

Le meurtre commis pour faciliter le vol imputé au complice : le point sur la théorie de l'emprunt matériel de criminalité

Par Louise Descamps
e-legal, Volume n°3

Pour citer l'article :

Louise Descamps, « Le meurtre commis pour faciliter le vol imputé au complice : le point sur la théorie de l'emprunt matériel de criminalité », in *e-legal, Revue de droit et de criminologie de l'ULB*, Volume n°3, avril 2019.

Adresse de l'article :

<http://e-legal.ulb.be/volume-n03/memoires-2/le-meurtre-commis-pour-faciliter-le-vol-impute-au-complice-le-point-sur-la-theorie-de-l-emprunt-materiel-de-criminalite>

La reproduction, la communication au public en ce compris la mise à la disposition du public, la distribution, la location et le prêt de cet article, de manière directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie, ainsi que toute autre utilisation qui pourrait être réservée à l'auteur ou à ses ayants droits par une législation future, sont interdits, sauf accord préalable et écrit de l'Université libre de Bruxelles, en dehors des cas prévus par la législation sur le droit d'auteur et les droits voisins applicable en Belgique.

© Université libre de Bruxelles - avril 2019 - Tous droits réservés pour tous pays - ISSN 2593-8010



Introduction

§1. L'expression selon laquelle « auteurs et complices sont cousus dans le même sac » est attribuée à l'éminent juriste Jean Carbonnier. Elle suppose que les auteurs et complices soient considérés sans distinction. C'est cette expression que nous avons choisie pour introduire notre propos quant à l'article 475 du Code pénal qui incrimine le meurtre commis pour faciliter le vol, soit le cas malheureusement classique de quelques comparses qui, entrant dans une maison, décident de maîtriser les occupants des lieux en les tuant, et ce pour assurer le bon déroulement de leur vol et, par là même, leur fuite. La façon de punir les auteurs ainsi que les participants de cette infraction se faisait, jusqu'il y a peu, selon la théorie de l'emprunt matériel de criminalité, théorie, qui en plus d'être arbitraire, ne trouve aucun fondement légal dans notre droit.

§2. Le meurtre étant considéré comme une circonstance aggravante objective du vol, cette circonstance est imputée de façon automatique à l'ensemble des participants à l'infraction. La théorie de l'emprunt matériel de criminalité consiste à considérer qu'« auteurs et complices sont cousus dans le même sac » en ce sens qu'elle n'individualise pas l'appréciation de la culpabilité de chaque participant à la circonstance aggravante de meurtre. Cette pratique, contraire au principe de responsabilité pénale individuelle ainsi qu'au principe d'individualisation des peines, fut condamnée pour la première fois en 2005 par la Cour européenne des droits de l'Homme. Alors que l'on aurait pu croire que cette condamnation sonnait le glas de la théorie de l'emprunt matériel de criminalité, cela ne fut pas tout à fait le cas. On s'attendait à un revirement de jurisprudence de nos Cours et Tribunaux. Il se fit attendre pendant quelques années et, aujourd'hui encore, on peut difficilement soutenir que la théorie de l'emprunt matériel de criminalité a totalement disparu de notre ordre juridique interne.

§3. L'article tente de répondre à la question suivante : la théorie de l'emprunt matériel de criminalité est-elle en adéquation avec la jurisprudence européenne et l'esprit du législateur actuel ?

§4. Dans un premier temps, nous exposerons ce qu'est la théorie de l'emprunt matériel de criminalité ainsi que le contenu de l'article 475 du Code pénal. Nous analyserons aussi la façon dont les Cours et Tribunaux appliquaient cette théorie jusqu'en 2005. Nous retracerons ensuite l'évolution jurisprudentielle suites aux condamnations de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'Homme. Bien que la Belgique ait tardé à modifier sa jurisprudence suite à ces condamnations, des revirements jurisprudentiels doivent néanmoins être mis en avant. Enfin, nous envisagerons l'avenir, s'il existe, de la théorie, exposant ainsi tant les critiques qui lui sont adressées que les éventuelles réformes envisagées.

De la théorie de l'emprunt matériel de criminalité

§5. Avant d'analyser la situation précise du complice de meurtre commis pour faciliter le vol, infraction visée par l'article 475 du Code pénal, il est indispensable de présenter la théorie dite de l'emprunt matériel de criminalité. Comme le souligne l'américain Ronald Dworkin, le cas étudié « permet d'accéder à une meilleure compréhension de la nature des règles juridiques, laquelle suppose nécessairement un retour aux principes qui les sous-tendent »¹. Il est donc capital de comprendre l'origine et les contours de la théorie de l'emprunt matériel de criminalité, avant d'étudier le lien qu'elle entretient avec le complice du meurtre commis pour faciliter le vol. Enfin, nous analyserons la façon dont la Cour de Cassation et les juridictions de fond appliquent cette théorie au cas d'espèce. Cette dernière section envisagera l'application jurisprudentielle avant le revirement que constitue l'arrêt *Goktepe*² rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme.

De l'origine et des contours

§6. La théorie de l'emprunt matériel de criminalité ne trouve aucune consécration légale dans le Code pénal. À bien y regarder, aucune disposition légale belge ne l'évoque. Pourtant, cette théorie demeure bien présente dans la pratique des Cours et Tribunaux. Plusieurs auteurs ont tenté de lui donner une définition. Nous retenons notamment celle de F. Kuty qui affirme que « selon cette théorie, les actes de participation, dont il n'est pas requis qu'ils contiennent tous les éléments constitutifs de l'infraction, n'emportent la responsabilité pénale de celui qui les pose que parce qu'ils empruntent leur criminalité à l'acte légalement qualifié infraction commis par l'auteur principal »³. La théorie concerne donc des participants (coauteurs ou complices) à des infractions principales. La matière de la complicité trouve son siège dans les articles 66 et suivants du Code pénal et c'est la combinaison de ces articles avec la disposition légale de l'infraction principale qui permet de justifier la condamnation du participant⁴.

§7. Cette théorie n'est cependant pas l'œuvre du législateur belge. En effet, la théorie de l'emprunt matériel de criminalité existait déjà dans le Code pénal français de 1810 qui, en son article 59, ordonnait que les participants à une infraction soient punis de la même peine que l'auteur principal. Au moment où le législateur belge décida de réviser le Code pénal français de 1810, la « Commission de Fernelmont » fut mise en place et la question de la participation et du sort des coauteurs et complices fut examinée en profondeur. Cette révision, œuvre du professeur J.-J. Haus, fut présentée à la Chambre des représentants en 1850.

§8. Une proposition se dégagait rapidement : elle consiste à différencier les circonstances aggravantes personnelles ou subjectives des circonstances aggravantes réelles appelées aussi circonstances aggravantes objectives⁵. Seules les circonstances aggravantes réelles, inhérentes à l'infraction, doivent peser sur tous les participants. La justification de cette imputation par J.-J. Haus est toutefois assez critiquable. En effet, s'exprimant au nom de la Commission précitée, le commissaire-rapporteur commença par affirmer que « nous reconnaissons qu'en théorie, pour que toute la criminalité de l'acte puisse s'étendre à tous les co-délinquants, chacun d'eux doit avoir connu, au moment de l'action, non seulement le crime mais encore les circonstances aggravantes qui l'ont accompagné »⁶. Si J.-J. Haus s'en était tenu à cette déclaration, les critiques n'auraient pas été si vives. En effet, ces propos introductifs sur la question de la complicité sont tout à fait acceptables juridiquement. Mais le problème se situe dans la suite de ses déclarations. Ce dernier poursuit en ces termes : « les circonstances aggravantes (...) qui tiennent au fait même, qui lui sont inhérentes (...), se communiquent à tous ceux qui ont pris à ce crime une part égale ou inégale, encore bien qu'ils aient ignoré ces circonstances »⁷.

§9. La théorie, traditionnellement justifiée par la nécessité de combattre le crime organisé⁸, fit, dès le départ, l'objet de critiques importantes à savoir que la théorie de l'emprunt matériel de criminalité viole le principe de la responsabilité personnelle. Et « la liberté politique des hommes suppose nécessairement que les peines soient strictement personnelles »⁹. Différents auteurs s'accordent à dire que l'emprunt de criminalité est une « solution de facilité »¹⁰ trouvée pour répondre à la problématique de la délinquance de groupe¹¹. La doctrine internationale a même sévèrement condamné ce principe lors du VIIème Congrès de l'Association internationale de droit pénal qui se tenait à Athènes en 1957. Il a été affirmé que « les participants ne peuvent être tenus pour responsables et ne peuvent faire l'objet d'une sanction qu'autant qu'ils ont connaissance que les éléments et les conséquences constituant ou aggravant l'infraction seraient réalisés par un des participants ou par la coopération des différents participants »¹². Bien que la question de la délinquance de groupe et de la participation à une infraction constituent des problèmes majeurs depuis de nombreuses années, il ne semble pas justifié pour la doctrine que le principe de responsabilité personnelle soit mis à mal pour garantir l'objectif sécuritaire. D'autres solutions peuvent être trouvées : l'examen individuel de la culpabilité de chacun ne constituant en effet pas un obstacle insurmontable¹³.

De l'article 475 du Code pénal et des circonstances aggravantes objectives

§10. L'article 475 du Code pénal dispose comme suit :

« Le meurtre commis pour faciliter le vol ou l'extorsion, soit pour en assurer l'impunité, sera puni de la réclusion à perpétuité »¹⁴.

§11. Différentes conditions doivent être réunies pour que l'article 475 du Code pénal trouve à s'appliquer. A. De Nauw et F. Kutty en évoquent sept¹⁵. Tout d'abord, les quatre éléments constitutifs du vol commis avec violences ou menaces¹⁶. Ensuite, le décès de la victime de ces violences ou menaces, un lien causal entre le vol commis avec violences ou menaces et le meurtre et, enfin, l'intention de donner la mort¹⁷. En résumé, pour qualifier une infraction de meurtre commis pour faciliter le vol, il est requis que l'on soit en présence d'un vol, d'un meurtre, d'un lien causal entre ces derniers et que le lien causal soit voulu par l'auteur¹⁸.

