise doit se dérouler dans le cadre du procès pénal¹⁷⁷.

Au stade de l'information ou de l'instruction, sauf exception, elle est en principe non contradictoire¹⁷⁸. Elle peut cependant être rendue contradictoire par le juge d'instruction ou le procureur du Roi si elle ne porte pas atteinte ni à la présomption d'innocence, ni à l'efficacité de l'enquête ; c'est l'enseignement de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 13 janvier 1999¹⁷⁹ :

¹⁷² Cass., 31 janvier 2001, *R.D.P.C.*, 2001, p. 742.

¹⁷³ Dans ce cas, s'il l'estime opportun, l'expert judiciaire pourrait suggérer à l'autorité qui l'a mandaté l'accomplissement de devoirs complémentaires qu'il préciserait (par exemple, une saisie de documents comptables).

¹⁷⁴ Le juge ne peut déroger à cette règle qu'en précisant les motifs exceptionnels qui justifient que le rapport soit rédigé dans une autre langue que celle de la procédure. Dans ce cas, une traduction est jointe au dossier.

¹⁷⁵ Bruxelles, 12 février 1913, *Pas.*, II, p. 117 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Le juge pénal et l'expert « psy » : histoires d'un vieux couple », in *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck-Larcier, 2006, pp. 103-111.

¹⁷⁶ Plusieurs extraits de cette partie sont empruntés à l'ouvrage suivant : N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., pp. 401-409.

¹⁷⁷ Sur le sujet, voyez N. BANNEUX, « Le caractère contradictoire de certains actes d'instruction : essai de synthèse », *J.T.*, 2008, pp. 65 et s.

¹⁷⁸ Le « grand Franchimont » veut rendre l'expertise contradictoire, sauf en cas d'urgence ou en raison des nécessités de l'instruction.

¹⁷⁹ C. const., 13 janvier 1999, n° 1/99, www.const-court.be.

«B.5. (...) Lorsque l'expertise est ordonnée par le ministère public dans le cours de l'information ou par le juge d'instruction dans le cours de l'instruction, il faut tenir compte de ce que le législateur a voulu que la procédure pénale soit encore inquisitoire à ces stades afin, d'une part, compte tenu de la présomption d'innocence, d'éviter de jeter inutilement le discrédit sur les personnes, d'autre part, dans un souci d'efficacité, d'être en mesure d'agir vite, sans alerter les coupables.

Ces objectifs sont de telle nature que le législateur a pu les regarder comme primordiaux, ce qui n'empêche pas qu'il puisse, sans violer le principe d'égalité, tempérer cette option et déterminer dans quels cas et à quelles conditions une expertise doit être contradictoire, même au stade de l'information ou de l'instruction.

B.6. La Cour constate que le système actuel ne porte pas en soi atteinte aux règles du procès équitable. D'une part, les textes soumis à son contrôle doivent s'interpréter comme permettant, contrairement à ce que laisserait supposer le libellé de la seconde question préjudicielle, que l'expertise soit rendue contradictoire lorsque le magistrat qui l'ordonne au stade de l'information ou de l'instruction estime qu'en l'espèce la contradiction ne porte pas atteinte aux objectifs mentionnés en B.5. D'autre part, aucun texte ne lie l'appréciation du juge du fond aux constatations ou aux conclusions d'une expertise, et cette appréciation peut devoir tenir compte du caractère contradictoire ou non de celle-ci».

La Cour de cassation a affirmé, dans un arrêt du 24 novembre 1998 que ce principe du non-contradictoire au stade de l'instruction ne violait pas l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁸⁰:

«Attendu que, pour apprécier si une cause a été entendue équitablement au sens de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il convient de rechercher si la cause, prise dans son ensemble, a été l'objet d'un procès équitable; que, dès lors que les demandeurs ont eu le loisir, devant les juridictions de jugement, de contredire librement les éléments apportés contre eux par le ministère public, ils ne sauraient prétendre qu'ils n'ont pas eu droit à un procès équitable au sens de ladite Convention;

Attendu qu'en l'espèce, le demandeur a pu faire valoir devant le juge du fond ses moyens de défense à l'encontre du rapport d'expertise et au besoin demander une expertise complémentaire, voire la désignation d'un collège d'experts.»

¹⁸⁰ Cass., 24 novembre 1998, R.W., 1999-2000, p. 843, note B. DE SMET «Het deskundigenonderzoek in strafzaken: touwtrekken tussen het Arbitragehof en het Hof van Cassatie». Voy. également Cass. (2^e ch.), 10 février 1999, R.G. n° P98.0826.F, www.cass.be: «Attendu qu'une violation du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense ne peut se déduire ni de la seule circonstance que l'expertise ordonnée par le juge d'instruction est, en règle, exécutée de manière non contradictoire, ni du refus du juge de poser à cet égard une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage ou d'ordonner une expertise complémentaire, lorsque les constatations de l'expert et les demandes formées à leur sujet ont été soumises devant le juge du fond à la contradiction des parties».

Dans le même sens, la Cour de cassation a ajouté que la circonstance que les parties ne peuvent participer à l'expertise ordonnée par le juge d'instruction, sauf si et dans la mesure où celui-ci l'estime adéquat pour la recherche de la vérité, ne constitue pas en soi une violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense¹⁸¹:

«Attendu que la demanderesse soutient notamment n'avoir pu prendre connaissance du rapport du collège d'experts qu'après que l'instruction a été «clôturée» et le réquisitoire de non-lieu tracé;

Mais attendu qu'il résulte des articles 61^{ter}, 61^{quinquies} et 127 du Code d'instruction criminelle qu'elle était en droit de solliciter du juge d'instruction l'accès au dossier et l'accomplissement de devoirs complémentaires avant la clôture de l'instruction; Qu'il n'apparaît pas des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard qu'elle ait fait usage de ces droits;

Attendu que la circonstance que les parties ne peuvent participer à l'expertise ordonnée par le juge d'instruction, sauf si et dans la mesure où celui-ci l'estime adéquat pour la recherche de la vérité, ne constitue pas en soi une violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense».

Dans un arrêt du 21 janvier 2004, la Cour de cassation a encore précisé qu'aucune disposition légale n'interdit au juge d'instruction de soumettre des observations préliminaires d'un expert à la contradiction de l'inculpé avant même que l'expert n'ait déposé le rapport qui les développe¹⁸²:

«Qu'aucune disposition légale n'interdit au juge d'instruction de soumettre de telles observations à la contradiction de l'inculpé avant même que l'expert n'ait déposé le rapport qui les développe;

Que dès lors, en se fondant sur le procès-verbal de cet interrogatoire, dont il n'est pas allégué que le demandeur n'aurait pu avoir connaissance et copie, l'arrêt ne viole ni l'article 21, § 3, de la loi du 20 juillet 1990, ni l'article 5.4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales».

Dans un jugement du 11 mars 2009, portant sur une cause dans laquelle le prévenu se plaignait de ne pas avoir pu, au stade de l'information, contredire le rapport de l'expert automobile de manière efficace et dont il avait pu prendre connaissance seulement deux ans et demi après l'accident, le tribunal correctionnel d'Arlon a constaté que «le caractère unilatéral de l'expertise a lourdement préjudicié la manifestation de la vérité quant à l'origine de l'accident et quant aux responsabilités y afférentes et que le déroulement de l'information du dossier

¹⁸¹ Cass., 19 février 2003, R.D.P.C., 2004, p. 126, note A. FETTWIS, «Le point sur le caractère contradictoire de l'expertise pénale».

¹⁸² Cass. (2^e ch.), 21 janvier 2004, R.D.P.C., 2004, p. 643.

n'a pas permis au prévenu de faire valoir ses moyens de défense, ce dernier n'ayant pu avoir accès au dossier (et, par conséquent, au rapport d'expertise), ni solliciter des devoirs complémentaires¹⁸³. Le tribunal correctionnel a réformé le premier jugement, en acquittant le prévenu des infractions qui lui étaient reprochées.

Au stade du jugement, l'expertise est en principe contradictoire, moyennant quelques nuances¹⁸⁴.

Selon la Cour constitutionnelle, toutes les expertises ordonnées par le juge du fond en matière pénale doivent être contradictoires dès leur mise en œuvre¹⁸⁵.

La Cour de cassation est, quant à elle, plus nuancée, estimant que le juge est seul compétent pour décider dans quelle mesure et suivant quelles modalités la contradiction peut être organisée dans les opérations d'expertise¹⁸⁶:

- si l'expertise ne concerne que les intérêts civils, elle est obligatoirement contradictoire;
- si l'expertise porte sur l'action publique, l'expert ne peut procéder contradictoirement que si cela lui a été imposé par le libellé de sa mission;
- si l'expertise a un objet mixte, c'est le régime des expertises relatives à l'action publique qui s'applique.

Voici l'extrait de l'arrêt du 8 février 2000 de la Cour de cassation:

«Attendu que lorsque l'expertise ordonnée par la juridiction de jugement tend au jugement de l'action publique elle-même, il appartient au juge d'en déterminer les modalités, compte tenu des droits de la défense et des nécessités de l'action publique; Que les obligations imposées à l'expert par les articles 973 et 978 du Code judiciaire de convoquer les parties, de leur donner connaissance de ses constatations et d'acter leurs observations, ne sont alors pas applicables;

Que dans ce cas, l'expertise ne doit être accomplie contradictoirement par l'expert que pour autant que et dans la mesure où cela lui est imposé par le juge dans le libellé de sa mission;

Attendu que, toutefois, lorsqu'une expertise concerne exclusivement les intérêts civils, il y a lieu d'appliquer les articles 973 et 978 du Code judiciaire;

Attendu que le jugement attaqué qui statue en sens contraire, ne justifie pas légalement sa décision».

¹⁸³ Corr. Arlon, 11 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 905.

¹⁸⁴ S'il est évident que le rapport d'expertise et l'audition de l'expert sont soumis à la contradiction des débats devant le juge du fond, la solution est moins évidente en ce qui concerne l'expertise elle-même.

¹⁸⁵ C. const., 30 avril 1997, arrêt n° 24/97, *R.D.P.C.*, 1997, p. 762; *J.L.M.B.*, 1997, p. 788, note A. MASSET «L'expertise pénale du fond (enfin) contradictoire», *J.T.*, 1997, p. 494.

¹⁸⁶ Cass., 8 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 625, note A. SAOZOT, Les expertises en procédure pénale: un pas de plus vers la contradiction.

Notons que la Cour européenne des droits de l'homme a récemment jugé qu'il y a violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, lorsque le prévenu n'a pas pu participer à la procédure d'expertise ordonnée par la juridiction de fond chargée de statuer sur les poursuites dirigées contre lui¹⁸⁷. Il s'agit de l'arrêt *Cottin c. Belgique*, duquel se dégage l'exigence du caractère contradictoire de l'expertise lorsque les conclusions de l'expertise sont susceptibles d'influencer de manière prépondérante l'appréciation ultérieure des faits par le juge. Une expertise réalisée de façon non contradictoire alors qu'elle aurait dû l'être est de nature à violer les droits de la défense¹⁸⁸:

«1. En l'espèce, il n'est pas contesté que la procédure devant les juges du fond s'est déroulée dans le respect du contradictoire. Tel n'est cependant pas le cas de la procédure d'expertise ordonnée le 16 janvier 1997 dans le cours de la procédure judiciaire. Si le requérant a pu formuler, devant la cour d'appel, des observations sur la teneur et les conclusions du rapport d'expertise qui lui fut communiqué, la Cour n'est pas convaincue qu'il avait là une possibilité véritable de commenter efficacement celui-ci. En effet, la question à laquelle l'expert était chargé de répondre se confondait avec l'une de celles qu'estimait devoir trancher la cour d'appel pour se prononcer sur la qualification pénale des faits reprochés au requérant: déterminer si les faits commis à l'égard de D.H. avaient causé à ce dernier une maladie ou une incapacité de travail personnelle au sens de l'article 399 du Code pénal ou, alternativement, une maladie paraissant incurable, une incapacité permanente de travail personnelle, la perte de l'usage absolu d'un organe ou une mutilation grave au sens de l'article 400 du Code pénal. Or cette question ressortissait à un domaine technique échappant à la connaissance des juges. Ainsi, bien que la cour d'appel ne fût pas juridiquement liée par les conclusions de l'expertise litigieuse, celle-ci devait influencer de manière prépondérante son appréciation des faits et conférer à l'opinion de l'expert un poids tout particulier, comme la cour d'appel l'a elle-même constaté lorsqu'elle se prononça sur la question des frais de cette expertise et les mit à la charge du requérant (voy., *Mantovanelli, mutatis mutandis*, *Yvon c. France*, n° 44962/98, § 36, 24 avril 2003; *G.B. c. France*, n° 44069/98, § 69, 2 octobre 2001; *Bönisch c. Autriche*, arrêt du 6 mai 1985, série A, n° 92, § 33).

2. Le requérant fut empêché de participer à la séance d'expertise du 4 avril 1997, alors que D.H., qui s'y était fait accompagner de son frère aîné P.H. lui-même partie à la procédure pénale en cause, s'était vu offrir la possibilité de se faire assister d'un conseil médical personnel. Pourtant, aucune difficulté technique ne faisait obstacle à ce que le requérant fût associé au processus d'élaboration de celui-ci, ladite expertise consistant en l'audition et l'examen de la partie civile D.H. et l'examen de

¹⁸⁷ C.E.D.H., 2 juin 2005, arrêt n° 48386/99; *J.T.*, 2005, p. 519, *R.A.B.G.*; 2005, p. 1484, note F. VAN VOLSEM, «Het deskundigenonderzoek m.b.t. de gegrondheid van de strafvordering: slechts dan niet tegensprekelijk als het echt niet anders kan?».

¹⁸⁸ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, op. cit., p. 1089.

pièces. En conséquence, le requérant n'eut pas la possibilité de contre-interroger, personnellement ou par l'intermédiaire de son avocat ou d'un conseil médical, les personnes entendues par l'expert, de soumettre à ce dernier des observations sur les pièces examinées et les informations recueillies et de lui demander de se livrer à des investigations supplémentaires. Dans de telles circonstances, le requérant n'a pu faire entendre sa voix de manière effective avant le dépôt du rapport de l'expertise en cause. La possibilité indirecte de discuter le rapport d'expertise dans des mémoires ou lors d'une des audiences d'appel ne peut, en l'espèce, passer pour un équivalent valable du droit de participer à la séance d'expertise. Ainsi, le requérant n'a pas eu la possibilité de commenter efficacement un élément de preuve essentiel et une demande d'expertise complémentaire n'y aurait rien changé. En effet, eu égard à la situation existant à l'époque en droit belge, une nouvelle expertise aurait elle aussi été unilatérale.

3. L'article 6, § 1^{er}, de la Convention vise avant tout à préserver les intérêts des parties et ceux d'une bonne administration de la justice (voy., *mutatis mutandis*, *Acquaviva c. France*, arrêt du 21 novembre 1995, série A, n° 333-A, p. 17, § 66). En l'espèce, le respect du droit à un procès équitable, garanti par l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, exigeait que le requérant eût la faculté de soumettre efficacement ses commentaires sur un élément de preuve jugé essentiel par les juges du fond pour leur appréciation des faits. En effet, la confiance des justiciables dans le fonctionnement de la justice se fonde, entre autres, sur l'assurance d'avoir pu s'exprimer utilement sur tout élément déterminant de l'affaire (voy., *mutatis mutandis*, *F.R. c. Suisse*, n° 37292/97, § 39, 28 juin 2001; *Pellegrini c. Italie*, n° 30882/96, § 45, 20 juillet 2001). Or cette possibilité ne lui a pas été donnée. Ce constat implique qu'il y a eu violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention ».