§12. Plus compliquée est la question de l'articulation des différents éléments de cette infraction. Comment articuler le vol par rapport au meurtre ou plutôt le meurtre par rapport au vol ? À ce stade, nous pouvons distinguer trois thèses en présence¹⁹. Un premier courant, minoritaire, soutient que le vol est la circonstance aggravante du meurtre. Ces auteurs, représentés par J.-S.-G. Nypels et J. Servais, retiennent la conception du Code pénal de 1810 et de ses travaux préparatoires. Pour déterminer ce qui du vol ou du meurtre constitue une circonstance aggravante, ils considèrent que « c'est le délit qui devient une circonstance aggravante du meurtre »²⁰. Une seconde thèse consiste à dire que l'article 475 du Code pénal ne fait que refléter une situation de concours, le vol et le meurtre étant deux faits principaux. Enfin, la conception majoritaire estime que le meurtre est la circonstance aggravante du vol, fait principal²¹. Le meurtre n'est donc pas analysé comme une infraction à part mais bien comme une circonstance qui aggrave le vol. Aussi étonnant que cela puisse paraître pour certains, c'est cette dernière thèse qui a été retenue par la jurisprudence. En 1909 déjà, dans un arrêt du 11 mai, la Cour de Cassation affirmait :

« Le meurtre commis pour faciliter le vol ou pour en assurer l'impunité est une circonstance aggravante réelle du vol, fait principal, qui pèse en tant que telle sur tous ceux qui ont participé au vol »²².

§13. Cet arrêt a été par la suite confirmé à de très nombreuses reprises²³. Il est désormais établi que le meurtre doit être considéré comme une circonstance aggravante du vol. Reste à déterminer la nature de cette circonstance aggravante.

En effet, il en existe différents types.

§14. Tout d'abord, les circonstances aggravantes personnelles (ou subjectives) et les circonstances aggravantes réelles (ou objectives) : les circonstances aggravantes personnelles sont propres à l'agent tandis que les circonstances aggravantes réelles sont inhérentes à l'infraction²⁴. Cette distinction n'étant pas contestée, il a été logiquement retenu que la circonstance aggravante de meurtre dans le cas de l'article 475 soit considérée comme une circonstance objective. En effet, loin de tenir à la personnalité de l'auteur, cette circonstance aggravante de meurtre est inhérente à l'infraction.

§15. Outre cette distinction entre circonstances aggravantes objectives et subjectives, il importe de distinguer, parmi les circonstances aggravantes réelles, les circonstances de nature infractionnelle et celles de nature intentionnelle. Les circonstances aggravantes réelles de nature intentionnelle, dont il faut reconnaître qu'elles sont assez rares en pratique, sont celles que le législateur entend punir comme des infractions à part entière²⁵. Elles nécessitent qu'elles aient été commises intentionnellement, une volonté de résultat ou, à tout le moins, une intention particulière étant requise dans le chef de leur auteur²⁶. Les circonstances aggravantes réelles de nature infractionnelle sont celles qui accompagnent ou permettent la commission de l'infraction²⁷. Le législateur ne prend pas comme critère le caractère intentionnel mais préfère le caractère prévisible et non justifiable de la circonstance aggravante²⁸. Au vu de ce qui précède, la circonstance aggravante de meurtre de l'article 475 du Code pénal doit être classée au rang des circonstances aggravantes réelles de nature infractionnelle.

§16. La classification de cette circonstance aggravante en une circonstance aggravante réelle de nature infractionnelle emporte d'importantes conséquences sur les participants à l'infraction principale notamment. En effet, circonstance aggravante réelle et emprunt matériel de criminalité sont indissociablement liés. La prochaine section tend à analyser la façon dont la jurisprudence envisage l'imputation de ces circonstances aggravantes en lien avec la théorie de l'emprunt matériel de criminalité.

De l'application jurisprudentielle aux participants (avant 2005)

§17. La question de l'imputation des circonstances aggravantes réelles se pose bien évidemment à l'égard de l'auteur principal de meurtre commis pour faciliter le vol. Elle est cependant nettement plus complexe lorsqu'il s'agit d'envisager l'imputation de ces mêmes circonstances aux participants à l'infraction visée à l'article 475 du Code pénal.

§18. De manière récurrente, la Cour de Cassation a affirmé que les circonstances aggravantes réelles d'une infraction étaient imputables aux participants si ces derniers avaient connaissance de la nature et du but de l'infraction principale²⁹. Peu importe donc que les participants aient eu connaissance, aient voulu ou aient participé à la commission des circonstances aggravantes³⁰. La Cour de Cassation est extrêmement sévère : les participants à l'infraction principale de vol sont responsables des circonstances aggravantes, et ce même s'ils n'avaient pas connaissance de la circonstance aggravante de meurtre :

« Le meurtre pour faciliter le vol ou en assurer l'impunité est une circonstance aggravante réelle du vol, fait principal, qui pèse en tant que telle sur tous ceux qui ont participé au vol, même si leur participation directe et personnelle au meurtre n'est pas établie et s'ils n'ont pas voulu celui-ci »³¹.

§19. La Cour, inspirée par la théorie de l'emprunt matériel de criminalité, justifie sa position en soulignant la nature même des circonstances aggravantes dont il est question :

« Le meurtre commis pour faciliter le vol ou en assurer l'impunité est une circonstance aggravante du vol, une circonstance aggravante réelle qui pèse en tant que telle sur tous ceux qui ont participé au vol »³².

§20. Cette prise de position de la Cour de Cassation a toujours fait l'objet de critiques. En effet, imputer les circonstances aggravantes réelles à tous les participants à l'infraction principale, sans aucune distinction, fait droit à la théorie de l'emprunt matériel de criminalité qui ne se trouve nullement consacrée dans la *lex scripta*³³. Cette imputation est, sur le plan des principes, contraire à la responsabilité personnelle du prévenu et à l'individualisation de la peine³⁴.

§21. Avant 2005, date de la condamnation de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'Homme pour sa pratique jurisprudentielle, les circonstances aggravantes réelles étaient donc imputées à tous les participants, sans aucune distinction. Il est important de souligner qu'une telle situation n'était pas sans lourdes conséquences sur le plan pratique. Alors que le vol simple, infraction visée

à l'article 461 du Code pénal, prévoit une peine *in abstracto* d'un mois à cinq ans d'emprisonnement et une amende de vingt-six à cinq cents euros³⁵, le meurtre commis pour faciliter le vol, visé à l'article 475 dudit Code, prévoit une peine *in abstracto* de réclusion à perpétuité. L'imputation de la circonstance aggravante de meurtre fait passer le vol d'un délit à un crime, d'un emprisonnement maximal de cinq ans à la réclusion à perpétuité³⁶. La façon dont les Cours et Tribunaux imputent les circonstances aggravantes n'est donc pas sans incidence sur la situation des prévenus.

§22. Dans les affaires relevant de la compétence de la Cour d'assises, la théorie de l'emprunt matériel de criminalité influençait beaucoup la façon de mener le procès. En effet, les Présidents desdites Cours posaient, dans la plupart des cas, des questions individualisées quant à la culpabilité de chaque protagoniste sur le fait principal. Cependant, ils recouraient à la théorie de l'emprunt matériel de criminalité pour poser des questions généralisées à l'ensemble des prévenus quant aux circonstances aggravantes³⁷. Pourtant, la Cour de Cassation admettait qu'un Président de Cour d'assises puisse poser des questions individualisées sur les circonstances aggravantes objectives³⁸ :

« Bien que, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, le président de la Cour d'assises puisse poser une question relative à une circonstance aggravante objective séparément pour chacun des accusés, lorsqu'un crime est mis à charge de plusieurs accusés aucune disposition légale ni aucun principe général de droit ne lui interdit de ne pas le faire ; il ne s'aurait s'en déduire aucune violation des droits de défense de l'accusé en ce qui concerne son implication dans les circonstances aggravantes objectives ou sa culpabilité personnelle à ce sujet »³⁹.

§23. Cette possibilité donnée aux Présidents n'était pas contraire aux articles 337 et 338 du Code d'instruction criminelle. Cependant, la pratique a révélé que rares étaient les Présidents qui individualisaient les questions sur les circonstances aggravantes objectives⁴⁰. Tous les participants à l'infraction se voyaient donc imputer la circonstance aggravante réelle dont question.

De évolution suite aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

§24. Au regard de la façon dont les Cours et Tribunaux appliquaient les principes que nous venons d'exposer aux participants de l'infraction, une condamnation au niveau européen semblait inéluctable. Et c'est effectivement ce qui s'est passé le 2 juin 2005. C'est à cette date que l'arrêt *Umit Goktepe* fut prononcé par la Cour européenne des droits de l'Homme à l'encontre de la Belgique. L'arrêt *Goktepe* n'est pas un cas isolé. Il fut suivi par d'autres arrêts rendus par la Cour de Strasbourg. Les prochains développements tendent à extraire les principaux éléments des arrêts majeurs rendus par la Cour précitée et en analyser les conséquences dans notre droit national.

Des arrêts Goktepe, Delespesse et Haxhishabani

§25. L'arrêt *Goktepe*, considéré par une grande partie de la doctrine comme annonçant la fin de l'emprunt de criminalité, mérite ainsi une analyse détaillée. Le requérant, Umit Goktepe, est né en 1975 et réside en Belgique. Il fut, avec deux autres comparses, poursuivi pour avoir commis, dans la nuit du 7 au 8 décembre 1996, un vol dans une habitation, portant des coups à l'occupant des lieux. Ce dernier mourut de ses blessures. Déféré devant la Cour d'assises de Flandre orientale, le requérant fut condamné à une peine de trente ans de réclusion pour participation à un vol avec violences ayant entraîné la mort de la victime. Le requérant affirme avoir demandé à la Cour d'individualiser les questions sur les circonstances aggravantes objectives car il affirmait ne pas avoir porté de coups à la victime. Sa demande fut refusée par la Cour qui se fonda sur la théorie de l'emprunt matériel de criminalité⁴¹. Suite à cet arrêt, Goktepe introduisit un pourvoi en Cassation mais fut débouté le 16 février 1999⁴². Il déposa ensuite une requête devant la Cour européenne des droits de l'Homme, estimant que l'article 6 de la Convention avait été violé à son égard. En effet, selon le requérant, l'absence de questions individualisées n'a pas permis aux jurés de déterminer, pour chacun des accusés, s'il devait être tenu pour responsable des coups et blessures portés à la victime⁴³. Dans son arrêt, la Cour affirme très clairement que la Belgique a fait application de la théorie de l'emprunt matériel de criminalité :

« En l'espèce, trois questions visant les accusés dans leur ensemble ont été posées au jury quant à l'existence de circonstances aggravantes objectives. Celles-ci n'ont pas été individualisées, malgré la demande qui avait été formulée à cet égard par le requérant, en application de la théorie de « l'emprunt matériel de criminalité » consistant à imputer automatiquement à tous les participants à une infraction principale les circonstances aggravantes ayant accompagné cette infraction, fût-il même établi que certains d'entre eux ne les auraient pas connues, n'auraient pas pu les prévoir ou s'y seraient personnellement opposés »⁴⁴.

§26. La Cour poursuit en affirmant que l'absence de questions individualisées sur les circonstances aggravantes objectives n'a pas permis aux jurés d'apprécier ces circonstances dans le chef de chaque accusé, pris séparément⁴⁵. Elle explique que ce refus d'individualisation n'est pas sans conséquence pour le requérant qui voyait dès lors sa peine aggravée.

« La question de l'implication personnelle du requérant, qui a toujours nié avoir porté les coups ayant conduit au décès de la victime, était donc déterminante pour l'exercice de ses droits de la défense »⁴⁶.

§27. Et la Cour de poursuivre en ces termes :

« Le fait qu'une juridiction n'ait pas égard à des arguments portant sur un point essentiel et entraînant des conséquences aussi sévères doit passer pour incompatible avec le respect du contradictoire qui est au cœur de la notion de procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention (...) »⁴⁷.

§28. L'article 6 de la Convention a donc été violé. Alors qu'avant cet arrêt, la jurisprudence semblait relativement constante et appliquait la théorie de l'emprunt matériel de criminalité, la Cour européenne des droits de l'Homme a entendu, en 2005, mettre fin à cette pratique. Cette décision a été très positivement accueillie par la doctrine qui ne pouvait qu'applaudir cette condamnation qui faisait enfin droit aux principes de responsabilité pénale personnelle et d'individualisation des peines. Et d'aucuns d'affirmer : « La sanction de la Cour tombe tel un couperet, ce qui ne nous paraît que légitime »⁴⁸.

§29. Certains auteurs voyaient déjà dans cet arrêt la fin de la théorie de l'emprunt matériel de criminalité. Ils mettaient en avant les situations de « désarroi judiciaire » que l'application stricte de la théorie de l'emprunt matériel de criminalité avait pu créer⁴⁹. La portée de l'arrêt *Goktepe* ne faisait cependant pas l'unanimité, l'arrêt manquant quelque peu de clarté. La doctrine ne fut donc pas déçue lorsque, quelques années plus tard, la Cour européenne, confrontée à des affaires plus ou moins similaires, réaffirma et affina, dans les arrêts *Delespesse*⁵⁰ et *Haxhishabani*⁵¹, les principes posés dans l'arrêt de 2005.

§30. En 2008, dans l'arrêt *Delespesse*, la Cour confirme le discours tenu trois ans plus tôt dans l'affaire *Goktepe*. On ne peut cependant pas considérer qu'elle met un point final à la théorie de l'emprunt matériel de criminalité, et ce pour une raison évidente : la Cour n'a jamais dit *expressis verbis* que la théorie violait la Convention. Ce qui viole l'article 6 de la Convention, c'est le fait de ne pas avoir pu « exercer ses droits de défense de manière concrète et effective (...) sur un point déterminant »⁵². Aussi, la Cour s'inscrit à chaque fois dans un contexte de procès devant les assises où les questions ne sont pas individualisées. La doctrine s'est alors posé la question de savoir si la conclusion de la Cour s'appliquait « à l'imputabilité des circonstances aggravantes réelles pour toute infraction »⁵³ ou si elle « avait pour seule conséquence que les questions portant sur les éventuelles circonstances aggravantes d'un crime jugé par une Cour d'assises doivent être individualisées ? »⁵⁴. La majorité des auteurs ont vu dans ces arrêts une portée générale et non restreinte aux seuls cas jugés devant les assises⁵⁵.

§31. L'arrêt *Delespesse* confirme cette position. En effet, en 2008, la Cour ne base plus son raisonnement juridique sur la spécificité de la procédure en Cour d'assises mais tient un discours plus général mettant l'accent sur la nécessité de tenir compte de la défense d'un accusé quant à sa responsabilité, les circonstances aggravantes réelles étant déterminantes en l'espèce⁵⁶ :

« La Cour en conclut que le requérant n'a pas eu la possibilité d'exercer ses droits de défense d'une manière concrète et effective ou, à tout le moins, en temps utile sur un point déterminant. Partant, il n'a pas bénéficié d'un procès équitable, au mépris de l'article 6 § 1 de la Convention »⁵⁷.

§32. Dans un troisième arrêt, condamnant cette fois le Luxembourg, la Cour strasbourgeoise eût à nouveau à se prononcer sur le caractère automatique de la communicabilité des circonstances aggravantes réelles aux participants. Les faits de la cause sont assez semblables à ceux des arrêts présentés ci-avant. Il s'agissait d'un vol avec violences et menaces accompagné d'un meurtre commis pour assurer l'impunité du vol. La Chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg rejeta, en première instance, le moyen tiré de l'arrêt *Goktepe*. Elle estimait que les enseignements de l'arrêt *Goktepe* trouvaient à s'appliquer en Cour d'assises mais pas devant une Chambre dont les magistrats sont obligés de répondre à tous les arguments présentés et débattus en audience publique⁵⁸. Cette décision fut confirmée en appel, la juridiction considérant que les circonstances aggravantes avaient été discutées en première instance et que les prévenus savaient, en commettant le vol, que la maison était habitée et qu'ils devraient probablement utiliser la violence pour maîtriser les occupants des lieux⁵⁹. La Cour européenne, saisie de la question de la théorie de l'emprunt matériel de criminalité non plus devant les assises mais devant un tribunal siégeant en première instance, eût la lourde tâche de se prononcer sur le problème. Elle précisa toutefois qu'il ne lui appartenait pas de juger la théorie de l'emprunt matériel de criminalité *in abstracto* :

« La Cour précise d'emblée qu'elle n'est pas appelée à examiner *in abstracto* la compatibilité avec la Convention de la jurisprudence luxembourgeoise relative à l'article 475 du code pénal. Il n'entre pas davantage dans ses attributions de substituer sa propre appréciation des faits et des preuves à celle des juridictions internes, cette tâche relevant, au premier chef, du droit interne et des juridictions nationales »⁶⁰.

§33. Et la Cour de poursuivre :

« Il résulte des décisions internes que les juges de première instance et d'appel ont analysé avec soin l'élément intentionnel au niveau de la circonstance aggravante du meurtre dans le chef du requérant. Certes, les juges du fond ont souligné qu'il n'existait aucune preuve que le requérant ait participé matériellement au meurtre de la victime et ont qualifié la circonstance aggravante du meurtre d'objective. Il n'en demeure pas moins que leur analyse n'a pas abouti à imputer automatiquement cette circonstance aggravante au requérant. En effet, force est de rappeler que les juges du fond ont examiné, avec la plus grande attention et sur la base des éléments contradictoirement débattus devant eux, le comportement du requérant et le rôle joué par lui. Ils ont ainsi subjectivisé la circonstance aggravante du

meurtre, venant à la conclusion que le requérant était coauteur des faits ayant entraîné la mort de la victime »⁶¹.

§34. La Cour conclut à la non-violation de l'article 6 tant en son premier que son second paragraphe. L'arrêt *Haxhishabani* « met les pendules à l'heure »⁶². Il n'est dès lors plus possible, en ce que cela violerait l'article 6 de la Convention, d'imputer automatiquement les circonstances aggravantes réelles aux participants à une infraction. Dans l'arrêt *Haxhishabani*, la Cour conclut à la non-violation de l'article 6 au motif que la responsabilité pénale pour le meurtre n'a pas été retenue de façon automatique par le truchement de la participation à l'infraction principale⁶³. On peut dès lors dire que la Cour exige d'individualiser l'appréciation des circonstances aggravantes réelles. Plus encore, elle impose de subjectiver ces dernières⁶⁴.

§35. On le voit, la Cour européenne s'est prononcée, à plusieurs reprises, et avec de plus en plus de précisions au fil des ans, sur l'imputation des circonstances aggravantes réelles aux participants. Restait alors à analyser la façon dont cette jurisprudence fut accueillie dans l'ordre juridique belge. Nous pouvons déjà nous avancer sur un point : là où une intervention législative semblait plus que nécessaire, voire même cruciale, force est de constater que notre législation ne comporte, à l'heure actuelle, toujours aucune disposition réglant de façon précise l'imputation de ces circonstances aggravantes réelles⁶⁵.

Des conséquences en droit belge

§36. Suite aux arrêts de la Cour de Strasbourg, notre ordre juridique a-t-il subi des modifications ? C'est à cette question que cette section tente de répondre en subdivisant le problème en deux parties. Premièrement, suite à la jurisprudence européenne, les Cours et Tribunaux ont-ils modifié leur façon de juger des affaires dans lesquelles une infraction principale s'accompagnait de circonstances aggravantes objectives ? Deuxièmement, cette jurisprudence impose-t-elle, outre un examen individualisé des circonstances aggravantes réelles, que l'agent ait participé volontairement à cette circonstance ou, à tout le moins, l'ait prévue ? Cette seconde partie entend analyser la façon dont lesdites circonstances doivent être imputées aujourd'hui. La première partie s'intéresse donc à la façon de mener une audience lorsque l'affaire comporte des circonstances aggravantes réelles ; la seconde envisage la façon de les imputer aux participants.