Pour notre part, nous pensons qu'il est intéressant de rendre contradictoire le déroulement des opérations d'expertise, car la possibilité de contester ultérieurement un rapport d'expertise non contradictoire n'assure pas toujours à suffisance le respect des droits de la défense, ainsi que l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme. En outre, cette solution présente l'avantage de faire l'économie ultérieurement de compléments d'expertise et contre-expertises.

Quant à l'expert, il est tenu de se conformer aux modalités décidées par le juge. Il ne peut donc pas organiser une contradiction en dehors du cadre de la décision du juge.

Signalons aussi que le non-respect du principe du contradictoire n'entraîne pas la nullité de l'expertise, mais son inopposabilité à la partie dont les droits ont été lésés¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Corr. Liège, 13 janvier 2005, R.G.A.R., 2006, n° 14176.

Chapitre II

Les éléments constitutifs de l'infraction¹⁹⁰

Les éléments constitutifs de l'infraction (qu'elle soit prévue dans le livre II du Code pénal ou dans une loi ou un règlement particuliers) sont au nombre de trois :

- un élément légal,
- un élément matériel,
- un élément moral.

Nous les étudierons successivement dans les trois sections suivantes.

Par ailleurs, l'infraction doit pouvoir être reliée à un auteur ou un participant (imputabilité physique), lesquels peuvent être une personne physique ou une personne morale (chapitre III). Elle doit aussi pouvoir être imputée moralement à cette personne, ce qui suppose l'existence d'une capacité pénale dans son chef et l'exercice répréhensible de ses facultés mentales (chapitre IV).

Section 1

L'élément légal

§ 1. Principe de la légalité des incriminations et des peines

En vertu du principe de la légalité des incriminations et des peines, la loi doit ériger le fait en infraction et prévoir la peine; c'est donc fort logiquement qu'une infraction se constitue avant tout d'un élément légal. En effet, un texte légal doit incriminer les faits reprochés et assortir cette incrimination d'une peine.

§ 2. Les causes de justification objective

Les causes de justification objective neutralisent l'élément légal de l'infraction en conférant au fait incriminé un caractère licite.

a) La neutralisation de l'élément légal

L'élément légal peut ainsi être neutralisé par une cause de justification objective, dont l'effet est de rendre le fait conforme au droit. Il n'y a dès lors plus d'infraction. Les causes de justification objective ne peuvent être confondues avec les causes de non-imputabilité subjective (*cf. infra*) qui entraînent un acquittement, mais ne rendent pas le fait licite.

¹⁹⁰ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général, op. cit., spéc.* le chapitre III du titre III (dont cette partie consacrée aux éléments constitutifs de l'infraction reprend plusieurs extraits).

b) Les différentes causes de justification objective

Deux causes de justification objective sont inscrites expressément dans le Code pénal : il s'agit de l'ordre ou l'autorisation de la loi et du commandement légal de l'autorité (article 70 du Code pénal)¹⁹¹, ainsi que de la légitime défense (articles 416 et 417 du Code pénal)¹⁹². Deux autres causes de justification objective ne sont pas reprises, comme telles, dans le Code pénal : l'état de nécessité et la résistance légitime aux abus de l'autorité. Elles ont été créées par la jurisprudence et la doctrine par l'effet d'une interprétation extensive fondée sur le droit pénal favorable.

Dans le paragraphe qui suit, nous commenterons une cause de justification objective fréquemment plaidée dans le cadre des dossiers relevant du droit pénal financier ou social, à savoir l'état de nécessité.

§ 3. L'état de nécessité

Comme nous venons de le préciser, l'état de nécessité est une construction doctrinale et jurisprudentielle qui repose sur une interprétation extensive des articles 70, 416 et 417 du Code pénal.

Cette cause de justification objective se définit comme une « situation dans laquelle se trouve une personne qui n'a raisonnablement d'autre ressource que de commettre une infraction pour sauvegarder un intérêt égal ou supérieur à celui que cette infraction sacrifie »¹⁹³. L'état de nécessité n'est pas à confondre avec la contrainte qui est une cause de non-imputabilité subjective (article 71 du Code pénal)¹⁹⁴ ; en effet, l'état de nécessité implique un choix délibéré entre deux valeurs, alors que par l'effet de la contrainte, le libre arbitre de l'agent est totalement annihilé¹⁹⁵.

¹⁹¹ L'article 70 du Code pénal dispose : « Sauf en ce qui concerne les infractions définies dans le livre II, titre I^{er} bis, il n'y a pas d'infraction lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité ». Cette cause de justification concerne à la fois les faits ordonnés ou autorisés (parfois de manière implicite) par le législateur, ainsi que les ordres légaux donnés par une autorité légitime.

¹⁹² La légitime défense est une exception à l'interdiction de principe de se faire justice à soi-même. C'est une cause légale de justification objective qui est régie à l'article 416 du Code pénal : « Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui ». Elle constitue un cas particulier de l'état de nécessité, son champ d'application étant limité aux infractions d'homicide et de coups et blessures volontaires alors que l'état de nécessité a une portée tout à fait générale (étant susceptible de s'appliquer à toutes les infractions).

¹⁹³ F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal – Aspects juridiques et criminologiques*, 8^e éd., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 307.

¹⁹⁴ Sur cette confusion, voy. J. CONSTANT, *Principes généraux du droit pénal belge*, Liège, Imprimeries nationales, 1965, t. I^{er}, pp. 502 et s.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 506.

Comme toutes les causes de justification objective, l'état de nécessité doit remplir des conditions d'existence et d'exercice¹⁹⁶.

Les conditions d'existence de l'état de nécessité sont les suivantes :

- 1° une situation de crise exceptionnelle, caractérisée par un conflit de valeurs¹⁹⁷ ;
- 2° une menace grave et imminente pesant sur un droit ou un intérêt d'une valeur égale ou supérieure à celle de l'intérêt sacrifié¹⁹⁸. Dans cette situation exceptionnelle, il est admis que le respect de la loi pénale « entraînerait des circonstances néfastes, dépassant à ce point l'inconvénient de la transgression que le législateur se prononcerait certainement lui-même en faveur de la désobéissance »¹⁹⁹ ;
- 3° l'impossibilité de sauvegarder l'intérêt supérieur par un autre moyen que la commission de l'infraction (principe de subsidiarité)²⁰⁰ ;
- 4° l'agent ne peut avoir volontairement créé, par son fait, le péril dont il se prévaut²⁰¹. On retrouve une illustration de cette condition dans l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 4 septembre 1996²⁰² :

« Attendu que pour tenter d'échapper aux présentes poursuites, les prévenus invoquent également l'état de nécessité dans lequel ils auraient agi en infraction avec la loi ;

¹⁹⁶ Voy. A. DIERICKX, « Over de (putatieve) noodtoestand », *Nullum Crimen*, 2007, pp. 395 et s.

¹⁹⁷ *Contra*, Gand, 17 janvier 2008, *T. Straff.*, 2008, p. 114 (refus de siéger dans un bureau de vote).

¹⁹⁸ Voy. Pol. Gand, 4 mai 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 80, obs. ; Cass. (2^e ch.), 24 janvier 2007, *R.G.* n° P.06.1399.F, *www.cass.be* ; *J.T.*, 2007, p. 353 ; *R.D.P.C.*, 2007, p. 385 ; *Pas.*, 2007, I, n° 45 et *J.L.M.B.*, 2007, p. 281 (refus d'un juge de signer un jugement) ; *Corr. Verviers*, 15 septembre 2005, *J.J.Pol.*, 2006, p. 36 (excès de vitesse commis par un ambulancier) ; *Pol. Liège*, 14 février 2005, *J.J.Pol.*, 2006, p. 37 (excès de vitesse commis par un médecin) ; *Corr. Verviers*, 13 janvier 2005, *J.J.Pol.*, 2006, p. 34 ; *Bruxelles*, 11 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 266 (non-représentation d'enfant en raison du mode de vie de la mère) ; *Liège* (8^e ch.), 13 juin 1996, *Dr. circ.*, 1997, p. 79 (infractions au Code de la route en poursuivant l'auteur d'une infraction). *Contra*, *Corr. Liège* (13^e ch.), 3 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1434 (dénonciation d'une infraction par un médecin un an après les faits, en violation du secret professionnel). L'obligation de protéger cette valeur est d'ordre moral et non légal, sans quoi le fait serait justifié par la loi (*Bruxelles* (11^e ch.), 17 décembre 1986, *J.T.*, 1987, p. 127).

¹⁹⁹ Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3^e éd. mise à jour avec le concours de D. SPIELMANN et A. BRUYNDONCKX, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 190.

²⁰⁰ Voy. *Bruxelles* (4^e ch.), 11 mars 1997, *R.D.P.C.*, 1998, p. 1084 (résumé) : « il aurait pu se soustraire à de nouvelles violences en se retirant et en fermant sa fenêtre, de sorte que le mal dont il se croyait menacé n'était plus ni actuel ni imminent » et *T.A.V.W.*, 1997, p. 221, obs. R. POTÉ.

²⁰¹ Voy. également Cass. (2^e ch.), 19 octobre 2005, *R.D.P.C.*, 2006, p. 322 et *Pas.*, 2005, I, p. 1962, avec les conclusions de l'avocat général Vandermeersch. Notons qu'il s'agit d'un revirement de jurisprudence, car la Cour de cassation avait antérieurement reconnu l'état de nécessité, bien que l'agent avait créé par sa propre faute la situation de péril. Voy. Cass. (2^e ch.), 13 mai 1987, *R.D.P.C.*, 1987, p. 856.

²⁰² *Bruxelles* (11^e ch.), 4 septembre 1996, *R.D.P.C.*, 1997, p. 1082.

Qu'ils entendent faire valoir que compte tenu des circonstances économiques et de la pression concurrentielle propre au secteur de la vente de meubles, ils n'ont ouvert leurs magasins le dimanche qu'en fonction de nécessités commerciales absolues ;

Qu'ils précisent que fermer leurs magasins le dimanche, alors que les commerces directement concurrents continuent d'ouvrir ce jour, constituerait une sorte de suicide commercial dans la mesure où cette décision équivaudrait pratiquement à renoncer à un minimum de 30% du chiffre d'affaires ; que compte tenu des habitudes de consommation bien établies, la clientèle se tournerait nécessairement vers les commerces ouverts le dimanche spécialement lorsque, comme en l'espèce, les commerces concurrents se situent à proximité ;

[...]

Attendu que le Code pénal n'a pas expressément rangé l'état de nécessité parmi les causes de justification ;

Qu'elle est toutefois admise dans des cas particuliers par la doctrine et la jurisprudence qui l'assimilent parfois à la force majeure ;

Attendu qu'il y a lieu de distinguer la nécessité de la contrainte, en ce sens que la contrainte ne laisse pas à l'auteur du fait, la liberté morale nécessaire pour qu'il y ait infraction, tandis qu'en cas de nécessité, l'auteur se trouve dans l'alternative raisonnée, soit de subir ou de causer un dommage parfois grave, soit de commettre une infraction ;

Que l'état de nécessité exige en premier lieu qu'existe la menace d'un péril imminent, ensuite que l'intérêt sacrifié soit de valeur inférieure au droit sauvegardé, et enfin qu'il soit impossible d'éviter le mal par d'autres moyens qu'en commettant une infraction (...);

Attendu qu'en l'espèce, les bénéfices que la s.a. E.S. réalise en ouvrant le dimanche, malgré l'interdiction légale, n'ont pu se développer que parce que les prévenus, ainsi que d'autres commerçants ont pris volontairement et consciemment la décision d'enfreindre la loi ;

Que les habitudes que la clientèle a pu prendre en procédant à des achats de meubles le dimanche sont nées de cette décision illégale ;

Quel les prévenus ne peuvent invoquer s'être trouvés devant un péril imminent les obligeant à commettre les infractions qui leur sont reprochées ;

Attendu que certes, une diminution de chiffre d'affaires peut résulter du respect de l'obligation de fermeture le dimanche et peut entraîner certaines conséquences sur le plan financier ;

Qu'il n'apparaît cependant pas que ces conséquences seraient désastreuses au point que la fermeture du dimanche – soit le respect de la loi – aurait entraîné, pendant la période infractionnelle, la fermeture de l'entreprise ou sa faillite avec toutes les conséquences qui en auraient découlé ;

Attendu, par ailleurs, que les prévenus ne peuvent utilement invoquer le comportement infractionnel de certains autres commerçants pour se disculper ;

Attendu que les conditions qui président à l'application de la notion d'état de nécessité ne sont pas réunies en l'espèce ».

Une fois que l'état de nécessité est admis, encore faut-il que la réaction soit mesurée pour que la violation de la loi pénale soit justifiée ; il convient alors de s'assurer que sont remplies les conditions d'exercice de la cause de justification objective ou autrement appelées les conditions de la légalité élémentaire de crise. Ces conditions d'exercice sont au nombre de trois²⁰³ :

1° utilité (la réaction doit être efficace pour sauvegarder la valeur menacée) ;

2° stricte nécessité (la sauvegarde de la valeur menacée doit se faire au moindre coût, par le moyen le moins dommageable) ;

3° proportionnalité (suppose un sacrifice proportionné par rapport à l'importance de la valeur sauvegardée).

Notons que ces trois conditions de la légalité élémentaire de crise sont souvent examinées de façon globale par les cours et tribunaux. Elles sont même parfois mêlées indistinctement aux conditions d'existence.

Section 2

L'élément matériel

L'infraction, dans sa matérialité, suppose un mode d'exécution déterminé par le législateur qui peut être un acte ou une omission (§ 1^{er}). Nous verrons ensuite que l'infraction peut être tentée ou inachevée ; ce qui fait aussi l'objet d'une incrimination pénale selon des conditions précises (§ 2).

§ 1. Les modes d'exécution de l'infraction

Pour qu'il y ait infraction, l'élément matériel suppose la réalisation d'un acte objectif qui correspond à la description légale qui en est faite dans la disposition pénale. Cet acte peut consister en une action ou une omission. La disposition légale peut en outre prévoir des conditions relatives à la qualité du sujet actif²⁰⁴ ou de la victime²⁰⁵, au procédé utilisé²⁰⁶, à l'objet de l'infraction²⁰⁷, aux circonstances de temps, de lieu²⁰⁸...

²⁰³ Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., pp. 192 et s.

²⁰⁴ Voy. article 458 du Code pénal pour les personnes tenues au secret professionnel.

²⁰⁵ Voy. article 372 du Code pénal (attentat à la pudeur à l'encontre d'un mineur).

²⁰⁶ Voy. article 433 du Code pénal (utilisation de mineurs à des fins criminelles ou délictuelles).

²⁰⁷ Voy. articles 193 et suivants du Code pénal (faux en écritures).

²⁰⁸ Voy. article 444 du Code pénal (atteintes portées à l'honneur ou à la considération des personnes).

a) L'acte positif

Lorsque la disposition légale incrimine une action positive, il est alors question d'infraction de commission. C'est par exemple le cas du vol²⁰⁹ ou le fait d'avoir fait prester des heures de travail un dimanche.

b) L'omission

Le fait délictueux peut résulter d'une inaction de l'auteur, alors qu'une disposition légale l'obligeait à intervenir; il est alors question d'infraction par omission²¹⁰. Relevons que l'une des particularités du droit pénal réglementaire (et particulièrement le droit pénal social²¹¹), est qu'il punit de nombreuses infractions par omission²¹². Citons par exemple le défaut de publication des comptes annuels, le non-paiement de la rémunération, l'omission de déclaration Dimona, l'absence de déclaration trimestrielle à l'O.N.S.S., ...