Modifications des procédures devant les Cours et Tribunaux

§37. La jurisprudence européenne semble avoir résonné en Belgique. Juste après l'arrêt *Goktepe*, N. Colette-Basecqz écrivait : « Cet arrêt rendu par la Cour européenne aura des implications concrètes au niveau de la formulation des questions au jury d'assises. Il semble que désormais il y aura lieu, pour chaque circonstance aggravante objective, de poser au jury la question de savoir si l'accusé a voulu, ou du moins accepté, la circonstance »⁶⁶. On peut raisonnablement affirmer aujourd'hui que l'auteure a été suivie dans son propos, d'abord par la jurisprudence et ensuite par une intervention du législateur dans notre Code d'instruction criminelle.

§38. La Cour de Cassation ne tira enseignement de la jurisprudence européenne qu'après quelques errements. En effet, en 2006, la Cour suprême affirme encore que :

« Le juge pénal décide sur la base des circonstances de fait de tous ceux qui, dans le même dessein, conjointement et simultanément, c'est-à-dire dans une même unité de temps et d'exécution, ont, comme auteurs ou coauteurs, au sens de l'article 66 du Code pénal, porté des coups ou fait des blessures à une personne, doivent être considérés comme pénalement responsables de l'ensemble desdits actes et, partant, de toutes leurs conséquences pour la victime »⁶⁷.

§39. Deux ans plus tard, la Cour de Cassation décide enfin de condamner la théorie de l'emprunt matériel de criminalité⁶⁸, par un arrêt du 17 juin 2008, qui concernait à nouveau le sieur *Goktepe*, et dans lequel la Cour de Cassation affirme :

« Le droit à un procès équitable garanti par les articles 6 Conv. eur. D.H. et

14 PIDCP requiert que l'appréciation des circonstances aggravantes précisées aux articles 468, 474 et 475 C. pén. ait lieu distinctement dans le chef de chaque coauteur ou complice. Il en résulte que lorsque quelqu'un est accusé d'un vol avec l'une des circonstances aggravantes des articles 468, 474 et 475 C. pén., la cour d'assises doit poser à ce sujet une question individualisée au jury »⁶⁹.

§40. En plus d'opérer un véritable revirement jurisprudentiel, la Cour ne limite pas, contrairement à d'autres arrêts⁷⁰, cette affirmation à la seule procédure devant les assises.

§41. Pour tenter de se conformer à l'arrêt *Goktepe*, le législateur a, par une loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la Cour d'assises, introduit un nouvel article 329 dans le Code d'instruction criminelle⁷¹. Cet article impose de délibérer d'abord sur le fait principal et ensuite sur les circonstances⁷². L'article 329*quater* du même Code, introduit par la même loi du 21 décembre 2009, dispose quant à lui :

« Le président de la cour d'assises remettra aux jurés les questions auxquelles ces derniers doivent répondre séparément et l'un après l'autre, d'abord sur le fait principal et ensuite sur chacune des circonstances aggravantes.

Les jurés répondront séparément et l'un après l'autre à chaque question ainsi posée et au besoin à chaque question posée dans les cas prévus par l'article 325 »⁷³.

§42. Sur le plan procédural, ces articles peuvent être considérés comme un apport majeur dans notre ordre juridique tiré de la jurisprudence rendue par la Cour européenne des droits de l'Homme. Cette individualisation des questions sur les circonstances aggravantes réelles n'était pas interdite avant l'introduction de ces articles mais elle était facultative. C'est donc positivement que nous percevons l'introduction de ces articles dans notre Code d'instruction criminelle, faisant de cette individualisation une obligation.

§43. En ce qui concerne les chambres correctionnelles des tribunaux de première instance, force est de constater qu'aucune intervention législative n'a eu lieu. Mais cette absence d'intervention n'était pas réellement nécessaire. En effet, devant le tribunal correctionnel, rien n'empêche un magistrat d'individualiser l'examen des questions ayant trait aux circonstances aggravantes réelles se rattachant à une infraction⁷⁴.

Imputation individualisée des circonstances aggravantes réelles

§44. Il est dès lors acquis que l'appréciation des circonstances aggravantes réelles doit être individualisée dans le chef de chaque participant à l'infraction principale.

Nos Cours et Tribunaux ont donc – partiellement – abandonné l’automaticité si souvent critiquée de l’imputation de ces circonstances, et ce pour faire droit aux principes de responsabilité personnelle, d’individualisation des peines et du procès équitable⁷⁵. Mais comment les imputer ? Il est capital, pour imputer une telle circonstance à un prévenu, de vérifier l’existence d’un élément moral dans le chef de chaque participant. Cette affirmation, qui semble évidente, découle du fait qu’il n’existe pas, dans notre système pénal, de responsabilité objective, la responsabilité étant basée sur la notion de faute⁷⁶. Sur le contenu de cette faute, une distinction doit être faite entre les circonstances aggravantes objectives infractionnelles et les circonstances aggravantes objectives intentionnelles.

§45. En ce qui concerne les circonstances aggravantes réelles de nature intentionnelle, la faute consiste en la volonté de contribuer, en connaissance de cause, à l’infraction intentionnelle⁷⁷.

§46. Pour les circonstances aggravantes réelles de nature infractionnelle, l’élément moral de la circonstance aggravante réelle semble recouvrir deux choses. Tout d’abord, l’élément moral comprend une exigence de prévisibilité, de survenance de la circonstance aggravante. C’est ce que la Cour européenne semble affirmer dans sa jurisprudence lorsqu’elle condamne indirectement la théorie de l’emprunt matériel de criminalité⁷⁸. Cette exigence de prévisibilité ne doit pas être confondue avec l’intention⁷⁹. En effet, aucune volonté de résultat n’est exigée dans le chef du prévenu, ce dernier ne devant pas avoir voulu que la circonstance aggravante se réalise mais uniquement avoir pu prévoir que cette dernière allait peut-être se réaliser⁸⁰. Cette exigence de prévisibilité a été appliquée par la Cour de cassation sur le second pourvoi du Sieur *Goktepe*. La Cour affirme que :

« L’arrêt attaqué justifie légalement sa décision que le demandeur ayant eu connaissance préalablement du fait que le vol nécessitait des violences graves, connaissant les éventuelles conséquences ou devant les connaître et y consentant, est également individuellement coupable des circonstances aggravantes du fait principal de vol »⁸¹.

§47. Autre affaire traitant de la prévisibilité d’une circonstance aggravante objective, un arrêt inédit du 20 décembre 2013 de la Cour d’appel de Mons⁸² qui ne traite pas du meurtre commis pour faciliter le vol mais de coups et blessures volontaires avec la circonstance aggravante (objective) que les coups ont entraîné une incapacité permanente pour la victime. Deux individus avaient effectivement violemment frappé un homme au sol et l’un des deux avait porté un coup de couteau dans la moelle épinière de la victime. Aucun élément du dossier ne permettait de déterminer lequel des deux prévenus avait porté le coup ayant entraîné pour la victime une incapacité permanente⁸³. Pour imputer cette circonstance à chacun des deux prévenus, la Cour ne fit pas une application stricte de la théorie de l’emprunt matériel de criminalité. Celle-ci aurait consisté à

imputer purement et simplement la circonstance de façon automatique à chaque prévenu. La Cour individualise donc les questions et réfléchit à l'élément moral de la circonstance aggravante, soit le caractère prévisible et l'absence de justification du comportement des prévenus. Sur la prévisibilité, elle considère que :

« Chacun des prévenus pouvait prévoir l'éventualité de la survenance des séquelles déterminées à l'article 400 du Code pénal, constitutives de circonstances aggravantes, eu égard au fait qu'ils étaient tous deux conscients de la dangerosité de l'autre. Le prévenu D. n'était pas sans ignorer que le prévenu B. venait de sortir de prison tandis que ce dernier, même s'il tente actuellement sans les dénier de donner une autre portée à ses propos, a déclaré qu'il savait concernant le prévenu D. que "dès qu'il y a quelque chose qui ne va pas, il sort un couteau ou une barre de fer ou tout autre objet du même style" »⁸⁴.

§48. L'élément moral de la circonstance aggravante objective de nature infractionnelle comprend un second élément : l'absence de justification, et donc l'existence d'une faute infractionnelle. À nouveau et comme déjà exposé ci-avant, l'existence d'une circonstance aggravante ne requiert pas d'intention. Aucune volonté de résultat n'est requise. Il est donc nécessaire, non seulement que la circonstance soit prévisible, mais qu'elle soit aussi la conséquence du comportement du prévenu, ce comportement ne pouvant faire l'objet de justification⁸⁵.

§49. Récemment, la Cour européenne s'est prononcée sur l'imputation de la circonstance aggravante objective de meurtre imputée à un complice qui n'avait pas effectivement commis le meurtre en question⁸⁶. Les faits étaient sensiblement proches des affaires déjà analysées : trois individus décidèrent de commettre un vol dans une maison familiale, dérochant un trousseau de clé ainsi qu'une voiture. Après avoir tiré sur un habitant des lieux - qui souffre depuis d'une incapacité permanente de travail - un des trois individus tira sur la voiture de police qui arrivait sur les lieux, tuant un policier et en blessant grièvement un autre⁸⁷. La Cour d'assises, se fondant sur la notion de participation par omission et de prévisibilité de la circonstance aggravante, jugea que le requérant, bien que n'ayant pas personnellement tiré les coups, devait se voir imputer la circonstance aggravante de meurtre :

« La circonstance aggravante de meurtre pour faciliter le vol doit également être imputée respectivement à N.C et au requérant dans la mesure où, étant sur les lieux avec une voiture volée, gantés, cagoulés et lourdement armés, ils avaient conscience que cette circonstance constituait un élément ou une suite prévisible de la commission de l'infraction et que malgré cette connaissance, ils ne se sont à aucun moment désolidarisés du tireur et ont persisté dans la volonté de s'associer au vol qu'ils avaient prévu de commettre. La nature des armes emportées en connaissance de cause par les trois accusés ne peut laisser aucun doute quant à la

connaissance du risque de causer la mort de quelqu'un et l'acceptation de cette possibilité ».