L'incrimination de l'omission en droit pénal se doit de respecter, comme l'a rappelé à juste titre le professeur Verhaegen²¹³, «l'élémentaire transparence exigée de toute règle pénale», ce qui suppose qu'à la simple lecture des textes légaux, le justiciable soit en mesure de déterminer avec une précision suffisante «qui» est tenu de faire «quoi», «dans quels cas», et «de quelle manière».

§ 2. La tentative punissable

a) La base légale

Toute tentative d'infraction n'est pas punissable; le législateur a pris le parti de ne punir que ceux qui sont à un stade avancé de l'infraction qu'ils projetaient d'accomplir. Ceci explique les conditions à remplir en matière de tentative punissable énumérées à l'article 51 du Code pénal qui précise: «il y a tentative punissable lorsque la résolution de commettre un crime ou un délit a été manifestée par des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution de

ce crime ou de ce délit, et qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur».

Notons que l'article 52 du Code pénal précise que la tentative de crime est punie de la peine immédiatement inférieure à celle du crime même et renvoie aux articles 80 et 81 du même Code pour le calcul de la fourchette de la peine. L'article 53 se rapporte quant à lui à la tentative d'un délit qui n'est incriminée que si la loi le prévoit: «la loi détermine dans quels cas et de quelles peines sont punies les tentatives de délits»²¹⁴. Il importe donc d'être vigilant en cette matière, puisque ce n'est que lorsque le législateur l'aura prévu explicitement que la tentative de délit sera punissable. Citons, à titre d'exemples, les articles 466 et 496, alinéa 2 du Code pénal qui incriminent respectivement la tentative de vol et la tentative d'escroquerie. Enfin, il n'y a pas de tentative punissable en matière de contravention²¹⁵.

b) L'infraction tentée et l'infraction manquée

L'article 51 du Code pénal distingue deux hypothèses de tentative punissable: l'infraction tentée et l'infraction manquée²¹⁶. L'infraction tentée vise la situation où le commencement d'exécution a été interrompu à un moment donné alors que l'infraction manquée concerne la situation d'un cheminement délictueux accompli jusqu'au bout, mais où l'effet recherché ne s'est pas produit²¹⁷. Les conditions qui ont trait au caractère punissable de ces deux hypothèses de tentative sont les mêmes. Nous les examinerons dans notre point suivant.

²¹⁴ Il n'y a par exemple pas de tentative en matière de délit de fuite (Cass. (2^e ch.), 20 avril 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 380), ni en matière de coups et blessures, voy. A. DELANNAY, «Homicides et lésions corporelles volontaires» in *Infractions contre les personnes*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 299.

²¹⁵ «Ces offenses légères sont généralement punissables, alors même qu'elles ont pour cause une négligence; et celles même qui, par exception à la règle, supposent une intention coupable, ont trop peu d'importance pour que la tentative de les commettre puisse troubler le bon ordre» (J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal général*, op. cit., n° 477). Notons que lors d'une contraventionnalisation d'un délit, «la tentative de cette infraction demeure punissable si le délit lui-même, considéré *in abstracto*, comporte une répression pour la tentative» (J. GOEDSEELS, *Commentaire du Code pénal belge*, Bruxelles, Bruylant, 1948, pp. 100-101).

²¹⁶ Certains parlent de «tentative inachevée» pour la première et «tentative achevée» pour la seconde, voy. J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal général*, op. cit., n° 454.

²¹⁷ «Dans cette dernière hypothèse, l'action criminelle est complète et le désistement volontaire n'est plus possible. L'infraction manquée laisse donc apparaître plus clairement la volonté coupable et semble plus grave» (J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, op. cit., p. 252). Voy. également J.-S.-G. NYPPELS et J. SERVAS, *Le Code pénal belge interprété principalement au point de vue de la pratique*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1938, p. 186.

²⁰⁹ Article 461 et s. du Code pénal.

²¹⁰ Voy. H. VUYE, «Schuldig hulpverzuim – Analyse van artikel 422bis Sw. in het licht van de algemene leer van de omissie in het strafrecht», in *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Deurne, Kluwer, 2001, pp. 431 et s.; J. VERHAEGEN, «Les incertitudes de la répression de l'omission en droit pénal belge», *R.D.P.C.*, 1983, pp. 3 et s.; P. FORTIERS, «Les délits dits d'omission», *R.D.P.C.*, 1951-1952, pp. 484 et s. et J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, 3^e éd., Hoste, Gand, 1879, n° 287.

²¹¹ Voy. aussi le nouveau Code pénal social qui entrera en vigueur au plus tard le 1^{er} juillet 2011 (loi du 2 juin 2010 comportant des dispositions de droit pénal social, M.B., 1^{er} juillet 2010 et loi du 6 juin 2010 introduisant le Code pénal social, M.B., 1^{er} juillet 2010).

²¹² Ch.-E. CLESSE, «L'imputabilité d'une infraction en droit pénal social à une personne physique», in *Droit pénal social: actualités et perspectives*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 124.

²¹³ J. VERHAEGEN, «Les incertitudes de la répression de l'omission en droit pénal belge», op. cit., pp. 4-5.

c) Les conditions de la tentative punissable

Les conditions de la tentative punissable, que nous étudierons successivement, sont au nombre de trois :

- la résolution de commettre un crime ou un délit (dol direct) ;
- des actes extérieurs formant un commencement d'exécution ;
- une suspension ou un manque d'effet résultant de circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur.

1. La résolution de commettre un crime ou un délit (dol direct)

L'auteur doit être animé du dol direct pour que sa tentative soit punie²¹⁸. Le dol direct consiste en la recherche d'un résultat déterminé²¹⁹ : « ni l'intention vague de se livrer à une activité délictueuse indéterminée, ni l'acceptation de la réalisation éventuelle de l'infraction ne suffiraient à fonder la responsabilité de l'agent »²²⁰.

2. Des actes extérieurs formant un commencement d'exécution

Comme nous l'avons précédemment expliqué, la tentative n'est punissable que si elle s'avère être à un stade avancé²²¹. La résolution criminelle doit donc s'accompagner d'actes extérieurs formant un commencement d'exécution²²².

²¹⁸ « La preuve de la résolution criminelle de l'agent résultera souvent des faits eux-mêmes » (J. GOESELS, *Commentaire du Code pénal belge*, op. cit., p. 96). « En effet, la tentative requiert un dol direct : on ne peut tenter que ce qu'on était résolument déterminé à accomplir, et non les conséquences qui auraient pu en résulter indirectement ou éventuellement » (A. DELANNAY, « Homicides et lésions corporelles volontaires », op. cit., n° 25).

²¹⁹ « Il doit s'agir d'une infraction déterminée et non la volonté de délinquer in abstracto » (J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, op. cit., p. 253).

²²⁰ N. HUSTIN-DENIES et D. SPIELMANN, *L'infraction inachevée en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 122. Voy. également O. LORENT, « L'élément moral de la tentative de meurtre », note sous Corr. Neufchâteau, 8 janvier 2008, *Rev. rég. dr.*, 2007, p. 329.

²²¹ « L'iter criminis se décompose en plusieurs phases : conception, préparation, exécution (cogitare, agere, perficere) » (J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, op. cit., p. 248). Sous réserve de l'exception vue infra, « la simple pensée, le seul projet criminel (...) ne trouble pas l'ordre public et n'appelle dès lors pas de réaction sociale (...) » (J.-P. DOUCET, *Précis de droit pénal général*, Liège, ULg, 1976, p. 67).

²²² Le législateur belge a ainsi consacré la théorie objective de la tentative punissable en se basant davantage sur les actes qui ont causé le trouble social que sur la volonté seule de l'auteur de commettre une infraction (J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, op. cit., pp. 250-251).

Dans ce sens, de simples actes préparatoires ne suffisent pas, car ils ne permettent pas d'établir avec certitude la résolution criminelle^{223 224 225}.

Le législateur peut cependant décider d'ériger ces actes préparatoires en infractions autonomes (exemples : port d'arme illégal, fabrication de fausses clés...) ; on parle de « délit-obstacle » pour désigner l'incrimination d'actes préparatoires²²⁶.

3. Une suspension ou un manque d'effet résultant de circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur^{227 228}

L'interruption de l'iter criminis du délinquant ne peut résulter que de circonstances qui ne lui sont pas propres²²⁹ ; en effet, il n'y a pas de tentative punissable s'il est question d'un désistement volontaire, spontané (regret, crainte de la

²²³ Voy. Cass. (2^e ch.), 14 janvier 2009, R.G. n° P.09.0024.F, www.cass.be et R.D.P.C., 2009, p. 452 où la Cour de cassation a considéré que le seul fait de commanditer un crime ou un délit (en l'espèce le meurtre de son ex-épouse) en versant une somme d'argent au mandataire, sans que celui-ci n'ait agi, ne constitue pas un commencement d'exécution, mais un acte préparatoire.

²²⁴ J.-S.-G. NYELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété, principalement au point de vue de la pratique*, op. cit., p. 177. « Par les actes préparatoires, l'agent se met dans les conditions matérielles voulues pour que l'exécution de l'infraction devienne possible, mais il ne commence pas l'exécution » (J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, op. cit., p. 254). « On a dit que l'acte préparatoire ne peut être puni parce qu'il a un caractère très ambigu, qu'il ne permet pas de connaître avec certitude l'intention de l'auteur. C'est confondre la nature de l'acte avec les difficultés de la preuve. On a dit aussi que l'acte purement préparatoire est encore trop éloigné, dans le temps, de l'accomplissement de l'infraction et qu'il n'est pas exclu que l'auteur revienne, en cours de route, à de meilleurs sentiments. C'est une considération de politique criminelle qui n'éclaircit guère la notion d'acte préparatoire » (R. DECLERCQ, « Tentative, participation, désistement », in *Rapports belges au XII^e congrès de l'Académie internationale de droit comparé* : Sydney, Anvers, Kluwer, 1986, p. 456). Voy. également D. KIGANAHE, « Réflexions autour du "commencement" de la tentative punissable en droit pénal », in *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Bruxelles, Kluwer, 2001, p. 222 et Cass. 15 septembre 1916, Pas., 1917, I, p. 229.

²²⁵ Notons qu'il peut par ailleurs arriver que les actes commis constituent en même temps un délit consommé et un commencement d'exécution d'un crime plus grave. Dans ce cas, la tentative du crime ne sera retenue que si l'intention de commettre ce crime est établie. Ainsi, les coups et blessures peuvent bien constituer une infraction consommée et être en même temps érigés en tentative de meurtre, s'il résulte des circonstances que telle avait été l'intention de l'auteur des coups » (D. KIGANAHE, « Réflexions autour du "commencement" de la tentative punissable en droit pénal », op. cit., pp. 223-224).

²²⁶ Voy. A. DELANNAY, « Homicides et lésions corporelles volontaires », op. cit., n° 175.

²²⁷ Le désistement involontaire étant une condition de la tentative punissable, il en découle que le désistement volontaire ne constitue ni une cause de justification objective, ni une circonstance atténuante (R. DECLERCQ, « Tentative, participation, désistement », op. cit., p. 460).

²²⁸ Pour la question du désistement volontaire d'un des participants, voy. R. DECLERCQ, « Tentative, participation, désistement », op. cit., pp. 473 et s.

²²⁹ « L'impunité accordée en cas de désistement spontané repose sur une considération d'utilité sociale. Le législateur a voulu que l'auteur d'une tentative ait avantage à abandonner jusqu'au dernier moment l'exécution de son acte criminel » (J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, op. cit., p. 269). Voy. également N. HUSTIN-DENIES et D. SPIELMANN, *L'infraction inachevée en droit comparé*, op. cit., p. 89.

peine...) ²³⁰ et définitif ^{231 232}. *A contrario*, il n'y a pas de désistement de l'auteur s'il s'est arrêté en raison de l'arrivée des forces de l'ordre ou d'un tiers, de la riposte de la victime ou de l'effet psychologique qu'elle a pu avoir ²³³.

d) La peine

La tentative de crime est punie conformément à l'article 52 du Code pénal : « la tentative de crime est punie de la peine immédiatement inférieure à celle du crime même, conformément aux articles 80 et 81 ».

La tentative de délit est visée à l'article 53 du Code pénal : « la loi détermine dans quels cas et de quelles peines sont punies les tentatives de délits » ²³⁴. Comme nous l'avons déjà évoqué précédemment, il faudra se poser la question de savoir si le législateur a réprimé la tentative du délit en question. Le législateur précisera en outre, *in casu*, les peines qu'il convient d'appliquer à ladite tentative.

Section 3

L'élément moral

Outre l'élément légal et l'élément matériel, toute infraction comporte un élément moral. Il s'agit d'un état d'esprit coupable (lequel peut revêtir l'une des quatre formes suivantes : un dol général, un dol spécial, une faute – avec ou

sans prévoyance – ou un concours entre le dol et la faute) ²³⁵. Le principe de la culpabilité personnelle (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*) ²³⁶ est général ²³⁷. Il exprime cette exigence d'un élément moral dans le chef de l'agent pour toute infraction quelle qu'elle soit (en ce compris les contraventions et les infractions aux lois et règlements particuliers). Ainsi, la responsabilité pénale implique toujours, au minimum, l'existence d'une faute dans le chef de l'agent ^{238 239}.

L'exigence de l'élément moral ne peut être confondue avec la question de la preuve de cet élément moral. Il peut arriver que, dans certains cas (principalement en matière réglementaire), le législateur présume l'existence d'une faute de la réalisation matérielle de l'infraction. Cependant, ainsi que nous l'avons précédemment indiqué, ces présomptions sont toujours réfragables (le prévenu pouvant les renverser en apportant la preuve contraire de l'inexistence d'une faute). Elles ne signifient nullement que l'infraction existerait en l'absence d'un élément moral. Il convient de rester prudent à l'égard de telles présomptions, car elles sont de nature à mettre à mal la présomption d'innocence !

Dans le quatrième chapitre, nous expliquerons les règles de l'imputabilité morale, lesquelles font référence à la capacité pénale de l'agent. La responsabilité pénale suppose en effet deux éléments :

- que l'agent ait joui, au moment des faits, de ses facultés de discernement et de contrôle de ses actes (c'est-à-dire une capacité pénale) ;
- qu'il ait fait un exercice répréhensible de ses facultés mentales (qu'il ait agi avec l'état d'esprit prévu par le législateur, c'est-à-dire l'élément moral de l'infraction *sensu stricto*).

²³⁰ En matière d'infraction manquée, citons par exemple le fait que l'incendiaire éteint le feu qu'il a allumé (Cass. (ch. vac.), 29 juillet 2003, *Pas*, 2003, I, p. 1321 et J.L.M.B., 2004, p. 1357), l'empoisonneur qui a administré une substance nocive à sa victime, empêche que l'effet létal de ladite substance ne se produise (Bruxelles, 27 mai 1969, *Pas*, 1969, II, p. 206). *Contra*, J.-S.-G. NYPELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété, principalement au point de vue de la pratique*, op. cit., p. 183.

²³¹ *Contra*, la situation du cambrioleur qui se cache parce qu'il entend du bruit et qui reprend l'exécution de son infraction, une fois le bruit dissipé.