§50. Devant la Cour européenne des droits de l'Homme, le requérant se plaint que la Cour d'assises ne se soit basée que sur la connaissance du risque de causer la mort et l'acceptation de celui-ci sans justifier de l'intention de tuer⁸⁸. La Cour européenne commence par affirmer qu'elle n'est pas compétente pour juger du contenu du droit pénal belge qui admet l'existence de la circonstance aggravante de meurtre du fait de la participation par abstention⁸⁹. Elle considère ensuite que :

« (...) la cour d'assises a analysé avec suffisamment de soin l'élément intentionnel au niveau de la circonstance aggravante de meurtre dans le chef du requérant. Certes, il n'existait aucune preuve que le requérant ait participé matériellement au meurtre de la victime. Il n'en demeure pas moins que la cour d'assises a examiné, sur la base des éléments contradictoirement débattus devant elle, le comportement du requérant et le rôle joué par lui (...). La cour d'assises a dès lors valablement pu retenir que le requérant avait envisagé et accepté que des tiers perdent leur vie et s'était de ce fait rendu coupable de la circonstance aggravante réelle du meurtre »⁹⁰.

§51. La Cour conclut à la non-violation de l'article 6 de la Convention (tant en son §1 qu'en son §2)⁹¹.

§52. Cette exigence de prévisibilité semble être appréciée par les Cours et Tribunaux de façon relativement souple. Bien que l'imputation automatique des circonstances aggravantes objectives à tous les participants semble avoir été écartée tant au niveau européen que national, la question de savoir si cette exigence de prévisibilité ne permet pas à la théorie de l'emprunt matériel de criminalité de renaître de ses cendres reste ouverte⁹². Dès lors que la prévisibilité est appréciée de façon extrêmement large, cela ne reviendrait-il pas à imputer de façon quasi-automatique, sous le couvert d'une individualisation d'appréciation, les circonstances aggravantes objectives attenantes à l'infraction principale ?

Vers la fin de la théorie de l'emprunt matériel de criminalité

§53. Alors que la théorie de l'emprunt matériel de criminalité était critiquée depuis longtemps par la doctrine, ce n'est que sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'Homme que la jurisprudence belge a changé de position⁹³. Cependant, malgré un net revirement de jurisprudence et l'abandon de l'automatisme de l'imputation des circonstances aggravantes réelles à l'ensemble des participants, le législateur n'a toujours pas pris la plume pour clarifier la matière. Le présent chapitre entend analyser la situation actuelle et poser certaines critiques, en comparant aussi notre système aux systèmes français et suisse. Enfin, nous entendons réfléchir aux perspectives d'avenir, en analysant notamment la proposition de réforme de notre Code pénal.

Critiques de la théorie de l'emprunt matériel de criminalité

§54. La théorie de l'emprunt matériel de criminalité fait l'objet de vives critiques, et ce depuis de nombreuses années. Ces critiques ont, pour une partie, été présentées précédemment. Nous en dénombrons trois principales.

§55. Tout d'abord, la théorie appliquée au meurtre commis pour faciliter le vol ne semble pas réellement correspondre à l'esprit du législateur. En effet, une analyse des travaux préparatoires de l'article 475 du Code pénal fait ressortir que « la pénalité renforcée de l'article 475 du Code pénal est subordonnée à l'établissement d'une intention de participer au meurtre, contrairement à la thèse défendue par l'avocat général E. Janssens en 1909 dans ses conclusions précédant l'arrêt *Walmacq* »⁹⁴.

§56. Deuxièmement, la théorie est en contradiction évidente avec les principes de responsabilité pénale personnelle et d'individualisation des peines⁹⁵. Ces principes sont au cœur de notre système pénal. Comme déjà mentionné ci-avant, il n'existe pas, en droit belge, de responsabilité objective, sans faute, la responsabilité devant nécessairement être personnelle⁹⁶. De plus, la peine doit être individualisée, ceci formant l'une des caractéristiques de la peine en plus du fait qu'elle doit notamment être égale, légale, et personnelle⁹⁷.

La théorie impute de façon automatique les circonstances aggravantes objectives aux participants à une infraction telle que celle visée à l'article 475 du Code pénal. Elle ne permet donc nullement une appréciation *in concreto* de la participation de chacun d'entre eux, mettant ainsi à mal le principe de culpabilité personnelle et celui de l'individualisation des peines, tous les participants étant condamnés pour la même infraction « aggravée ».

§57. Enfin, avant que le Code d'instruction criminelle ne subisse des modifications quant à la façon de poser les questions au jury d'assises, l'application de la théorie de l'emprunt matériel de criminalité violait l'intérêt social⁹⁸. En effet, le jury devant répondre par « oui » ou par « non » à la question concernant l'ensemble des prévenus, il arrivait qu'il réponde par la négative à la question de savoir si le meurtre devait être imputé à l'ensemble des participants, et ce pour éviter que l'un d'entre eux - qui n'avait pas fait le choix de le commettre - ne subisse une condamnation non justifiée⁹⁹.

§58. Notons que la critique n'est pas purement nationale mais aussi étrangère¹⁰⁰. La doctrine était unanime lorsqu'elle plaidait pour l'abandon de l'imputation automatique des circonstances aggravantes réelles aux participants d'une infraction principale.

§59. Des solutions furent bien évidemment avancées. F. Kutu appelait de ses vœux, en 2008, la reconnaissance, par la Cour de Cassation, « d'un principe général du droit de la personnalité de la responsabilité pénale applicable tant à l'infraction qu'aux circonstances aggravantes »¹⁰¹. Ce principe ne semble pas avoir été reconnu à l'heure actuelle par notre Cour suprême. Certains avaient pourtant même imaginé l'inscrire dans notre Code pénal¹⁰² lorsqu'en 2005, une proposition de loi fut déposée au Sénat pour modifier l'article 475 du Code pénal¹⁰³. L'article 2 de cette proposition disposait comme suit :

« L'article 475 du Code pénal est complété par l'alinéa suivant : le meurtre commis pour faciliter le vol ou l'extorsion, soit pour en assurer l'impunité, ne sera imputé au participant que s'il y a matériellement coopéré ou s'il connaissait ou aurait dû connaître l'éventualité de ce meurtre »¹⁰⁴.

§60. Cette proposition, qui se voulait progressiste, n'a pas réjoui la doctrine et a reçu un accueil mitigé. En effet, les auteurs soutenaient qu'il n'était pas opportun de limiter cette proposition de loi à la seule infraction contenue à l'article 475 du Code pénal, la proposition établissant alors une distinction entre la circonstance aggravante réelle de meurtre et les autres¹⁰⁵. Autre critique mise en avant : la caducité de la proposition. Dès lors que la Cour européenne venait d'affirmer que le jury d'assises ne pouvait refuser de poser des questions individualisées quant à la culpabilité de chaque participant sur les circonstances aggravantes objectives, la proposition de loi qui visait à permettre au Président de poser ce type de question était caduque¹⁰⁶.

§61. La théorie de l'emprunt matériel de criminalité fit l'objet de nombreuses critiques et d'assez peu de propositions ou, à tout le moins, d'aucune proposition suffisamment satisfaisante qui puisse aboutir. De plus, la théorie de l'emprunt matériel de criminalité n'a jamais été condamnée comme telle mais c'est la non-individualisation de l'examen de la culpabilité quant aux circonstances aggravantes qui a été épinglée. Une réelle intervention était donc nécessaire, le texte de loi n'ayant toujours pas été modifié. En effet, ce ne sont que les Cours et Tribunaux qui modifièrent leur jurisprudence quant à l'imputation des circonstances aggravantes objectives mais hélas sans la moindre impulsion législative... Quelles sont donc les perspectives d'avenir de cette théorie ?

Perspectives d'avenir

§62. Quel avenir pour l'article 475 du Code pénal et la théorie de l'emprunt matériel de criminalité ? Dans un premier temps, nous analyserons les conséquences de la loi Pot-Pourri II (et son annulation partielle par la Cour constitutionnelle) sur la façon de mener un procès pour les individus poursuivis pour un meurtre commis pour faciliter le vol. Nous comparerons brièvement notre système de circonstances aggravantes aux systèmes suisse et français (§1) pour finalement entrer dans le vif du sujet : le projet de réforme du Code pénal (§2).

Pot-Pourri II et l'article 475 du Code pénal

§63. Il convient d'analyser la façon de juger l'infraction visée à l'article 475 du Code pénal. Initialement, cet article se trouvait indirectement à l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867¹⁰⁷ sur les circonstances atténuantes. Cet article permet, par l'admission de circonstances atténuantes, de correctionnaliser un crime, changeant alors la nature de l'infraction : le crime devenant un délit et devant être jugé non plus par la Cour d'assises mais par le tribunal correctionnel. Cette correctionnalisation n'était possible que lorsque la peine prévue par la loi n'excédait pas vingt ans de réclusion¹⁰⁸ ou lorsque l'infraction, bien que punie d'une peine *in abstracto* supérieure à vingt ans, se trouvait énumérée comme une exception dans ce même article¹⁰⁹.

§64. L'article 475 du Code pénal prévoyant une peine *in abstracto* de réclusion à perpétuité et ne se trouvant pas dans la liste d'exceptions de l'article 2 de la loi de 1867, aucune correctionnalisation n'était possible¹¹⁰. Toute personne suspectée d'avoir commis l'infraction visée à l'article 475 devait donc être jugée par une Cour d'assises et donc par un jury populaire.

§65. La loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice¹¹¹, appelée loi « Pot-Pourri II », changea la donne. En effet, l'article 121 de cette loi avait abrogé l'alinéa 3 de l'article 2 de la loi de 1867 sur les circonstances atténuantes permettant ainsi de correctionnaliser de façon tout à fait générale l'ensemble des crimes, à l'exception des crimes politiques¹¹². Les personnes suspectées d'avoir commis l'infraction visée à l'article 475 du Code pénal, dès lors que des circonstances atténuantes étaient admises, n'étaient plus jugées par la Cour d'assises mais bien par le tribunal correctionnel, et ce en vertu de l'article 2 nouvelle mouture de la loi du 4 octobre 1867.

§66. L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017 vient remettre de l'ordre et tente de réparer les errements introduits par la loi Pot-Pourri II. La correctionnalisation généralisée est annulée. Sans rentrer dans les détails des

dispositions transitoires, nous pouvons simplement mentionner qu'à l'avenir, l'infraction visée à l'article 475 ne pourra plus faire l'objet d'une quelconque correctionnalisation. Nous revenons ainsi à l'ancien régime, à savoir celui qui existait avant 2016.

§67. Quel est l'impact de ces changements ? Nous accueillons très favorablement cette annulation. Principalement parce que Pot-Pourri II ne permettait plus de distinguer les crimes méritant (ou non) de faire l'objet d'une correctionnalisation, menant alors à des décisions subjectives et variables¹¹³. Ensuite parce que le meurtre commis pour faciliter le vol est à nouveau nécessairement jugé devant les assises (car l'infraction ne peut plus être correctionnalisée), les articles 329 et 329*quater* du Code d'instruction criminelle trouvent donc à s'appliquer, et nous avons la certitude que des questions individualisées seront posées quant à la culpabilité de chaque prévenu sur les circonstances aggravantes objectives attenantes à l'infraction principale.

§68. Une réforme s'avérait de plus en plus nécessaire. Tous les pays d'Europe ne connaissent pas le même système que le nôtre. Bien que la présente contribution ne se veut pas de droit comparé, nous évoquerons brièvement ce qui se fait en France et en Suisse.

À titre exemplatif donc, la Suisse ne semble pas connaître pareille théorie d'emprunt matériel de criminalité. En effet, selon le droit suisse, « tous les coauteurs ne répondent pas des excès commis par l'un d'entre eux, car leur responsabilité est conditionnée par les limites établies lors de la prise de décision collective. Si l'un des coauteurs tue la victime à l'insu de ses complices, ceux-ci ne pourraient se voir imputer le meurtre »¹¹⁴. À la différence de ce qui se faisait en Belgique jusqu'il y a peu, la Suisse n'impute pas de façon automatique ce que l'on appelle chez nous la circonstance aggravante objective de meurtre, le complice n'étant en Suisse responsable que pour le fait auquel il a voulu collaborer mais pas pour les excès qui seraient commis par un de ses complices¹¹⁵.

§69. En France, la matière a subi des modifications importantes. L'article 59 du Code pénal français de 1810 consacrait la théorie de la criminalité d'emprunt (appelée aussi en France, théorie du délit unique) de façon quasi-absolue. Cette conception voulait qu'il n'existe pas de complicité sans infraction principale, l'acte de complicité étant dépourvu de criminalité propre¹¹⁶. Comme en Belgique, ce système faisait l'objet de nombreuses critiques. La France, en plus de connaître l'emprunt de criminalité connaissait aussi l'emprunt de pénalité, car elle prévoyait une même peine pour l'auteur et les participants. En 1994, date du nouveau Code pénal français, l'article 59 fut remplacé par l'article 121-6 qui dispose que :

« Sera puni comme auteur le complice de l'infraction au sens de l'art. 121-7 ».

§70. La différence grammaticale avec l'article de 1810 est tenue mais extrêmement importante. En effet, le complice n'est plus puni comme « l'auteur » mais comme « auteur ». Dès lors, les auteurs ont interprété ce changement comme un abandon de l'emprunt de pénalité, le complice étant désormais assimilé à l'auteur¹¹⁷. La théorie de criminalité d'emprunt semble, quant à elle, toujours exister, la complicité ne pouvant être engagée que moyennant l'existence d'une infraction principale¹¹⁸. Cette théorie semble cependant être moins absolue que celle de 1810. Quant à la peine, le Code pénal français ne donne plus une peine au complice en référence à l'auteur principal mais l'assimile à ce dernier, lui donnant alors la même peine que s'il avait été auteur principal¹¹⁹. Par des interventions législatives, la France a mis des limites à l'emprunt de criminalité, consacrant certains actes de complicité de façon autonome, ces derniers ne devant dès lors plus se rattacher à une infraction principale.

Projet de réforme du Livre I^{er} du Code pénal

§71. Suite à l'arrêt *Goktepe* rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme, des voix s'élevèrent pour que le législateur se saisisse de la question. En 2005, F. Lugentz. affirma notamment « que le temps est venu pour le législateur de clairement prendre position en imposant la manière dont il conviendrait d'aborder la question de la participation criminelle en matière de circonstances aggravantes objectives (...) »¹²⁰. Depuis lors, aucune réforme de nature législative n'a été menée. En 2016, E. Jacques. espérait elle aussi « qu'il soit enfin apporté une réponse durable à la question »¹²¹. Ces appels semblent, aujourd'hui, avoir trouvé un certain écho.

§72. En effet, par un arrêté ministériel du 30 octobre 2015, le Ministre de la Justice, K. Geens., a créé les Commissions de réforme du droit pénal et de la procédure pénale. Des experts, D. Vandermeersch. et J. Rozie. ont été nommés pour travailler sur une proposition d'avant-projet de réforme du Livre I^{er} du Code pénal. Ce projet, jugé plus que nécessaire¹²², a vu le jour en 2016¹²³. La question de l'imputation des circonstances aggravantes y est traitée. L'article 21 du projet¹²⁴ stipule comme suit :

« Sera puni comme l'auteur de l'infraction aggravée, [le participant qui avait connaissance ou devait avoir connaissance de l'existence d'un élément aggravant objectif ou d'une circonstance aggravante objective de l'infraction ou qui savait ou devait savoir que la réalisation de cet élément ou de cette circonstance s'inscrivait dans le cours normal ou prévisible des événements et qui, en connaissance de cause, a persisté dans sa volonté de s'associer à la commission de l'infraction]{underline}. Les éléments aggravants subjectifs et les circonstances aggravantes subjectives affectent seulement la peine de l'auteur ou du participant à une infraction lorsque les conditions d'application sont remplies dans son chef » (nous soulignons)¹²⁵.

§73. L'exposé des motifs de cette disposition débute par un bref rappel de la différence qui existe entre les circonstances aggravantes subjectives et les circonstances aggravantes objectives. Les auteurs ajoutent qu'il était traditionnellement admis que les circonstances aggravantes objectives soient imputées à tous les participants de l'infraction, et ce de façon automatique¹²⁶. Cette imputation automatique était cependant de plus en plus critiquée et la condamnation de la Belgique ne tarda pas¹²⁷. L'article 21 du projet de réforme « entend apporter une réponse légale à cette jurisprudence, en exigeant un certain degré de faute dans le chef du participant à l'infraction en ce qui concerne l'élément aggravant objectif ou la circonstance aggravante objective »¹²⁸.

§74. La section de législation du Conseil d'Etat a rendu, le 27 mars 2017, son avis sur la proposition d'avant-projet du Livre I^{ier} du Code pénal¹²⁹. Elle s'est notamment prononcée sur l'article traitant des circonstances aggravantes objectives (anciennement article 19, désormais article 21). Différentes remarques ont été formulées par le Conseil d'Etat.

Tout d'abord, l'article traite de la façon d'imputer les circonstances aggravantes et les éléments aggravants. Le Conseil d'Etat met en garde sur le fait que ces deux notions ne sont nullement définies dans le projet de texte et qu'il serait bon de remédier à ce problème¹³⁰. Ensuite, l'exigence d'avoir connaissance de la circonstance aggravante ou de l'élément aggravant objectif doit s'apprécier, selon le Conseil d'Etat, *in concreto* et à la lumière de la jurisprudence *Iasir* qui a été analysée précédemment. La section de législation propose dès lors qu'il soit fait mention de cette jurisprudence dans l'exposé des motifs.

Enfin, des éclaircissements doivent être apportés dans l'exposé des motifs sur l'intention de donner la mort lorsque celle-ci est la conséquence involontaire de coups et blessures.

Il nous faut préciser cette distinction qui est dès lors opérée entre élément aggravant objectif et circonstance aggravante objective. Le législateur prévoit dans son projet de réforme qu'un élément aggravant objectif est un élément qui entraîne un rehaussement de la peine, tandis qu'une circonstance aggravante objective est une circonstance qui doit être prise en considération par le juge lorsque ce dernier détermine la peine¹³¹. Cette distinction n'aura en pratique qu'assez peu d'incidence. De plus, la problématique traitée ici n'étant pas la circonstance aggravante elle-même mais la façon de l'imputer, il n'y a pas lieu de s'y appesantir.

§75. Treize ans après la condamnation de la Belgique par la Cour européenne des

droits de l'Homme, c'est de façon positive que nous accueillons ce projet de réforme. En effet, il était plus que temps de conformer le Code pénal belge aux prescrits de la jurisprudence européenne. Nous émettons toutefois quelques réserves : d'abord, bien que le projet ait été déposé à la Chambre¹³², les experts ont démissionné¹³³, estimant que le politique s'éloignait du but premier de la réforme et de son état d'esprit. Ensuite, nous émettons une réserve quant à la façon d'imputer ces circonstances aggravantes objectives. La réforme est donc bienvenue mais nécessite encore quelques adaptations pour répondre pleinement au prescrit européen sans retomber, de façon indirecte, dans l'application de la théorie de l'emprunt matériel de criminalité.

Conclusion

§76. La théorie de l'emprunt matériel de criminalité est-elle en adéquation avec la jurisprudence européenne et l'esprit du législateur actuel ? Il y a à peine quelques mois encore, notre conclusion n'aurait pas été la même. En effet, au moment de choisir ce sujet et avant l'existence de proposition d'avant-projet de Livre I^{er} du Code pénal, nous considérons, bien que totalement contraire à la jurisprudence européenne, que la théorie de l'emprunt matériel de criminalité semblait convenir au législateur, ce dernier se satisfaisant du *statut quo* relativement à la situation des participants à une infraction en ce qui concernait les circonstances aggravantes objectives.

§77. Force est de constater que la réforme à venir s'attaque enfin à la question épineuse des circonstances aggravantes objectives, ce qui démontre certainement que cette théorie n'est plus en adéquation avec l'esprit du législateur actuel. La théorie de l'emprunt matériel de criminalité semble donc avoir vécu. Mais peut-on affirmer pour autant qu'elle disparaîtra totalement à l'aune de la réforme à venir ? Nous craignons devoir répondre par la négative. En effet, si le caractère automatique de l'imputation des circonstances aggravantes objectives semble avoir fait son temps, la façon dont est apprécié le critère de la prévisibilité annonce la résurrection de cette théorie qui devrait pourtant être définitivement abandonnée.