²³² Il ne faut pas confondre le désistement volontaire qui a lieu avant la consommation du repentir actif qui est la réparation par l'auteur du mal causé à la victime avant tout acte de poursuite à son égard (J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, op. cit., p. 269). « (...) le repentir actif ne constitue jamais une cause d'exemption de la criminalité d'un acte. Tout au plus, dans les hypothèses strictement énumérées par la loi, est-il considéré comme une circonstance atténuante qui laisse toutefois subsister la criminalité de l'acte et la culpabilité de l'agent » (N. HUSTIN-DENIES et D. SPIELMANN, *L'infraction inachevée en droit comparé*, op. cit., p. 91).

²³³ Voy. Corr. Tongres, 8 novembre 1996, *R.W.*, 1998-1999, note M. GELDERS, « Kasten of meubels als voorwerp van diefstal », p. 409 ; Mons, 3 juin 1992, *R.D.P.C.*, 1993, p. 465, obs. ; Anvers, 19 juillet 1985, *R.W.*, 1985-1986, col. n° 1430, note M. DE SWAEF, « Poging door gestaakte handelingen » et Louvain, 18 septembre 1958, *R.W.*, 1958-1959, col. n° 1128 (où l'auteur suspend son acte car il a été reconnu par la victime).

²³⁴ Exemples : articles 169 (fausses monnaies) ; 184, 185, 187 et 188 (contrefaçon ou falsification de sceaux, coupons...) ; 252, 284, 286, 287 (bris de scellés) ; 336 et 337 (évasion de détenus) ; 405 (empoisonnement) ; 441 (violation de domicile) ; 466 (vol) ; 497 et 497bis (escroquerie) ; 514 (incendie).

²³⁵ Notons qu'il existe un autre courant doctrinal qui distingue l'élément moral en trois catégories : le dol spécial ou la faute intentionnelle, la faute antérieure et la faute infractionnelle. Voy. F. ROGGEN, « L'élément moral dans les infractions : une controverse obsolète », *Actualités en droit pénal*, UB³, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 1-34 ; F. KURY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, *La loi pénale*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 409 et s. ; Corr. Tournai, 16 février 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 615.

²³⁶ « Pas d'infraction, pas de peine sans faute ».

²³⁷ Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 347.

²³⁸ Cass., 4 septembre 1990, *Pas*, 1991, I, p. 3 ; J.-L. FAGNART, « Introduction générale au droit de la responsabilité », *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, partie préliminaire, dossier 1, vol. 1, Story-Scientia, Bruxelles, Kluwer, 1999, p. 13, n° 22. Voy. également Corr. Ypres (9^e ch.), 14 avril 1995, *R.W.*, 1997-1998, p. 230, note A. VANDEPLAS, « Milieuvontreiniging en de objectivering van onachtzaamheid ».

²³⁹ « L'exigence de la faute, avec ou sans prévoyance, comme condition minimale de l'imputabilité pénale est générale. Elle entraîne la non-imputabilité pénale des suites imprévisibles de l'infraction judiciairement constatée (...) » (Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, « La faute non intentionnelle et sa réglementation dans les codes pénaux modernes », in *Liber Amicorum Jules D'haenens*, Gent, Mys & Breesch, 1993, p. 178).

§ 1. Le dol général

Le dol général est l'élément moral requis pour les *infractions intentionnelles*²⁴⁰. Il se définit comme l'intention soit de poser l'acte interdit, soit de ne pas agir comme la loi le commande. Il se compose de deux éléments : la connaissance (*sciens*) et la volonté ou l'acceptation (*volens aut accipiens*) de poser l'acte interdit ou de s'abstenir d'intervenir. L'exemple le plus classique est celui des coups et blessures volontaires (article 398 du Code pénal)²⁴¹.

Les expressions qui désignent le dol général sont « sciemment et volontairement » ou « intentionnellement ».

Selon les travaux préparatoires du Code pénal, le dol général est l'élément moral requis pour tous les crimes et les délits si le législateur n'incrimine pas la faute²⁴² : « L'intention criminelle (*dolus*) est un élément constitutif de tout crime et même de tout délit, à moins que la loi n'ait puni, par une disposition expresse et spéciale, la simple faute (*culpa*), comme dans les cas prévus aux articles (419 et 420) du Code pénal »²⁴³.

§ 2. Le dol spécial

Le dol spécial comprend, outre les deux éléments du dol général (connaissance et volonté), une intention plus spécifique telle que l'intention de nuire, l'intention frauduleuse, l'intention méchante. Il ne peut y avoir de dol spécial que lorsque le texte légal le prévoit expressément (*cf.* termes « frauduleusement », « méchamment »)²⁴⁴. À titre d'exemple, citons l'article 193 du Code pénal, relatif au faux en écritures, qui exige une intention frauduleuse ou un dessein de nuire.

²⁴⁰ Pour la question de la preuve du dol, voy. J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal général*, op. cit., n° 316 et s. Sur la faute intentionnelle en droit des assurances, voy. B. DUBUISSON, « La faute intentionnelle en droit des assurances – L'éclairage du droit pénal », R.G.A.R., 2010, n° 14586 et in *Liber Amicorum H.-D. Bosly « Loyauté, justice, vérité »*, Bruxelles, la Charte, 2009, pp. 177-195.

²⁴¹ Notons que dans le cas du meurtre sanctionné à l'article 393 du Code pénal, l'auteur recherche (ou accepte) un but tout à fait particulier qui est la mort de la victime. Comme le précise J.-J. HAUS, « pour qu'il y ait crime de meurtre ou d'avortement, il ne suffit point que le fait ait été commis sciemment et volontairement ; il ne suffit pas même que l'agent ait eu le dessein de nuire ; il faut qu'il ait donné la mort dans l'intention de la donner » (J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal général*, op. cit., p. 219, n° 308 ; voy. également n° 298). Voy. Cass. (2^e ch.), 6 janvier 1998, R.D.P., 1999, p. 562, note A. DE NAUW, « Les conditions générales de la sanction » et Gand (4^e ch.), 10 novembre 1997, A.J.T., 1998-1999, p. 286.

²⁴² Le dol général est ainsi l'élément moral requis dans le délit de non-assistance à personne en danger (article 422bis du Code pénal), de violation du secret professionnel (article 458 du Code pénal), l'outrage public aux bonnes mœurs (article 383 du Code pénal)...

²⁴³ J.-S.-G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire du Code pénal belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1868, p. 134 ; J.-J. HAUS, *Principes généraux de droit pénal belge*, op. cit., n° 295.

²⁴⁴ J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal général*, op. cit., n° 304.

§ 3. La faute

a) Notion et distinctions

La faute (*culpa*) est l'élément moral des infractions non intentionnelles ; elle est généralement requise en matière de contraventions et pour certains délits si le législateur le prévoit expressément comme c'est le cas pour l'article 418 du Code pénal.

La faute se définit comme une répréhensible négligence, un manque de prévoyance et de précaution, qui entraîne la violation involontaire d'un bien ou d'un intérêt protégé pénalement, alors que celle-ci aurait dû et pu être évitée²⁴⁵. Le caractère fautif ou non de l'erreur a des conséquences importantes que nous verrons *infra*.

b) Les critères d'appréciation de la faute

L'exposé des motifs du Code pénal enjoint au juge d'apprécier la faute de manière individualisée, c'est-à-dire en fonction des qualités personnelles de l'individu (âge, sexe, profession, état de santé, capacités intellectuelles...) ²⁴⁶, en plus des circonstances externes de temps et de lieu. La faute devrait dès lors s'apprécier *in concreto* et non de façon abstraite par rapport au critère du « bon père de famille » placé dans les mêmes circonstances externes (de temps et de lieu)²⁴⁷.

Ce principe de l'appréciation de la faute pénale selon des critères concrets est cependant battu en brèche depuis un arrêt de la Cour de cassation rendu en 1877 qui affirme le principe de l'unité des fautes pénale et civile²⁴⁸. Cela conduit à apprécier la faute pénale de façon abstraite, selon le critère civiliste du bon père de famille placé dans les mêmes circonstances externes de temps et de lieu²⁴⁹. Cette théorie est abandonnée en France depuis la loi du 10 juillet

²⁴⁵ J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, t. I, op. cit., p. 189, n° 135bis. Voy. également J. VERHAEGEN, « L'imprudence punissable en législation et en jurisprudence belges », J.T., 1979, pp. 349 et s.

²⁴⁶ J.-J. HAUS, « Exposé des motifs », in J.-S.-G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire du Code pénal belge*, t. I, op. cit., pp. 240-241, n° 103.

²⁴⁷ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larici, 1967, t. I, n° 183 et s.

²⁴⁸ Cass., 1^{er} février 1877, Pas., 1877, I, p. 92.

²⁴⁹ G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité – Analyse de droit comparé*, op. cit., p. 990 : « La tendance à objectiver la faute civile rend la situation pénible. En effet, sous l'influence de la doctrine, la faute est définie comme la violation d'une obligation préexistante correspondant à deux normes de conduite. L'une est insérée dans une loi, un règlement ou un traité international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne. Elle peut imposer de façon précise un comportement bien déterminé ou, au contraire, édicter de manière générale une obligation de prudence. L'autre n'est pas préétablie et se confond notam-

2000, mais est toujours d'application en Belgique malgré le dépôt de plusieurs propositions de loi tendant à revenir à la dualité des fautes pénale et civile²⁵⁰.

On connaît les raisons qui ont amené la jurisprudence, depuis cet arrêt de la Cour de cassation de 1877²⁵¹, à adopter, au pénal, les mêmes critères d'appréciation de la faute qu'au civil²⁵². En effet, en vertu du principe de l'autorité de la chose jugée du pénal sur le civil²⁵³ (cf. article 4 du titre préliminaire du Code de procédure pénale), la Cour de cassation avait décidé que le juge saisi de l'action civile ultérieure ne pouvait remettre en question ce qui a été jugé définitivement, certainement et nécessairement par le juge pénal sur l'existence d'un fait qui forme la base commune de l'action civile et publique²⁵⁴.

ment avec les règles de la vie sociale comprenant une grande variété d'obligations indéterminées, qualifiées de diligence ou de prudence. Par ailleurs, le respect de la première ne dispense pas de la seconde».

²⁵⁰ N. COLETTE-BASECQZ, avis sur la proposition de loi du 15 mai 2008 instaurant la dualité de la faute pénale et civile dans le cadre des coups et blessures involontaires ou homicide involontaire (Doc. parl., Chambre, sess. ord. 2007-2008, n° 1170/001). Il est proposé d'insérer dans le Code pénal un article 420ter, rédigé comme suit: «Au sens des articles 418 et 420 du présent Code, on entend par défaut de prévoyance et de précaution la faute lourde ou la faute légère habituelle, appréciée en tenant compte des possibilités réelles de vigilance et de diligence du prévenu». Par ailleurs, il est proposé d'insérer un nouvel alinéa entre les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 4 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, libellé comme suit: «L'absence de condamnation pénale ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation du dommage, en application des règles du droit civil». Une autre proposition de loi du 17 janvier 2000 déposée par Clotilde Nyssens suggérerait d'ajouter dans le titre préliminaire du Code d'instruction criminelle un article 4bis, rédigé comme suit: «Lorsque le tribunal correctionnel ou le tribunal de police saisi d'une action civile en même temps que de l'action publique prononce un acquittement au motif que la faute de l'inculpé n'est pas établie, il renvoie d'office la cause relative aux intérêts civils au juge civil qu'il désigne. Dans les huit jours de la prononciation de la décision, le greffier adresse le dossier de la procédure au greffier du juge auquel la cause a été renvoyée. La cause est inscrite d'office et sans frais au rôle du juge de renvoi. Sur la demande de la partie civile ou de son assureur formulée avant la clôture des débats, le juge saisi de l'action publique restera néanmoins compétent pour accorder, en application des règles du droit civil, réparation des dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite» (Proposition de loi modifiant le Code civil et le titre préliminaire du Code d'instruction criminelle en ce qui concerne les responsabilités civile et pénale, Doc. parl., Sénat, sess. ord. 1999-2000, n° 2-298/1. Voy. J. VERHAEGEN, «Vers l'abandon d'une jurisprudence séculaire – À propos de la proposition de loi n° 298/2000 abolissant la théorie de l'unité des fautes pénale et civile», J.T., 2001, pp. 516-517).

²⁵¹ Cass., 5 octobre 1893, *Pas.*, 1893, I, p. 321; Cass., 17 juillet 1884, *Pas.*, 1884, I, p. 275 («Toute faute qui a pour résultat involontaire un homicide ou des lésions corporelles, est érigée en délit par les articles 418 et 420 du Code pénal») et Cass., 1^{er} février 1877, *Pas.*, 1877, I, p. 92.

²⁵² La contamination du droit pénal par les règles du droit civil s'observe non seulement à propos de l'appréciation de la faute, mais aussi quant à celle du lien causal. En effet, la Cour de cassation a adopté, au pénal, la théorie civiliste de l'équivalence des conditions (ou «causalité *sine qua non*»), au lieu de la théorie de la causalité adéquate.

²⁵³ Voy. les développements qui précèdent dans l'introduction à la procédure pénale.

²⁵⁴ L'autorité de la chose jugée porte sur le dispositif de la décision pénale, mais aussi sur les motifs qui en sont le soutien nécessaire (Cass., 17 décembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 481; Cass., 18 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 75 et Cass., 19 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 344).

Par application de ce principe, un acquittement au pénal fondé sur l'absence de faute entraîne comme conséquence l'impossibilité pour la victime d'obtenir une réparation de son dommage au civil. C'est dans le but de favoriser l'indemnisation des victimes que les cours et tribunaux ont appliqué au pénal le critère civiliste du bon père de famille pour apprécier la faute de l'agent. Une assimilation est opérée par la jurisprudence entre, d'une part, le défaut de prévoyance et de précaution et, d'autre part, la négligence ou l'imprudence visées à l'article 1383 du Code civil²⁵⁵.

§ 4. Le concours du dol et de la faute (les infractions *praeter intentionnelles*)

Certaines infractions requièrent un concours du dol et de la faute, il s'agit des infractions *praeter intentionnelles* dès lors que «le résultat de l'infraction a dépassé non seulement la volonté, mais encore les prévisions de l'agent»^{256 257}. L'exemple classique se trouve à l'article 401 du Code pénal selon lequel: «lorsque les coups portés ou les blessures faites volontairement, mais sans intention de donner la mort, l'ont pourtant causée, le coupable sera puni de la réclusion de cinq à dix ans»²⁵⁸.

²⁵⁵ En ce qui concerne plus particulièrement l'article 418 du Code pénal (coups et blessures involontaires), on remarque qu'animés par le même souci de favoriser l'indemnisation des victimes, les cours et tribunaux ont tendance à déduire la culpabilité de l'agent poursuivi du chef de lésions corporelles involontaires de la simple transgression matérielle des dispositions réglementaires du Code de la route (Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 357). Cette situation crée un véritable malaise, car il apparaît choquant et dépourvu de signification au regard de l'objectif de prévention de la responsabilité pénale, de sanctionner pénalement la personne qui, bien qu'elle n'ait pas respecté un règlement, n'était pas en mesure de prévoir le dommage qui pouvait en résulter (par exemple la mort d'un usager). L'exigence de prévisibilité du dommage pour les infractions à résultat, érigée en principe général de droit pénal, fait obstacle à ce que le défaut de prévoyance soit retenu *ipso facto* pour tout dommage corporel causé par une simple transgression matérielle d'un règlement (G. SCHAMPS, «Le relâchement des liens entre les responsabilités pénale et civile – La mise en danger, distincte du principe de précaution», in *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Deurne, Kluwer, 2001, p. 416).

²⁵⁶ J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, t. I, op. cit., p. 187, n° 132. Voy. également J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal général*, op. cit., n° 329.

²⁵⁷ Elles sont également dites *praeter intentionnem*, «au-delà de l'intention». Voy. A. DELANNAY, «Homicides et lésions corporelles volontaires», op. cit., n° 256.

²⁵⁸ Pour d'autres exemples, voy. les articles 376, 402 à 404 et 421 du Code pénal. Sur l'article 421 du Code pénal, voy. Corr. Bruxelles (20^e ch.), 15 novembre 1963, *R.D.P.*, 1963-1964, p. 782.

Chapitre III

L'imputabilité physique de l'infraction²⁵⁹

L'imputabilité physique de l'infraction implique l'existence d'un lien physique entre le fait qualifié infraction et la personne que l'on poursuit pénalement. Cette dernière peut être une personne physique ou une personne morale²⁶⁰. Elle peut avoir accompli le fait incriminé en qualité d'auteur ou de participant. Nous étudierons dans les deux sections qui suivent, d'une part, les sujets de l'infraction, d'autre part, les auteurs et les participants.

Section 1

Les sujets de l'infraction

§ 1. Personnes physiques

Jusqu'à la loi du 4 mai 1999, la personne physique était le seul sujet à pouvoir être pénalement responsable. Nous allons présenter l'évolution qui a conduit à la responsabilité pénale des personnes morales, second sujet potentiel de l'infraction. Cette problématique est particulièrement importante eu égard à la pénalisation croissante de la vie des affaires²⁶¹.

§ 2. Personnes morales

a) La situation antérieure à la loi du 4 mai 1999

Pendant longtemps, c'est le principe *societas delinquere non potest*, selon lequel une personne morale ne pouvait commettre d'infraction, qui s'est imposé : le juge ne punissait que la personne physique du groupement qui avait commis personnellement l'infraction²⁶².

La jurisprudence a ensuite admis le principe *societas delinquere potest sed non puniri* en vertu duquel la personne morale pouvait commettre une infraction, mais ne pouvait être sanctionnée pénalement²⁶³. Il fallait dès lors déterminer la personne physique qui avait agi pour le compte de la personne morale pour lui

infliger une peine²⁶⁴. Trois modes d'imputabilité permettaient de déterminer, au sein de la personne morale, à quelle personne physique l'infraction pouvait être imputée :

- l'imputabilité légale (la personne physique pénalement responsable est désignée par la loi²⁶⁵);
- l'imputabilité conventionnelle (la désignation se fait par la personne morale elle-même²⁶⁶);
- l'imputabilité judiciaire (désignation par le juge, à la lumière du dossier, de la personne physique qui a agi au nom et pour le compte de la société). Selon cette dernière forme d'imputabilité, il s'impose que la personne désignée ait eu *de facto* un pouvoir d'autorité, de direction ou de surveillance au sein de la personne morale. Soulignons les travers engendrés par l'imputabilité judiciaire ; en effet, la détermination de la personne physique responsable est bien souvent difficile au vu de la complexité de l'organisation de l'entreprise et du système de prise de décision qui l'accompagne. D'autre part, le manquement pouvait être le fait d'une politique générale de l'entreprise imputable à une décision collégiale. Enfin, si le juge ne parvenait pas à identifier cette personne physique, il devait prononcer un acquittement. Il arrivait cependant que, dans cette situation, la personne physique poursuivie soit condamnée sans que ne soit établie une quelconque faute dans son chef²⁶⁷; pareilles condamnations violent le principe de la culpabilité personnelle (exigeant au minimum l'existence d'une faute dans le chef de la personne condamnée).

L'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 introduisant la responsabilité des personnes morales a constitué un véritable bouleversement en droit pénal²⁶⁸.

²⁵⁹ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., spéc. le chapitre IV du titre III (dont cette partie consacrée à l'imputabilité physique de l'infraction reprend plusieurs extraits).

²⁶⁰ La responsabilité pénale des personnes morales a été introduite en droit belge par une loi du 4 mai 1999, entrée en vigueur le 2 juillet 1999.

²⁶¹ Y. BRULARD et L. DUMONT, « Les incriminations pénales appliquées au comportement des dirigeants et de leurs conseils », in *Droit pénal financier – Dirigeants d'entreprise, responsables publics et professionnels du conseil face à la fraude*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, p. 134.

²⁶² Cass., 20 janvier 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 25; Cass., 26 février 1934, *Pas.*, 1934, I, p. 180.

²⁶³ Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 722; J.T., 1949, p. 148, avec les conclusions du procureur général Hayoit de Termicourt, note C. CAMBIER.

²⁶⁴ Une autre difficulté concernait la peine de confiscation qui ne pouvait par définition que porter sur les avantages patrimoniaux de personnes physiques et non sur ceux transférés à la personne morale.

²⁶⁵ Par exemple, l'article 53, 2^e, de la loi du 16 mars 1971 sur le travail incrimine « l'employeur, ses préposés ou mandataires qui ont fait ou laissé travailler en violation des dispositions de la présente loi ou de ses arrêtés d'exécution ». De même, l'article 492bis du Code pénal relatif à l'abus de biens sociaux désigne les dirigeants de droit ou de fait des sociétés commerciales et civiles ainsi que des a.s.b.l. La personne physique est alors chargée de s'assurer que la personne morale respecte ses obligations pénalement sanctionnables.

²⁶⁶ Dans ce cas, le législateur prévoit que la personne morale doit désigner (par exemple, dans les statuts de la société) une personne physique sous l'autorité et le contrôle de laquelle certaines activités seront exercées. En cas d'infraction, c'est cette personne qui sera responsable pénalement.

²⁶⁷ Il était contraire également au principe de culpabilité personnelle de condamner pénalement une personne physique pour une faute commise par un groupement d'individus.

²⁶⁸ Loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, M.B., 22 juin 1999. Voy. F. ROGGEN, « La responsabilité pénale des personnes morales », in *Actualités de droit pénal*, UB¹, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 1-54.

Nous observerons, dans les développements qui suivent, que la responsabilité pénale des personnes morales pose question au regard du principe de culpabilité.

b) La loi du 4 mai 1999 introduisant la responsabilité pénale des personnes morales

La mise en place d'un régime de responsabilité des personnes morales fait suite aux recommandations du Comité des ministres aux États membres du Conseil de l'Europe sur la criminalité des affaires²⁶⁹ et s'inscrit dans la suite des lois du 10 janvier 1999 relative aux organisations criminelles²⁷⁰ et du 10 février 1999 relative à la répression de la corruption²⁷¹. Des commissions d'enquête parlementaires avaient souligné l'importance de répondre à l'impunité dont jouissaient de fait les personnes morales.

Le législateur a fait le choix d'une *logique anthropomorphique* qui assimile la personne morale à une personne physique en ce sens que sa responsabilité pénale ne sera engagée que si le ministère public prouve, dans le chef de la réalité sociale que constitue la personne morale, une faute ou une intention propre (en fonction de l'infraction reprochée)²⁷². Le législateur n'a donc pas opté ni pour la responsabilité pénale objective où la responsabilité est engagée par la simple matérialité du fait, ni pour la responsabilité dérivée où la responsabilité est engagée par le fait d'une personne physique dont la responsabilité peut être imputée à la personne morale.

La loi du 4 mai 1999 introduisant la responsabilité pénale des personnes morales a inséré dans les principes généraux du droit pénal (livre I^{er}), des règles d'imputation de l'infraction à l'être moral (article 5 du Code pénal) et a prévu un système de peines spécifique²⁷³.

²⁶⁹ Recommandation 1988/18.

²⁷⁰ Loi du 10 janvier 1999 relative aux organisations criminelles, M.B., 26 février 1999.

²⁷¹ Loi du 10 février 1999 relative à la répression de la corruption, M.B., 23 mars 1999.

²⁷² J. SPREUTELS, F. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 64. Voy. V. FRANSEN et R. VERSTRAETEN, « La volonté et la faute de la personne morale – Rappel des principes généraux et évaluation critique de dix années de jurisprudence », *J.T.*, 2010, pp. 65-73. Notons qu'une personne morale peut être pénalement responsable du chef de toutes les infractions, étant donné que toutes les infractions imputées à celle-ci peuvent être réalisées par des personnes physiques (Cass. (2^e ch.), 26 septembre 2006, R.W., 2006-2007, p. 1084).

²⁷³ Cet article a une portée générale en ce sens qu'il s'applique à toutes les infractions qui se trouvent dans des lois et règlements particuliers sauf dérogation (article 100 du Code pénal).

c) Les personnes morales concernées²⁷⁴

Le champ d'application *rationae personae* de l'article 5 procède d'une assimilation et d'une exclusion. En effet, l'alinéa 3 indique les entités qui peuvent voir leur responsabilité pénale engagée bien que ne constituant pas au sens civil une personne morale (c'est-à-dire un groupement de personnes physiques doté de la personnalité juridique et disposant d'un patrimoine propre). Cette assimilation évite une quelconque discrimination sur le plan pénal en raison de la formule juridique choisie par le groupement²⁷⁵.

L'alinéa 4 de l'article 5 du Code pénal exclut quant à lui du régime de responsabilité pénale certaines personnes morales de droit public, dont l'État fédéral, les Régions, les Communautés, les provinces, l'agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intracommunales, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les C.P.A.S.²⁷⁶. Seule pourra alors être responsable la personne physique, membre du groupement, qui sera identifiée comme auteur de la faute²⁷⁷.

C'est en raison du critère objectif de l'organe élu démocratiquement que la Cour constitutionnelle a validé cette différence de traitement²⁷⁸; la responsabilité pénale des personnes morales comporterait « plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique ». Cette position de la Cour constitutionnelle nous semble criti-

²⁷⁴ Pour le régime applicable aux personnes morales non concernées, voy. J. SPREUTELS, F. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, op. cit., pp. 81 et s.

²⁷⁵ « On se demande toutefois comment, en pratique, les entités n'ayant pas la personnalité juridique pourront être soumises à certaines des peines prévues par la loi, en ce compris l'amende, qui consiste en une obligation de payer une somme d'argent. Comment une entité n'ayant pas de patrimoine, ni actif ni passif, pourrait-elle devenir titulaire d'une telle obligation ? » (T. AFSCHRIJF et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, Bruxelles, Kluwer, 2001, p. 33).

²⁷⁶ Les syndicats et les partis politiques ne bénéficient pas de cette immunité, ni les waterings (C.A., 21 février 2007, 31/2007, T. Strafr., 2007, p. 181, note P. DE HERT et J. MILLEN, « Strafrechtelijke verantwoordelijkheid van publieke rechtspersonen », et *Nullum Crimen*, 2008, p. 437, note P. WAETERINCKX, « Artikel 5 lid 4 Sw.: wat baten kaars en bril als de uil niet zien en wil ? »).

²⁷⁷ Par exemple, au sein de la commune, le bourgmestre.

²⁷⁸ C. const., 10 juillet 2002, n° 128/2002, www.const-court.be. Voy. M. NIHOUL, « L'immunité pénale des collectivités publiques est-elle "constitutionnellement" correcte ? », *R.D.P.C.*, 2003, pp. 799 et s.

quable²⁷⁹ 280 ; en effet, aucun argument traditionnel ne justifie l'immunité, pas même la séparation des pouvoirs. En outre, l'immunité protège la collectivité, mais expose l'homme politique, la fonction et le personnel des trois pouvoirs, alors qu'un seul organe est élu (cf. loi du 4 mai 1999 relative à la responsabilité civile et pénale des bourgmestres, échevins et membres de la députation permanente)²⁸¹.

d) Le champ d'application *rationae materiae* de l'article 5 du Code pénal

Le premier alinéa de l'article 5 précise le lien qui doit exister entre l'infraction et la personne morale; l'infraction doit être intrinsèquement liée à la réalisation de l'objet de la personne morale (cf. objet social)²⁸² ou à la défense de ses intérêts économiques²⁸³ ou avoir été commise pour le compte de la personne morale²⁸⁴.

Notons que le terme « intrinsèquement » s'oppose à « occasionnellement ». Il n'y aura donc pas de responsabilité pénale de la personne morale si la personne physique a uniquement profité du cadre juridique ou matériel de l'entreprise pour commettre l'infraction dans son intérêt personnel ou pour son compte²⁸⁵.

²⁷⁹ Voy. notamment Proposition de loi du 7 octobre 2008 modifiant le Code pénal en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales de droit public, Doc. parl., Chambre, sess. ord. 2007-2008, n° 52 1146/006. Plusieurs propositions de loi ont été déposées, partant de la suppression de l'immunité pénale des principales collectivités politiques du pays au maintien de l'immunité pour les collectivités politiques supérieures, à l'exclusion des collectivités locales (les communes notamment). Pour un commentaire de ces propositions, voy. M. NIHOUL, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public (suite) ou "le cercle des immunités disparues" », C.D.P.K., 2009, pp. 177-187.

²⁸⁰ « Ce motif est inexact pour les C.P.A.S.; il ignore, par ailleurs que, dans les associations sans but lucratif, et nombre de sociétés, le vote des dirigeants est également "démocratique". Certains y ont vu une discrimination difficilement acceptable (...). Cette discrimination pourrait particulièrement être invoquée dans les quelques cas où les autorités publiques exercent encore des activités directement concurrentielles de celles d'entités privées » (T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, op. cit., p. 32).

²⁸¹ M. NIHOUL, « Le champ d'application », in *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, coll. Projucit, Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 26-31.

²⁸² « "L'objet" doit, à notre avis, se définir comme étant l'objet réel de la société, et non son objet social statutaire. Cet objet doit se comprendre en fonction d'une décision du conseil d'administration et, le cas échéant, de l'assemblée générale, qu'il s'agisse de décisions explicites ou de pratiques constamment suivies » (T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, op. cit., p. 36).

²⁸³ A. MISONNE, « La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique: un régime complexe, une mise en œuvre peu aisée », in *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe - Corporate Criminal Liability in Europe*, Bruxelles, la Charte, coll. Projucit, 2008, p. 77.

²⁸⁴ Cette troisième hypothèse, certes vague, permet d'exclure la responsabilité de la personne morale lorsqu'une personne physique a agi sur la base d'un mandat apparent (A. MISONNE, « La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique: un régime complexe, une mise en œuvre peu aisée », op. cit., p. 77).

²⁸⁵ J. SPREUTELS, F. ROGGEN ET E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 63.

On ne peut que regretter l'absence de précision en ce qui concerne le mode d'imputation des faits à la personne morale. Les travaux préparatoires de la loi du 4 mai 1999 ne renseignent pas sur la manière selon laquelle le juge doit raisonner pour déterminer ce lien intrinsèque ou ce qui relève de la défense des intérêts de la personne morale. Ils se contentent de préciser qu'il s'agit d'une question de fait laissée à l'appréciation du juge²⁸⁶. Par exemple, le profit perçu par la personne morale de l'infraction commise pourrait la désigner comme auteur de l'infraction. L'absence de critère bien défini en la matière pose question au regard des principes de la légalité et de la prévisibilité de la loi pénale précédemment évoqués.

La section de législation du Conseil d'État²⁸⁷ avait pourtant regretté le fait que le champ d'application des personnes physiques par le biais desquelles la personne morale était responsable ne soit pas défini. Il est à noter que ce cercle des personnes physiques pouvant engager la responsabilité pénale de la personne morale se veut très large, incluant des administrateurs, des employés, des mandataires ou des préposés, voire des tiers à la personne morale.

e) Le concours de responsabilité avec la personne physique

Pour bien comprendre les contours de la question du concours de responsabilité entre la personne morale et la personne physique, il convient de reprendre les termes de l'alinéa 2 de l'article 5 du Code pénal qui dispose: « Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement²⁸⁸ en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable ».