§78. Nous pouvons nous interroger sur la distinction qui est encore faite entre circonstance aggravante objective et subjective (aussi appelées circonstances aggravantes réelles ou personnelles). En effet, dès lors que l'imputation des circonstances aggravantes objectives ne serait plus automatique, la distinction avec les circonstances aggravantes subjectives a-t-elle encore lieu d'être ? En réalité, bien que l'imputation semble désormais s'apprécier *in concreto* pour chaque participant, une distinction fondamentale subsiste entre les deux catégories. Là où la circonstance aggravante subjective est propre à l'agent, la circonstance aggravante objective est inhérente à l'infraction¹³⁴. Dès lors, si la circonstance aggravante subjective ne peut être imputée qu'à l'agent concerné, la circonstance aggravante objective peut être imputée à des participants qui avaient connaissance de la circonstance aggravante, à condition d'être prévisible, et n'ont pas abandonné leur participation à l'infraction.

La distinction entre les deux catégories doit subsister même si force est de constater qu'en pratique, la différence est de plus en plus difficile à percevoir.

§79. Après tant d'années, le législateur paraît enfin vouloir s'intéresser à la question.

§80. Il nous reste à espérer que, tel un phénix, la théorie de l'emprunt matériel de criminalité ne renaisse de ses cendres à l'aune des nouveaux critères dégagés par la réforme et que l'on puisse désormais faire mentir l'adage de J. Carbonnier selon lequel « auteurs et complices sont cousus dans le même sac » ...

Louise Descamps

1. Dworkin R, *Taking rights seriously*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1977 ; *Law's Empire*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1986 in 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 (art. 475 C. pén.) », in *Rev. dr. pén. crim.*, 2002, p. 370. ←
2. Cour eur. D.H. (1^{ère} sect.), arrêt *Goktepe c. Belgique*, 2 juin 2005, req. n° 50372/99. ←
3. Kutu F., « Les circonstances aggravantes réelles et la théorie de l'emprunt matériel de criminalité : la consécration du principe de la responsabilité pénale », in *R.C.J.B.*, 2008, p. 214. ←
4. *Ibidem.* ←
5. Rorive I. et Bosquet D., *op. cit.*, p. 374. ←
6. Rapport relatif au chapitre VII du Livre I^{er} du Code pénal fait au nom de la Commission du Gouvernement, par J.-J. Haus, *Législation criminelle de la Belgique*, tome I, Bruxelles, Bruylant, 1867, p. 133. ←
7. *Ibidem.* ←
8. Renon P.-P., « L'emprunt matériel de criminalité sévèrement condamné par la Cour européenne des droits de l'homme », in *J.T.*, 2005, p. 715. ←
9. Beccaria C., *Des délits et des peines*, traduction de P. Audegean, Lyon, ENS Editions, 2009, p. 257. Cette phrase a été traduite de différentes façons. Nous retenons aussi la traduction de M. Chevallier : « La liberté exige que les peines soient purement personnelles », in C. Beccaria, *Des délits et des peines*, traduction de M. Chevallier, Paris, Flammarion, 1991, p. 147. ←
10. Voy. notamment. Franchimont M. et Deleixhe G., « Aspects de la participation criminelle en Belgique », in *R.D.P.C.*, 1955-1956, pp. 906 et 907 et Spielman D., obs. sous Cass. Luxembourg, 14 juillet 1994, in *J.T.*, 1994, p. 632. ←
11. Sur la délinquance de groupe, voy. notamment Derre S., « Le principe de la responsabilité pénale personnelle à l'épreuve de la délinquance de groupe », in *J.T.*, 2004, pp. 927 à 929. L'auteur souligne que le groupe pose des difficultés en matière pénale et que l'imputation des conséquences d'une infraction sur des participants est une question sensible. ←
12. De Asua J., rapporteur général dans la section traitant de « L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de la participation à l'infraction », in *R.I.D.P.*, 1957, p. 508. ←
13. Hennau-Hublet C., « La participation punissable : vers un affranchissement de la théorie de l'emprunt de criminalité ? », in *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, p. 601. ←
14. Article 475 du Code pénal, *M.B.*, 9 juin 1867, modifié par l'article 15 de la loi du 10 juillet 1996, *M.B.*, 1^{er} août 1996. ←
15. De Nauw A. et Kutu F., *Manuel de droit pénal spécial*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 714 et 715. ←
16. Ces quatre éléments sont : « la soustraction, contre la volonté du propriétaire ou du légitime possesseur, au moyen de violences ou de menaces, d'une chose mobilière corporelle appartenant à autrui dans l'intention de se l'approprier », in A. De Nauw. et F. Kutu, *Manuel de droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 714. ←

17. *Ibidem.* ←
18. Jacques E., « Du meurtre commis pour faciliter le vol : considérations critiques », *in Rev. dr. pén.crim.*, 2016, p. 32. ←
19. Lorent A., « Vols et extorsions », *Droit pénal et procédure pénale*, Malines, Wolters Kluwer, 2016, feuillets mobiles, p. 224. ←
20. Nypels. J.-S.-G. et Servais J., *Le Code pénal belge interprété*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1898, art. 475, n°1. ←
21. Lorent A., . *op. cit.*, p. 224. ←
22. Cass., 11 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 232. ←
23. *Voy.* notamment Cass., 14 juillet 1924, *Pas.*, 1924, I, p. 481 ; Cass., 24 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 954 et Cass., 11 mai 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 464. Les Cours d'assises ont affirmé la même chose, *voy.* Cour ass. Bruxelles-Capitale, 11 décembre 1995, *Rev. dr. pén.*, 1996, p. 346 et Cour ass. Brabant, 14 octobre 1992, *Rev. dr. pén.*, 1993, p. 243. ←
24. Kuty F., « Les circonstances aggravantes réelles et la théorie de l'emprunt matériel de criminalité : la consécration du principe de la responsabilité pénale », *op. cit.*, p. 215. ←
25. De Nauw A. et Kuty. F., « .Examen de jurisprudence (2008-2014) - Droit pénal général (première partie) », *in [R.C.J.B.]*, 2015., p. 341. ←
26. *Ibidem.* ←
27. *Ibid*, p. 340. ←
28. *Ibidem.* ←
29. Kuty F., « Les circonstances aggravantes réelles et la théorie de l'emprunt matériel de criminalité : la consécration du principe de la responsabilité pénale », *op. cit.*, p. 214. ←
30. *Voy.* entre autres arrêts Cass., 11 mai 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 464 ; Cass., 6 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 15 ; Cass., 18 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 930 ; Cass., 14 juillet 1924, *Pas.*, 1924, I, p. 481 et Cass., 20 mai 1913, *Pas.*, 1913, I, p. 256. ←
31. Cass., 6 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 15. *Voy.* aussi Cass., 17 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 349 et Cass., 11 mai 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 464. ←
32. Cass., 24 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 954. ←
33. *Voy. supra.* ←
34. Parret M., « La théorie de l'emprunt matériel de criminalité : la bête aux abois a la peau dure », *in Le Pli juridique*, 2014, p. 8. ←
35. Cette amende devant être multipliée par les décimes additionnels, actuellement fixés à 8. ←
36. La question de la correctionnalisation des crimes et de ses incidences pratiques depuis Pot-Pourri II est analysée ci-après. ←
37. Beernaert. M.-A., « L'emprunt matériel de criminalité condamné à Strasbourg », *in Journ. jur.*, 2005, p. 13. ←
38. *Voy.* entre autres arrêts Cass., 8 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1285 ; Cass., 1^{er} février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 117 et Cass., 5 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 443. ←
39. Cass., 16 février 1999, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 1181. ←
40. R enson P.-P., *op. cit.*, p. 716. Certains Présidents ont même estimé qu'il était inconcevable d'individualiser les questions quant aux circonstances aggravantes objectives : « à peine de méconnaître la notion juridique de circonstance aggravante réelle, il ne se conçoit pas que les questions afférentes à celles-ci puissent être posées séparément pour chaque coauteur ou complice supposé du vol, alors que ces circonstances aggravantes réelles, à l'inverse de celles dites personnelles, les concerneraient nécessairement tous », *in* Cour ass. Brabant, 14 octobre 1992, *Rev. dr. pén.*, 1993, p. 243. ←