À titre de remarque préliminaire, il importe de souligner que cet alinéa ne trouve à s'appliquer que lorsque l'infraction qui est reprochée aux personnes morale et physique est la même.

La question du concours de responsabilité entre la personne morale et la personne physique ne se pose que lorsqu'une personne physique est identifiée, sans quoi la seule personne morale voit sa responsabilité engagée (sous réserve de la condition relative à l'imputabilité matérielle et morale) et lorsque c'est en

²⁸⁶ Rapport fait au nom de la commission de la justice par M^{me} Jeanmoye, Doc. parl., Sénat, sess. 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 9.

²⁸⁷ Avis du Conseil d'État, Doc. parl., Sénat, sess. 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 119.

²⁸⁸ Pour un rappel de la *ratio legis* de cet adjectif, voy. T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, op. cit., pp. 46 et s.

raison des agissements de cette personne physique que la responsabilité pénale de la personne morale a été engagée²⁸⁹.

Si une personne physique est identifiée, le principe est, selon les termes d'Antoine Misonne, « une responsabilité commune, mais une condamnation pénale alternative »²⁹⁰. En effet, lorsque l'infraction est commise sciemment et volontairement par la personne physique, cette dernière et la personne morale peuvent²⁹¹ être toutes deux condamnées, alors que dans le cas contraire (une infraction commise par imprudence), seule la personne qui a commis la faute la plus grave sera condamnée.

Concernant la seconde hypothèse envisagée par l'alinéa 2 de l'article 5 du Code pénal : la faute la plus grave (lorsque l'infraction n'est pas commise sciemment et volontairement)²⁹², La Cour de cassation a estimé que le législateur avait créé une cause d'excuse absolutoire en faveur de la personne (physique ou morale) qui a commis la faute la moins grave²⁹³ 294. L'effet d'une cause d'excuse absolutoire est le suivant : l'acte reste illicite, la personne qui a commis la faute la moins grave reste coupable (et doit donc payer des dommages et intérêts à la victime), mais n'est pas condamnée à une peine.

L'article 5, alinéa 2, du Code pénal oblige le juge à comparer les fautes commises par les personnes physique et morale afin d'en déterminer la plus grave. Nous avons déjà rappelé que l'imputabilité matérielle d'une infraction commise par une personne physique à la personne morale ne suffit pas. En effet, il n'y a pas de responsabilité objective en droit pénal. Encore faut-il prouver la faute ou l'intention (en fonction de l'élément moral exigé par l'infraction) de la

personne morale²⁹⁵. La loi ne donne cependant pas de critère précis pour apprécier l'élément moral dans le chef de la personne morale et l'exposé des motifs de la loi²⁹⁶ est, hélas, peu éclairant²⁹⁷ ; il précise simplement que le juge devra tenir compte des caractéristiques propres de la personne morale (*cf.* organisation interne déficiente, mesures de sécurité insuffisantes, restrictions budgétaires déraisonnables...), du comportement des personnes ayant une fonction dirigeante au sein de la personne morale et de l'attitude des organes (en ce compris les organes de fait), préposés, mandataires.

Il convient donc d'apprécier, non pas en fonction de conceptions subjectives, mais en prenant pour critères les éléments constitutifs de chaque infraction, en tenant compte des circonstances propres à chaque affaire et en appréciant dans chaque cas le degré d'autonomie dont dispose la personne physique à l'égard de la personne morale²⁹⁸.

Nous ne pouvons que conclure en soulignant la difficulté d'appréhender le concept de personne morale qui est une fiction difficile à concevoir et qui n'incite sans doute pas à appliquer la loi²⁹⁹. En outre, il est aussi à craindre que, vu la difficulté d'établir l'élément moral dans le chef de la personne morale, celle-ci devienne une sorte de « bouc émissaire », ce qui conduirait à une responsabilité pénale objective qui, à terme, contaminerait celle des personnes physiques³⁰⁰.

²⁹⁵ Cass. (2^e ch.), 23 septembre 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 203 et Cass. (2^e ch.), 12 juin 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 1200.

²⁹⁶ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 5.

²⁹⁷ Certains auteurs y dénoncent une violation latente du principe de légalité : voy. A. MASSET, « La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales : une extension du filet pénal modalisée », *J.T.*, 1999, p. 656.

²⁹⁸ Pour ce qui est de la personne physique, le juge tiendra notamment compte de sa fonction exercée, d'un éventuel rappel à l'ordre qui lui aurait été fait alors que pour ce qui est de la personne morale, il sera tenu compte de l'influence déterminante exercée sur la personne physique, de l'existence d'un devoir de coordination ou de surveillance dans son chef... (A. MISONNE, « La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique : un régime complexe, une mise en œuvre peu aisée », *op. cit.*, pp. 84-85).

²⁹⁹ Signalons qu'un projet de réforme non aboutie envisageait de supprimer purement et simplement l'alinéa 2 de l'article 5 du Code pénal (Projet de loi modifiant la loi du 4 mai 1999, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2006-2007, n° 51 2929/001). Voy. également J. OVERATH, M. GERON, Ch. GHEUR et Th. MATRAY, *La responsabilité pénale des personnes morales*, Bruxelles, Larciere, coll. J.L.M.B. Opus, 2007, p. 79. Aucune modification n'est apportée en ce qui concerne le champ d'application *ratione materiae*, mais bien pour ce qui est du régime du mandataire *ad hoc* et en matière de peines.

³⁰⁰ « À cet égard, l'existence de critères permettant de déceler cet élément moral est essentielle. La crainte est que, rebuté par la difficulté pratique que représente la détermination *in concreto* de l'élément moral, le juge condamne la personne morale sur la base des seuls éléments matériels de l'infraction. Ce danger est d'autant plus grand en Belgique où la théorie de l'unité des fautes civile et pénale incite parfois les juridictions de fond à condamner au pénal pour garantir le dédommagement de la victime » (A. MISONNE, « La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique : un régime complexe, une mise en œuvre peu aisée », *op. cit.*, p. 78).

²⁸⁹ « Il nous paraît tout à fait injustifié de faire dépendre la responsabilité de la personne morale, non pas seulement de l'intervention d'une personne physique déterminée, mais de son identification, alors que cette identification n'a aucun rapport avec la responsabilité pénale de la société, qui risque de se retrouver sanctionnée, alors qu'elle a commis la faute la plus légère qui, en vertu de la loi, devrait être exonératoire, simplement parce que le ministère public n'a pu identifier la personne qui a commis la faute la plus grave » (T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, *op. cit.*, p. 45).

²⁹⁰ A. MISONNE, « La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique : un régime complexe, une mise en œuvre peu aisée », *op. cit.*, p. 81.

²⁹¹ Il ne s'agit donc pas d'une obligation pour le juge qui doit cependant motiver son choix de ne pas punir les deux personnes.

²⁹² C'est la première condition qui sera vérifiée par le juge, voy. Cass. (2^e ch.), 8 novembre 2006, *T. Strafr.*, 2007, p. 261 ; R.D.P.C., 2007, p. 273 et *Pas.*, 2006, I, p. 2283, avec les conclusions de l'avocat général Vandermeersch.

²⁹³ Cass. (2^e ch.), 3 octobre 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 511.

²⁹⁴ « Cette situation est, à notre connaissance, sans précédent dans notre droit, puisqu'une personne, physique ou morale, ayant commis une infraction, trouve une excuse absolutoire, consistant, non pas dans son propre comportement ou dans un élément de force majeure, mais simplement dans le fait d'un tiers, ayant lui aussi commis l'infraction, mais ayant agi d'une manière plus grave » (T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, *op. cit.*, p. 53).

f) Les peines applicables

C'est à l'article 7bis du Code pénal qu'il faut se référer pour connaître les peines applicables aux personnes morales³⁰¹. Alors que la peine de prison est la peine de référence pour les personnes physiques, il convenait de prévoir un mécanisme de conversion de ces peines privatives de liberté en amende (article 41bis du Code pénal³⁰²). Ce régime dont la portée est générale présente l'avantage que le législateur ne devait pas modifier tous les articles du Code pénal afin d'en prévoir l'équivalent en amende lorsque l'auteur est une personne morale.

Les autres sanctions peuvent consister en la dissolution de la personne morale³⁰³, l'interdiction d'exercer une activité relevant de l'objet social, la fermeture d'un ou plusieurs établissements, la publication ou la diffusion de la sanction. La peine accessoire de la confiscation est également applicable.

³⁰¹ En vertu de l'article 7bis du Code pénal : « Les peines applicables aux infractions commises par les personnes morales sont :

– en matière criminelle, correctionnelle et de police :

1° l'amende ;

2° la confiscation spéciale ; la confiscation spéciale prévue à l'article 42, 1°, prononcée à l'égard des personnes morales de droit public, ne peut porter que sur des biens civilement saisissables ;

– en matière criminelle et correctionnelle :

1° la dissolution ; celle-ci ne peut être prononcée à l'égard des personnes morales de droit public ;

2° l'interdiction d'exercer une activité relevant de l'objet social, à l'exception des activités qui relèvent d'une mission de service public ;

3° la fermeture d'un ou plusieurs établissements, à l'exception d'établissements où sont exercées des activités qui relèvent d'une mission de service public ;

4° la publication ou la diffusion de la décision ».

³⁰² L'article 41bis du Code pénal énonce : « § 1^{er}. Les amendes applicables aux infractions commises par les personnes morales sont :

En matière criminelle et correctionnelle :

– lorsque la loi prévoit pour le fait une peine privative de liberté à perpétuité : une amende de deux cent quarante mille euros à sept cent vingt mille euros ;

– lorsque la loi prévoit pour le fait une peine privative de liberté et une amende, ou l'une de ces peines seulement : une amende minimale de cinq cents euros multipliés par le nombre de mois correspondant au minimum de la peine privative de liberté, et sans pouvoir être inférieure au minimum de l'amende prévue pour le fait ; le maximum s'élève à deux mille euros multipliés par le nombre de mois correspondant au maximum de la peine privative de liberté, et sans pouvoir être inférieure au double du maximum de l'amende prévue pour le fait ;

– lorsque la loi ne prévoit pour le fait qu'une amende : le minimum et le maximum sont ceux prévus par la loi pour le fait.

En matière de police :

– une amende de vingt-cinq euros à deux cent cinquante euros.

§ 2. Pour la détermination de la peine prévue au § 1^{er}, les dispositions du livre I^{er} sont applicables ».

³⁰³ Cette mise à mort ne peut avoir lieu que lorsque la personne morale a été créée ou si son objet a été détourné dans le but de commettre les faits qui lui sont reprochés.

Section 2

Les auteurs et les participants

Une infraction, pour donner lieu à une responsabilité pénale (d'une personne physique ou d'une personne morale) suppose une imputabilité physique de l'infraction à son auteur ou à un participant.

§ 1. Les auteurs

L'auteur est celui qui exécute matériellement l'infraction. Il peut, pour réaliser son projet criminel, s'associer à une ou plusieurs personnes dont le rôle sera plus ou moins important selon les cas ; les règles de la participation punissable déterminent les conditions dans lesquelles les coauteurs et les complices peuvent être déclarés responsables pénalement pour l'aide qu'ils ont apportée à l'auteur.

§ 2. Les participants³⁰⁴

Nous étudierons successivement les conditions de la participation punissable et les peines frappant les participants.

a) Les conditions de la participation punissable

Les conditions de la participation punissable sont au nombre de quatre :

- une infraction autorisant l'incrimination de la participation ;
- la réalisation matérielle d'une infraction principale (crime ou délit) ou de sa tentative ;
- un mode légal de participation : corréité ou complicité ;
- un dol général dans le chef du participant³⁰⁵.

1. Une infraction autorisant l'incrimination de la participation

Les règles de la participation punissable du Code pénal figurent au chapitre VII du livre I^{er} du Code pénal et ne s'appliquent pas aux infractions introduites par des lois et règlements particuliers (conformément à ce qui est prévu à l'article 100 du Code pénal). Si le législateur particulier en décide autrement (c'est-à-dire qu'il souhaite réprimer la participation aux infractions qu'il édicte), il doit prévoir explicitement dans la nouvelle législation l'application

³⁰⁴ Les illustrations de cette partie ont été réalisées avec le précieux concours d'Axel Delannay.

³⁰⁵ Voy. G. DELEIXHE et M. FRANCHIMONT, « Aspects de la participation criminelle en Belgique », R.D.P.C., 1955-1956, pp. 884 et s.

du chapitre VII du livre I^{er} du Code pénal ou introduire un régime de participation *sui generis*.

2. La réalisation matérielle d'une infraction principale (crime ou délit) ou de sa tentative

Le premier alinéa des articles 66 (corréité) et 67 (complicité) est clair: il n'y a participation punissable qu'en matière de crime et de délit³⁰⁶ 307.

L'acte posé par le participant doit être accessoire à une infraction principale³⁰⁸, mais cette infraction peut être accomplie ou tentée, voire manquée³⁰⁹. La participation à une tentative reste punissable pour autant que la situation réponde aux conditions prescrites à l'article 51 du Code pénal³¹⁰ 311.

Les agissements du participant restent répréhensibles, peu importe que l'auteur ne soit pas identifié ou bénéficie d'une cause de non-imputabilité morale³¹². C'est une application du principe de la culpabilité personnelle.

3. Un mode légal de participation: corréité ou complicité

Les articles 66 et 67 du Code pénal énumèrent limitativement les différentes formes de participation; l'article 66 concerne la corréité et l'article 67, la complicité. Nous verrons les conséquences de cette distinction au niveau de

la peine applicable. C'est le caractère indispensable ou accessoire de l'aide qui sert à déterminer si le participant est coauteur ou complice³¹³ 314.

Sans empiéter sur la question de la peine encourue par le coauteur (*cf. infra*), relevons de la lecture de l'article 66 du Code pénal que la participation des coauteurs est à ce point importante qu'ils encourent la même peine que s'ils avaient été auteurs de l'infraction. Les termes «auteurs» et «coauteurs» ont ainsi la même portée.

Les actes de corréité sont répartis en trois grandes catégories:

1) L'exécution de l'infraction et la coopération directe (article 66, alinéa 2, du Code pénal): la personne qui exécute l'infraction réalise celle-ci matériellement; le coopérateur direct est celui qui prend directement part à l'infraction en posant des actes matériels qui ne correspondent pas *stricto sensu* à ceux du texte légal³¹⁵; il est difficile en pratique de distinguer un auteur et un coauteur; tous deux seront considérés comme coauteurs.

2) L'aide indispensable (article 66, alinéa 3, du Code pénal) vise l'agent qui apporte une aide nécessaire, dans la préparation ou l'exécution de l'infraction, à ce point importante que, sans elle, l'infraction n'aurait pu être concrètement commise comme elle l'a été³¹⁶.

3) La provocation directe³¹⁷ (article 66, alinéas 4 et 5, du Code pénal) punit celui qui a donné naissance à la résolution criminelle de l'auteur qui

³⁰⁶ Les contraventions «ont trop peu de gravité pour que le législateur doive se préoccuper de la poursuite des complices» (J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal général*, op. cit., n° 489). Il n'en va pas de même des délits contraventionnalisés, «car, nonobstant l'admission des circonstances atténuantes, ce n'en est pas moins l'infraction telle qu'elle a été définie par la loi, c'est-à-dire, avec ses éléments constitutifs, qui a été soumise à l'appréciation du juge saisi du délit contraventionnalisé» (J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, t. II, op. cit., n° 262 et J.-S.-G. NYPELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété, principalement au point de vue de la pratique*, op. cit., pp. 259 et s.).