41. Fagnouille. C., . « Le point sur les circonstances aggravantes réelles », obs. sous Liège 10 avril 2008, in *J.L.M.B.*, 2008, p. 26. ←
42. Cass., 16 février 1999, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 1181. ←
43. Cour eur. D.H. (1^{ière} sect.), arrêt *Goktepe c. Belgique*, *op. cit.*, § 23. ←
44. *Ibid*, § 26. ←
45. *Ibid*, § 28. ←
46. *Ibid*, § 28. ←
47. *Ibid*, § 29. ←
48. Kuty F., « C.hronique de jurisprudence : le droit à un procès pénal équitable au sens de la jurisprudence strasbourgeoise en 2005 », in *J.L.M.B.*, 2006, p. 422. ←
49. Neve M., . « Vers la fin de la théorie de l'emprunt matériel de criminalité ? », note sous Cour eur. D.H., arrêt *Goktepe c. Belgique*, 2 juin 2005, in *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 1257. ←
50. Cour eur. D.H. (2^{ième} sect.), arrêt *Delespesse c. Belgique*, 27 mars 2008, req. n° 12949/05. ←
51. Cour eur. D.H. (1^{ière} sect.), arrêt *Haxhishabani c. Luxembourg*, 20 janvier 2011, req. n° 52131/07, *J.T.*, 2011, p. 358. ←
52. Cour eur. D.H. (1^{ière} sect.), arrêt *Goktepe c. Belgique*, *op. cit.*, § 29. ←
53. Fagnouille C., . *op. cit.*, p. 27. ←
54. *Ibidem*. ←
55. Voy. entre autres auteurs : Colette-Basecqz N., . « La théorie de l'emprunt matériel de criminalité jugée incompatible avec le procès équitable et les droits de la défense », in *J.L.M.B.*, 2005, p. 1568 ; Kuty F., « Les circonstances aggravantes réelles et la théorie de l'emprunt matériel de criminalité : la consécration du principe de la responsabilité pénale », *op. cit.*, p. 227 et R enson P.-P., . *op. cit.*, p. 715. ←
56. Fagnouille C. *op. cit.*, p. 28. ←
57. Cour eur. D.H. (2^e sect.), arrêt *Delespesse c. Belgique*, *op. cit.*, § 31. ←
58. Hirsch C., « Les circonstances aggravantes réelles : une analyse succincte au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou la fin de la théorie de l'emprunt matériel de criminalité », in *J.T.*, 2012, p. 44. ←
59. *Ibidem*. ←
60. Cour eur. D.H. (1^{ière} sect.), arrêt *Haxhishabani c. Luxembourg*, *op. cit.*, § 36. ←
61. *Ibid*, § 40. ←
62. Hirsch C., *op. cit.*, p. 45. ←
63. Kuty F., « C.hronique de jurisprudence : le droit à un procès pénal équitable au sens de la jurisprudence strasbourgeoise en 2011 », in *J.L.M.B.*, 2012, p. 254. ←
64. *Ibidem*. ←
65. Des propositions ont été formulées restant pour la plupart sans réponse. Plus récemment, une proposition d'avant-projet de Livre I^{er} du Code pénal menée par Vandermeersch D. et Rozie. J. semble vouloir, enfin, régler cette épineuse question. Nous y reviendrons *infra*. Voy. Rozie J. et Vandermeersch. D., « Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre I^{er} du Code pénal », *Les dossiers de la revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles, la Charte, 2016, 175p. ←
66. Colette-Basecqz N., . « La théorie de l'emprunt matériel de criminalité jugée incompatible avec le procès équitable et les droits de la défense », *op. cit.*, p. 1568. ←

67. Cass., 19 décembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2752. ←
68. Gyselaers L. et Van Der Kelen D., « Göktepe bis met een vleugje Taxquet », in *R.A.B.G.*, 2010, pp. 446 et 447. ←
69. Cass., 17 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1546. ←
70. Liège, 10 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 17. ←
71. M asset A. et V andermeersch D., « La loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises : première lecture critique », in *J.T.*, 2010, p. 227. ←
72. Vandermeersch D., « La participation criminelle : questions d'actualité », *Droit pénal en questions*, Limal, Anthemis, 2013, p. 18. ←
73. Article 329^{quater} du Code d'instruction criminelle, inséré par l'article 143 de la loi du 21 décembre 2009, *M.B.*, 11 janvier 2010. ←
74. *Ibidem.* ←
75. Kuty F., « Les circonstances aggravantes réelles et la théorie de l'emprunt matériel de criminalité : la consécration du principe de la responsabilité pénale », *op. cit.*, p. 231. ←
76. De Nauw A. et Kuty F., « Examen de jurisprudence (2008-2014) - Droit pénal général (première partie) », *op. cit.*, p. 340. ←
77. Kuty F., « La responsabilité pénale du chef des circonstances aggravantes réelles », *Actualités du droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 76. ←
78. Michiels O., « Les interactions entre la prévisibilité du dommage et l'élément moral des infractions », *J.T.*, 2009, p. 564. ←
79. De Nauw A. et Kuty F., « Examen de jurisprudence (2008-2014) - Droit pénal général (première partie) », *op. cit.*, p. 340. ←
80. *Ibidem.* ←
81. Cass., 13 avril 2010, *Pas.*, 2010, p. 1136. ←
82. L'arrêt étant inédit, nous n'avons pu le consulter mais des passages y sont relatés in Parret M., « La théorie de l'emprunt matériel de criminalité : la bête aux abois a la peau dure », *Le Pli juridique*, 2014, pp. 8 à 10. ←
83. Parret M., *op. cit.*, p. 10. ←
84. Mons, 20 décembre 2013, inéd. ←
85. De Nauw A. et Kuty F., « Examen de jurisprudence (2008-2014) - Droit pénal général (première partie) », *op. cit.*, p. 341. ←
86. Cour eur. D.H. (2^e sect.), arrêt *Iasir c. Belgique*, 26 janvier 2016, req. n° 21614/12, *J.T.*, 2016, p. 189. ←
87. *Ibid*, § 9. ←
88. *Ibid*, § 17. ←
89. *Ibid*, § 26 ; Kuty F., « C.hronique de jurisprudence : le droit à un procès pénal équitable au sens de la jurisprudence strasbourgeoise en 2016 », in *J.L.M.B.*, 2017, p. 460. ←
90. *Ibid*, § 27. ←
91. *Ibid*, §§ 28 et 34. ←
92. Parret M., *op. cit.*, p. 10. ←
93. Fagnoulle C., *op. cit.*, p. 31. ←

94. Rorive I. et Bosquet D., . *op. cit.*, p. 380. ←
95. *Ibid*, p. 382. ←
96. De Nauw A. et Kutu F., « .Examen de jurisprudence (2008-2014) - Droit pénal général (première partie) », *op. cit.*, p. 340. ←
97. Colette-Basecqz N. et Blaise N., *Manuel de droit pénal général*, 3^e éd., Limal, Anthemis, 2016, p. 478. ←
98. Rorive I. et Bosquet D., . *op. cit.*, p. 382. ←
99. *Ibidem*. ←
100. Résolution du VII^e Congrès international de droit pénal tenu à Athènes en 1957, *in Rev. int. dr. pén.*, 1958, pp. 228 et s. ; Spielman D., obs. sous Cass. lux., 14 juillet 1994, *J.T.*, 1994, p. 632 et Lambert P., . « La fin annoncée de la théorie pénale de l'emprunt matériel de criminalité' », *J.T.*, 2005, p. 561. ←
101. Kutu F., « Les circonstances aggravantes réelles et la théorie de l'emprunt matériel de criminalité : la consécration du principe de la responsabilité pénale », *op. cit.*, p. 250. ←
102. Fagnouille C., . *op. cit.*, p. 26. ←
103. Proposition de loi modifiant l'article 475 du Code pénal, *Ann. parl.*, Sénat, 2005-2006, 9 février 2006, n03-150. ←
104. La version néerlandophone est formulée comme suit : « De doodslag gepleegd om diefstal of afpersing te vergemakkelijken of om de straffeloosheid ervan te verzekeren, wordt de deelnemers alleen ten laste gelegd als zij er materieel aan hebben meegewerkt of wisten dat de doodslag kon worden gepleegd », *in Gyselaers L. et Van Der Kelen D.*, « D.e objectieve verzwarende omstandigheden : het definitieve einde van een tijdperk ? », *in R.A.B.G.*, 2009, p. 24. ←
105. Lugentz F., . « Une première analyse de la portée de l'arrêt *Goktepe* : pour une interprétation stricte ? », *in Rev. dr. pén. crim.*, 2009, p. 226 ; Renson P.-P., *op. cit.*, p. 717. ←
106. Renson P.-P., *op. cit.*, p. 717. ←
107. Loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, *M.B.*, 5 octobre 1867, republié par l 'A.R. du 22 février 1892, *M.B.*, 13 mars 1892. ←
108. Article 2, alinéa 3, 1° de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, *op. cit.* ←
109. Article 2, alinéa 3, 3° à 14° de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, *op. cit.* ←
110. En réalité, conformément à l'article 2, alinéa 3, 2° de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, il était possible de correctionnaliser ce type d'infraction dans le cadre d'une tentative. ←
111. Loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 19 février 2016. ←
112. Beernaert. M.-A. et Vandermeersch D., « La Cour constitutionnelle recadre le législateur « pot-pourri II » : l'arrêt 148/2017 du 21 décembre 2017 », *in J.T.*, 2018, p. 81. ←
113. *Ibid*, p. 82. ←
114. Hurtado Pozo. J., *Droit pénal général*, Genève, Schulthess, 2013, p. 242. ←
115. *Ibid*, p. 252. ←
116. Soyer. J.-C., *Droit pénal et procédure pénale*, 21^e éd., Paris, LGDJ, 2012, p. 102. ←
117. Pin. X., *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2016, p. 283. ←
118. Lazerges C., « La participation criminelle », *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Paris, Editions A. Pedone, p. 20. ←

119. *Ibidem.* ←
120. Lugentz. F., . *op. cit.*, p. 226. ←
121. JacquesE., . *op. cit.*, p. 42. ←
122. Rozie J., Vandermeersch D., DE Herdt ., De Bauche M.et Taeymans M., « La proposition d'avant-projet de nouveau Livre Ier du Code pénal. Après 150 ans, une réforme bien nécessaire ! », *in J.T.*, 2017, pp. 129 à 134. ←
123. Rozie J. et Vandermeersch D., « Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre I ier du Code pénal », *Les dossiers de la revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles, la Charte, 2016, 175p. ←
124. La numérotation des articles du projet de réforme a été récemment modifiée. C'est donc bien l'article 21 et non plus l'article 19 qui traite des circonstances aggravantes réelles. ←
125. Rozie J. Vandermeersch D. et De Herdt J., *Un nouveau Code pénal pour le futur? La proposition de la Commission de réforme du droit pénal*, Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n° 27, Bruxelles, La Charte, 2019. ←
126. Rozie J.et Vandermeersch D., *op. cit.*, p. 82. ←
127. *Ibidem.* ←
128. *Ibidem.* ←
129. Proposition d'avant-projet de Livre I ier du Code pénal, avis de la section de législation du Conseil d'Etat, n° 60.893/3, 27 mars 2017, 205p. ←
130. *Ibid*, p. 150. ←
131. Kennes L., « Les éléments constitutifs et aggravants des infractions : un projet de loi plus pragmatique ? », *La réforme du Livre 1 ier du Code pénal*, sous la coordination de C. Guillain et D. Scalia, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 54 et 55. ←
132. Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 3651/001, 1064. ←
133. Vandermeersch D. et Rozie J., « Commission de réforme du Code pénal : les raisons d'une démission », *in J.T.*, 2018, pp. 679-680. ←
134. Fagnoulle C. *op. cit.*, p. 31.** ←