³⁰⁷ Il n'y a par exemple pas de participation punissable dans le chef d'une personne qui donne à une autre le moyen de se suicider dès lors que le suicide n'est pas réprimé pénalement (J.-S.-G. NYPELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété, principalement au point de vue de la pratique*, op. cit., p. 249).

³⁰⁸ Notons, comme cela sera précisé plus tard, qu'il est question d'une infraction et non de la condamnation de l'auteur principal.

³⁰⁹ Il n'est pas requis que les actes de participation reprochés à l'agent contiennent tous les éléments de l'infraction; voy. Cass., 12 mai 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 246; Cass., 19 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 827.

³¹⁰ Pour la question du désistement volontaire d'un des participants, voy. R. DECLERCQ, «Tentative, participation, désistement», op. cit., pp. 473 et s.

³¹¹ Notons que l'inverse n'est pas vrai, la tentative de participer n'est pas punissable, voy. J.-S.-G. NYPELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété, principalement au point de vue de la pratique*, op. cit., p. 191 et J. GOEDSELS, *Commentaire du Code pénal belge*, op. cit., p. 99.

³¹² J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, t. II, op. cit., n° 259; J.-S.-G. NYPELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété, principalement au point de vue de la pratique*, op. cit., pp. 249 et s.

³¹³ Ce caractère est apprécié de manière souveraine par le juge du fond (Cass., 20 avril 1914, *Pas.*, 1914, I, p. 187).

³¹⁴ L'appréciation du caractère indispensable ou accessoire de l'aide apportée est essentiellement une question de fait (J.-S.-G. NYPELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété, principalement au point de vue de la pratique*, op. cit., p. 269).

³¹⁵ Prenons l'exemple de deux personnes qui décident de commettre un vol, le planifient et l'exécutent ensemble; sera auteur celui qui opérera la soustraction frauduleuse de la chose (l'autre personne étant coauteur). Comme coopérateur direct, on peut citer aussi l'exemple de celui qui tient la victime ou la bâillonne pendant que l'auteur la viole, ou encore de celui qui lie les bras de la victime à qui l'on veut donner la mort. Voy. également J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal général*, op. cit., n° 509.

³¹⁶ «Une impossibilité relative suffit donc pour que celui qui l'a écartée dans le dessein de faciliter la perpétration du crime, en soit considéré comme coauteur, tel le domestique qui ouvre la porte de la maison de son employeur» (J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal général*, op. cit., n° 508). «Il suffit que ce crime ou ce délit n'ait pu être commis avec les circonstances qui l'ont accompagné, de la manière dont il a été commis, le jour où il a été perpétré. En un mot, la loi vise uniquement une impossibilité relative (...)» (J.-S.-G. NYPELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété, principalement au point de vue de la pratique*, op. cit., p. 270). Voy. Anvers, 15 mars 2006, *Nullum Crimen*, 2007, p. 149, note J. VAN HEULE, «Een aantal beginselen betreffende de deelnamevormen omschreven in de artikelen 66 en 67 Sw.»; Cass., 2 décembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 410; Cass., 9 avril 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 823; Cass., 7 mars 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 185.

³¹⁷ Voy. Cass. (2^e ch.), 19 octobre 2005, *Nullum Crimen*, 2007, p. 366 (entrave méchante à la circulation).

commet l'infraction. Le provocateur est alors considéré comme l'auteur moral^{318 319}.

La provocation doit être *directe*³²⁰; il est ainsi exigé qu'un lien causal direct soit démontré. En effet, il n'y a provocation que pour un crime ou un délit déterminé³²¹.

La provocation sera *privée* (alinéa 4) si elle s'adresse à une ou plusieurs personnes déterminées, et *publique* (alinéa 5) si elle s'adresse à des personnes indéterminées. Notons que les différents actes de provocation sont énumérés limitativement dans ces deux alinéas³²².

Les actes de complicité qui concernent l'*aide accessoire* sont également répartis en trois catégories :

1) Donner une instruction (article 67, alinéa 2, du Code pénal) : pour que cet acte de participation soit punissable, il faut que l'instruction ait été suivie³²³ ! La jurisprudence a étendu cet acte de participation à l'hypothèse d'une personne qui donne un renseignement. Notons que la jurisprudence a déjà décidé que la fourniture de renseignements pouvait constituer un acte de corréité si, en raison de leur nature et de leur précision, ceux-ci ont constitué une aide telle que sans elle l'infraction n'eût pu être commise³²⁴.

2) La fourniture d'armes, instruments et autres moyens (article 67, alinéa 3, du Code pénal) doit avoir eu pour conséquence la facilitation de l'exécution de l'infraction³²⁵.

3) L'aide accessoire (article 67, alinéa 4, du Code pénal) est apportée dans le but de faciliter l'exécution de l'infraction : sans elle, l'infraction aurait quand même été commise, mais peut-être moins facilement³²⁶.

³¹⁸ Ou « auteur intellectuel » (J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal général*, op. cit., n° 506).

³¹⁹ N'est pas considérée comme de la provocation, l'incitation à commettre un crime (Corr. Liège, 1^{er} décembre 2004, www.barreaudeliege.be).

³²⁰ « Une provocation générale qui ne serait autre chose qu'une provocation à mal faire, est trop vague et trop incertaine pour qu'on puisse y rattacher le crime ou le délit commis par l'auteur matériel de l'action » (J.-S.-G. NYPELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété, principalement au point de vue de la pratique*, op. cit., p. 282).

³²¹ Cf. article 66 du Code pénal, ce crime, ce délit.

³²² Sur le sens des actes de provocation choisis par le législateur, voy. J.-S.-G. NYPELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété, principalement au point de vue de la pratique*, op. cit., pp. 271 et s.

³²³ J.-S.-G. NYPELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété, principalement au point de vue de la pratique*, op. cit., p. 301.

³²⁴ Cass., 14 mai 1945, *Pas.*, 1945, I, p. 160.

³²⁵ Il importe peu que le hold-up pour lequel le complice a fourni l'arme ait été réalisé contre un autre établissement que celui originellement visé (Cass., 9 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 437, arrêt *Volders*). Voy. également Cass., 28 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1214.

³²⁶ Exemple : est complice celui qui vend, par avance, d'accord avec le voleur éventuel, les objets ultérieurement volés (Cass., 3 septembre 1915, *Pas.*, 1915, I, p. 446).

4. Un dol général dans le chef du participant

Les travaux préparatoires du Code pénal faisaient apparaître la volonté du législateur de l'époque d'exiger la preuve d'un *concert préalable* comme condition à la participation punissable³²⁷. Le concert préalable supposait que les différents protagonistes s'étaient accordés quant au déroulement de leur projet criminel. De l'existence de ce « pacte » découlait une *présomption irréfragable de connaissance des circonstances aggravantes objectives*.

Cette exigence du concert préalable n'a cependant pas été formulée dans le Code pénal³²⁸. Alors même que l'exigence du concert préalable avait été abandonnée, la jurisprudence considérait que le participant ne devait pas connaître *ab initio* tous les éléments constitutifs de l'infraction ou toutes les modalités de son exécution dont les circonstances aggravantes³²⁹. Ceci a donné lieu à la *théorie de l'emprunt matériel de criminalité* en vertu de laquelle les circonstances aggravantes objectives se communiquaient automatiquement à tous les participants, même s'ils n'en avaient pas connaissance³³⁰; cette théorie est tout à fait contraire au principe de la culpabilité personnelle (puisqu'elle empêche de vérifier la culpabilité de chaque accusé au regard des circonstances aggravantes objectives)³³¹. Notons que cette théorie ne s'applique qu'aux circons-

³²⁷ J.-S.-G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire du Code pénal belge*, op. cit., p. 133.

³²⁸ En effet, selon J.-S.-G. Nypels, l'exigence d'un concert préalable, « impliquerait qu'il n'y a pas de participation punissable à un fait qualifié de crime ou de délit commis par un auteur principal chez qui la volonté consciente n'existe pas, tel qu'un aliéné ou un enfant de moins de 16 ans, ou une garde-malade, administrant le poison qu'un tiers, dans une intention homicide ignorée d'elle, lui aurait remis comme étant un remède, puisqu'il ne pourrait s'établir de concert de volonté entre cet auteur et le participant. C'est là une conséquence inadmissible » (J.-S.-G. NYPELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété, principalement au point de vue de la pratique*, op. cit., p. 256).

³²⁹ Cass., 18 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 495. Il n'est par exemple pas requis que le participant connaisse le lieu, le moment, le mobile de l'infraction, ni l'identité de la victime ou le montant de son préjudice (Cass. (2^e ch.), 7 septembre 2005, R.G. n° P05.0348.F, www.cass.be et *Pas.*, 2005, I, n° 414; Cass. (2^e ch.), 9 décembre 1986, R.W., 1987-1988, p. 856, note M. DE SWAER, « Over strafbare deelneming »).

³³⁰ Cass. (2^e ch.), 4 mars 1998, R.G. n° P98.0131.F, www.cass.be; Cass. (2^e ch.), 11 mai 1994, R.G. n° P94.0460.F, www.cass.be; Bruxelles, 26 juin 1990, J.L.M.B., 1990, p. 1135 et J.T., 1991, p. 106 (drame du Heyssel); Cass., 19 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 185 (article 400 du Code pénal).

³³¹ M. FRANCHIMONT et G. DELEIXHE, « Aspects de la participation criminelle en Belgique », op. cit., pp. 906-907; Ch. HENNAU, « La participation punissable : vers un affranchissement de la théorie de l'emprunt de criminalité », R.D.P.C., 1990, pp. 591 et s.; Ch. HENNAU, « L'emprunt matériel de criminalité entre participants » (synthèse d'un séminaire), R.D.P.C., 1990, pp. 1057 et s.; Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 294; Ch. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafproceesrecht & internationaal strafrecht*, 7^e éd., Antwerpen, Maklu, 2009, p. 375; D. SPIELMANN, note sous Cass. lux., 14 juillet 1994, J.T., 1994, p. 632. Contra, R. LEGROS, « L'élément intentionnel de la participation criminelle », R.D.P.C., 1952-1953, p. 123; I. RORIVE et D. BOSQUET, « La renonciation au meurtre : une limite essentielle au système de l'imputation automatique du meurtre à tous les participants au vol (article 475 du Code pénal) », R.D.P.C., 2002, pp. 369-388. Selon la thèse de ces

tances aggravantes réelles ou objectives, c'est-à-dire inhérentes à l'infraction ; les circonstances aggravantes personnelles ou subjectives sont, quant à elles, toujours propres à l'individu³³².

La théorie de l'emprunt matériel de criminalité a une incidence sur la manière de poser les questions au jury d'assises. Il arrivait souvent que les questions portant sur les circonstances aggravantes objectives n'étaient pas individualisées pour chaque accusé (contrairement aux questions portant sur l'infraction principale). La Cour de cassation avait estimé à plusieurs reprises que le fait de ne pas poser séparément pour chacun des accusés les questions portant sur les circonstances aggravantes objectives n'était pas contraire aux droits de la défense³³³.

Un recours a été formé auprès de la Cour européenne des droits de l'homme donnant lieu au célèbre arrêt *Goktepe c. Belgique*³³⁴. Le requérant alléguait une violation de l'article 6, §§ 1^{er} et 2, pour avoir été privé du droit de se défendre valablement contre l'accusation de violence (circonstance aggravante du vol). La Cour européenne des droits de l'homme a, par cet arrêt *Goktepe* du 2 juin 2005, condamné la théorie de l'emprunt matériel de criminalité, jugée contraire à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne. La Cour a considéré que le requérant avait été privé du droit à un procès équitable en n'ayant pas eu la possibilité d'exercer ses droits de la défense de manière concrète et effective, ou à tout le moins en temps utile, sur un point déterminant³³⁵. Il découle de l'autorité qui s'attache aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme que, dorénavant, devant la cour d'assises, les questions portant sur les circonstances aggravantes objectives doivent être individualisées pour chaque accusé.

auteurs, un individu ne peut être condamné 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. Voy. également F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal - Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 463. Ces auteurs estiment qu'une intervention législative serait nécessaire pour inscrire, dans le droit positif, le principe de la responsabilité personnelle des participants.

³³² J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, t. II, op. cit., n° 253.

³³³ Cass. (2^e ch.), 16 février 1999, R.G. n° P.98.1624.N, www.cass.be.

³³⁴ C.E.D.H., 2 juin 2005, *Goktepe c. Belgique*, www.echr.coe.int/echr/ ; J.L.M.B., 2005, p. 1556, note N. COLETTE-BASECQZ, « La théorie de l'emprunt matériel de criminalité jugée incompatible avec le procès équitable et les droits de la défense » ; T. Straff, 2006, p. 78. Cet arrêt a donné lieu à la réouverture de la procédure pénale, voy. Cass. (2^e ch.), 17 juin 2008, *Nullum Crimen*, 2008, p. 284, avec les conclusions de M. DE SWAEF et R.A.B.G., 2009, p. 14, note D. VAN DER KELEN et L. GYSELAERS, « De objectieve verzwaringe omstandigheden: het definitieve einde van een tijdperk » et Cass. (2^e ch.), 13 avril 2010, R.G. n° P.10.0005N, www.cass.be.

³³⁵ Il aurait été toutefois opportun de souligner que l'emprunt matériel de criminalité portait également atteinte à la présomption d'innocence, d'autant que ce grief est régulièrement avancé à l'appui des pourvois en cassation en ce domaine. La Cour n'a toutefois pas estimé utile de le faire, jugeant suffisant le constat de violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention (N. COLETTE-BASECQZ, « La théorie de l'emprunt matériel de criminalité jugée incompatible avec le procès équitable et les droits de la défense », op. cit., p. 1566).

Nous pensons que l'enseignement de l'arrêt *Goktepe* ne se limite pas aux seuls procès d'assises³³⁶ et que le juge pénal, quel qu'il soit, devra examiner, *in casu*, de manière effective, la question de l'implication personnelle de chacun des participants, puisque cette question est également déterminante pour l'exercice du droit à un procès équitable³³⁷. Pour retenir la responsabilité pénale de tous les participants au regard des circonstances aggravantes objectives, il conviendra de vérifier que les éléments du dossier permettent bien d'établir la preuve positive de leur implication.

Quant à l'intention qui doit animer le participant, soulignons que le dol général suffit ; ce qui suppose qu'il ait la connaissance de participer à une infraction déterminée et la volonté (ou l'acceptation) de s'y associer, de la provoquer ou de la favoriser^{338 339}. Il n'est pas requis que le participant ait été animé de l'élément moral de l'infraction principale (par exemple, un dol spécial).

b) Les peines frappant les participants

1. Les coauteurs

En vertu de l'article 66 du Code pénal, les coauteurs seront punis comme s'ils étaient auteurs ; ce qui veut dire qu'ils encourent la même fourchette de peine que l'auteur, mais la responsabilité est personnelle : la peine sera donc individualisée.

³³⁶ *Contra*, Liège (8^e ch.), 10 avril 2008, J.L.M.B., 2009, p. 17, note C. FAGNOULLE, « Le point sur les circonstances aggravantes réelles » et R.D.P.C., 2009, p. 206, note F. LUGENTZ, « Une première analyse de la portée de l'arrêt *Goktepe* pour une interprétation stricte ? ».

³³⁷ En ce sens, voy. C.E.D.H., 27 mars 2008, *Delespessé c. Belgique*, *Nullum Crimen*, 2008, p. 260, note J. ROZIE, « Het lot van de objectieve verzwaringe omstandigheden: liever een latrelatie dan een gedwongen huwelijk ». Dans cet arrêt, formulé en termes généraux, la Cour européenne précise que « le juge pénal qualifie, dorénavant, chaque fait répréhensible selon les actes posés par chacun des auteurs séparément, faisant application, tant pour le fait principal que pour les circonstances aggravantes, des principes de participation pénale (corréité ou complicité) ». Voy. également C. FAGNOULLE, « Le point sur les circonstances aggravantes réelles », note sous Liège (8^e ch.), 10 avril 2008, J.L.M.B., 2009, p. 23 et F. KUTY, « La responsabilité pénale du chef des circonstances aggravantes réelles », in *Actualités du droit pénal*, UB², Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 31-88.

³³⁸ « Il est requis que le participant ait connaissance de toutes les circonstances qui donnent au fait, auquel il coopère, le caractère d'un crime ou d'un délit déterminé, mais il n'est toutefois pas requis 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 » (Cass., 9 décembre 1986, *Pas*, 1987, I, p. 437, arrêt *Volders*).

³³⁹ « Ceux qui ont coopéré directement à l'exécution d'un crime ne peuvent ignorer qu'ils contribuent par leur concours à l'existence de ce crime. (...) On peut, en effet, donner à quelqu'un des instructions sur la manière de commettre tel crime ou lui fournir les moyens de l'exécuter, sans connaître le but auquel doivent servir les uns et les autres » (J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal général*, op. cit., n° 494).

2. Les complices

L'article 69 du Code pénal règle la question de la peine applicable aux complices en distinguant selon que l'infraction est un crime ou un délit. Pour ce qui est des crimes, le complice encourra la peine immédiatement inférieure conformément à l'article 80 du Code pénal. Pour ce qui est des délits, le complice encourra une peine qui ne peut excéder les deux tiers de celle qui lui serait appliquée s'il avait été l'auteur de l'infraction.

Chapitre IV

L'imputabilité morale de l'infraction³⁴⁰

L'imputabilité morale suppose que l'agent dispose de la jouissance de ses facultés mentales et qu'il en ait fait un exercice répréhensible défini par la loi³⁴¹. Grâce à l'admission d'une cause de non-imputabilité morale, l'agent pourra obtenir son acquittement pour l'infraction pénale qui lui est reprochée.

Section 1

La capacité pénale et l'exercice répréhensible des facultés mentales

La jouissance des facultés mentales (ou la capacité pénale) permet de déterminer si l'infraction est imputable moralement à une personne, c'est-à-dire si l'on peut rattacher les faits constitutifs de l'infraction à la conscience et à la volonté de l'agent. Cela suppose, dans le chef de ce dernier, la capacité de comprendre et de vouloir; c'est ce qu'on appelle communément le discernement et le libre arbitre. *A contrario*, ne peuvent jouir de la « capacité pénale » les personnes atteintes de troubles mentaux et les mineurs d'âge³⁴².

³⁴⁰ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., spéc. le chapitre V du titre III (dont cette partie consacrée à l'imputabilité morale de l'infraction reprend plusieurs extraits).

³⁴¹ Ch. HENNAU et G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile: une parenté contestée », *Ann. dr. Louvain*, 1995, p. 191.

³⁴² Selon certains, le bénéfice des causes de non-imputabilité liées à l'absence de capacité pénale n'empêche pas que l'élément moral de l'infraction soit établi: « Ainsi, tandis que l'élément moral est un élément constitutif de l'infraction et du fait qualifié infraction, un élément à défaut duquel ils ne peuvent exister, l'imputabilité est extérieure à l'infraction et implique non pas un examen de l'acte, mais un examen de l'auteur. Dès lors, dans l'hypothèse où une cause de non-imputabilité est identifiée, l'infraction demeure établie, mais son auteur n'en sera pas, pour des raisons subjectives, tenu pour responsable » (S. DERRE, « Peut-on encore parler de mineurs délinquants? À propos des présomptions des articles 372, alinéa 1^{er}, et 375, alinéa 6, du Code pénal et 36, 4^e, de la loi du 8 avril 1695 relative à la protection de la jeunesse », note sous Liège (16^e ch.), 2 octobre 2003, *J.L.M.B.*, 2005, p. 463). Dans le même sens, voy. en matière d'assurance, Gand, 30 avril 2009, *Bull.*

Mais le fait que l'agent ait la jouissance de ses facultés mentales ne suffit pas, encore faut-il pour qu'il soit coupable (et que l'infraction lui soit imputable moralement), qu'il ait agi avec l'état d'esprit prévu par le législateur (élément moral de l'infraction *sensu stricto*³⁴³).

Section 2

Les causes générales de non-imputabilité morale

Les causes de non-imputabilité morale sont de deux types: elles concernent soit la capacité pénale, c'est-à-dire la jouissance et le contrôle des facultés mentales, autrement dit la capacité cognitive (de discernement) et volitive (de contrôle de ses actes), soit l'exercice momentané des facultés mentales. La démence³⁴⁴ et la minorité se rattachent à la capacité pénale, tandis que la contrainte et l'erreur invincible se rapportent à l'exercice momentané des facultés mentales.

Quant à l'erreur fautive, elle ne constitue pas une cause générale de non-imputabilité morale. Selon les principes généraux du droit pénal, elle ne devrait entraîner un acquittement, que si l'agent, poursuivi pour une infraction intentionnelle, a, de bonne foi, commis une erreur fautive de fait. Si la même infraction existe lorsqu'elle est commise par imprudence, les faits devraient alors être requalifiés en infraction d'imprudence. Cependant, les cours et tribunaux ont plutôt tendance à ne conférer aucun effet exonératoire de responsabilité à l'erreur fautive.

Les causes de non-imputabilité sont en outre générales et valent donc pour toutes les infractions (qu'il s'agisse d'une contravention, d'un délit ou d'un crime, d'une infraction au livre II du Code pénal ou à une loi ou règlement particulier). Leur effet est de rendre l'acte non imputable moralement à l'auteur (ce qui entraîne son acquittement) sans cependant ôter à l'acte son illi-

ass., 2010, p. 79; Cass. (1^{re} ch.), 24 avril 2009, *Bull. ass.*, 2010, p. 38, note J.-L. FAGNART, « La notion de sinistre intentionnel: l'harmonie retrouvée ». B. DUBUISSON a relevé, à juste titre selon nous, que « l'existence de la résolution de commettre un acte n'efface pas l'exigence du discernement sans lequel il ne saurait y avoir d'imputabilité ni de faute; à défaut de démontrer que le dément a commis l'acte dommageable dans un intervalle de lucidité, il ne saurait donc être question de faute intentionnelle » (B. DUBUISSON, « La faute intentionnelle en droit des assurances - L'éclairage du droit pénal », in *Liber Amicorum H.-D. Bosly - « Loyauté, justice, vérité »*, op.cit., p. 188). C'est en ce sens également que s'est prononcée la Cour de cassation (Cass. (2^e ch.), 12 février 2008, *Bull. ass.*, 2009, p. 16, note J.-L. FAGNART, « Volonté et déséquilibre mental »).

³⁴³ Cf. *supra*.

³⁴⁴ La démence, visée à l'article 71 du Code pénal, est interprétée de manière assez large par la jurisprudence et vise également les troubles mentaux. Notons que cette disposition est amenée à être modifiée de la sorte en y intégrant une nouvelle terminologie: « il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était atteint au moment des faits d'un trouble mental qui a aboli ou altéré gravement sa capacité de discernement ou le contrôle de ses actes (...) » (Loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, *M.B.*, 13 juillet 2007 (non encore entrée en vigueur)).

acité³⁴⁵. Ceci n'empêche pas que des mesures puissent être prises à l'encontre des personnes qui n'ont pas la capacité pénale : l'internement pour les déments et les mesures de garde, de préservation et d'éducation pour les mineurs.

§ 1. La contrainte

Pour évoquer la contrainte irrésistible, il est souvent fait référence à la notion civiliste de force majeure. Cette cause de non-imputabilité morale, qui concerne l'exercice momentané des facultés mentales, est inscrite à l'article 71 du Code pénal (le même article que celui qui traite de la démence) : « Il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu (...) a été contraint par une force à laquelle il n'a pas pu résister ».

La contrainte peut être morale ou physique ; la contrainte physique place l'agent dans l'impossibilité matérielle d'éviter la commission de l'infraction (pneu crevé, malaise au volant, obstacle imprévisible sur la route, grève de la S.N.C.B....) ; quant à la contrainte morale, elle est cette force psychologique (créée par un péril grave et imminent ou par la menace dirigée contre l'agent ou l'un de ses proches) qui pousse irrésistiblement l'agent à commettre l'infraction (par exemple, commettre un faux en écritures sous la menace de mort).

Pour être constitutive d'une cause de non-imputabilité morale, la contrainte doit réunir trois conditions cumulatives :

- 1° un caractère irrésistible qui s'apprécie de façon concrète (par rapport aux capacités personnelles de résistance de l'agent)³⁴⁶ ;
- 2° un effet d'annihilation totale des facultés mentales de l'agent : l'agent ne dispose donc plus de sa volonté³⁴⁷ ;
- 3° la contrainte doit être extérieure à l'agent et par voie de conséquence, indépendante de sa volonté³⁴⁸.

³⁴⁵ Cette nuance est importante et explique qu'il est totalement erroné d'utiliser l'appellation « cause de justification subjective ou personnelle » pour y faire référence. Cette erreur, qu'on retrouve dans certains arrêts de la Cour de cassation (voy. notamment Cass., 13 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 42 et Cass., 13 décembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 436) s'explique par la maladresse du législateur d'avoir placé l'article 71 du Code pénal qui concerne la contrainte et la démence dans le chapitre VII du livre I^{er} du Code pénal, intitulé « Des causes de justifications et d'excuse ».

³⁴⁶ Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 304.

³⁴⁷ C'est ce critère qui différencie la contrainte de l'état de nécessité, puisque la cause de justification implique un choix délibéré entre deux valeurs (voy. Bruxelles (11^e ch.), 4 septembre 1996, R.D.P.C., 1997, p. 1082).

³⁴⁸ La contrainte doit donc être imprévisible, voy. Pol. Turnhout, 24 octobre 2005, R.W., 2007-2008, p. 1561. *Contra*, Corr. Termonde, 7 février 2006, R.W., 2006-2007, p. 1203, note C. IDOMON, « Bewustzijnsverlies achter het stuur: bewijslastproblematiek en vergoedingsplicht van de beklaagde, zijn WAM-verzekeraar en het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds ».

§ 2. L'erreur invincible

L'erreur invincible, c'est-à-dire non fautive, constitue une cause générale de non-imputabilité morale entraînant l'acquittement de l'auteur pour toutes les infractions (intentionnelles ou non intentionnelles ; au livre II du Code pénal ou aux lois et règlements particuliers ; pour les crimes, délits et contraventions). On retrouve le principe *nulla poena sine culpa* susmentionné³⁴⁹.

L'erreur invincible est celle qu'aurait commise le bon père de famille placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu (ainsi que nous l'avons vu précédemment, le critère d'appréciation de la faute est abstrait, se référant au comportement d'une personne normalement prudente et diligente)³⁵⁰.

L'erreur invincible peut être une erreur de droit ou de fait : elle est de droit si elle porte sur l'existence ou la portée³⁵¹ de l'élément légal³⁵² ; elle est de fait si elle porte sur l'une ou l'autre circonstance de fait³⁵³. Qu'elle soit de fait ou de droit, elle entraîne toujours l'acquittement, puisqu'elle est non fautive³⁵⁴.

§ 3. L'effet de l'erreur fautive sur la culpabilité de l'agent

L'erreur de l'agent est fautive si le bon père de famille placé dans les mêmes circonstances ne l'aurait pas commise. Si l'erreur fautive de bonne foi ne constitue pas, à la différence de l'erreur invincible, une cause générale de non-imputabilité morale, elle peut cependant, selon les principes généraux du droit pénal, entraîner certaines conséquences favorables à l'auteur que nous allons examiner.

a) Selon les principes généraux du droit pénal

1. Distinction entre erreur fautive de fait et erreur fautive de droit

L'erreur fautive de droit ne profite, en principe, jamais à l'auteur, car nul n'est censé ignorer la loi.

³⁴⁹ Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, « La faute non intentionnelle et sa réglementation dans les codes pénaux modernes », op. cit., p. 183.

³⁵⁰ Voy. Cass. (2^e ch.), 14 janvier 1987, *Pas.*, I, 1987, p. 562.

³⁵¹ *Contra* Cass. (2^e ch.), 17 septembre 1934, *Pas.*, 1934, I, p. 380 pour une décision dans laquelle la Cour de cassation a dit pour droit que l'erreur de droit portait sur l'existence même et non le sens de la loi pénale.

³⁵² Voy. Bruxelles (8^e ch.), 30 juin 1983, J.T., 1983, p. 522 et Gand, 28 mars 1923, *Pas.*, 1923, II, p. 194.

³⁵³ S. BRAHY, « De l'effet justificatif de l'erreur en droit pénal », R.D.P.C., 1977, p. 339.

³⁵⁴ Notons qu'en ce qui concerne l'erreur invincible de droit, il s'agit d'un revirement de la jurisprudence depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 1946 (Cass. (2^e ch.), 10 juillet 1946, concl. avocat général Janssens de Bisthoven, *Pas.*, 1946, I, p. 293. Pour des décisions antérieures, voy. Cass. (2^e ch.), 28 juin 1938, *Pas.*, I, 1938, p. 232 et Liège, 16 juin 1938, *Pas.*, III, p. 47). Sur l'historique de ce revirement, voy. S. BRAHY, « De l'effet justificatif de l'erreur en droit pénal », op. cit., p. 350 et s. et J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, op. cit., n° 497 et s.

2. L'effet de l'erreur fautive de fait de bonne foi en matière d'infraction intentionnelle

L'effet de l'erreur fautive de fait de bonne foi se résume dans l'adage *culpa dolo exonerat* (la faute exonère du dol)³⁵⁵. L'auteur sera acquitté uniquement s'il s'agit d'une infraction intentionnelle (c'est-à-dire celle dont l'élément moral est le dol général), puisqu'il n'a pas agi avec intention.

En revanche, si la même infraction existe par imprudence, l'erreur fautive de fait de bonne foi donnera lieu à une requalification en infraction involontaire (dite d'imprudence)³⁵⁶.

b) Selon la jurisprudence et une partie de la doctrine

On note cependant une tendance critiquable de la jurisprudence à ne prononcer un acquittement, dans le cas des infractions intentionnelles, que lorsque l'erreur de l'agent est invincible³⁵⁷. Cette tendance refuse ainsi l'application de l'adage *culpa dolo exonerat* considérant que la bonne foi de l'agent ne suffit pas.

³⁵⁵ Voy. J. VERHAEGEN, « L'erreur non invincible de fait et ses effets en droit pénal belge », *R.D.P.C.*, 1989, pp. 17-27 et Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, « La faute non intentionnelle et sa réglementation dans les codes pénaux modernes », *op. cit.*, p. 181.

³⁵⁶ « L'erreur ou l'ignorance n'est exclusive de la faute que si elle est telle que tout homme raisonnable eût pu, dans les mêmes circonstances, se trouver dans la même ignorance ou tomber dans la même erreur. La culpabilité de l'auteur ne disparaît que si la faute qu'il a commise était de celles que la prudence humaine est impuissante à prévenir » (J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, *op. cit.*, n° 511).

³⁵⁷ Voy. Cass. (2^e ch.), 1^{er} octobre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 1787; R.A.B.G., 2003, p. 798, note L. DELBROUCK, « Onoverwinnelijke dwaling – Ook een advocaat kan zich vergissen » (en matière de violation du secret professionnel).