

La participation et la tentative dans le projet du Code pénal : du nouveau à l'horizon ?

Alyson BERRENDORF

Aspirante F.R.S.-F.N.R.S.

Doctorante à la faculté de droit de l'ULiège

Olivier MICHIELS

Président de chambre à la cour d'appel de Liège

Professeur à la faculté de droit de l'ULiège

Introduction

Les notions de tentative et de participation sont quotidiennement mises en pratique par les acteurs du procès répressif.

À l'aube de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, il nous a dès lors paru utile de revenir sur ces différentes notions et d'apprécier si les conditions qui sous-tendent leur application ont subi de profondes modifications ou si, au contraire, elles s'inscrivent dans une forme de continuité tout en englobant et précisant les différents cas de figure qui ont été rencontrés, au fil du temps, par la jurisprudence.

Avant toutefois d'envisager le cœur de notre sujet, il nous paraît opportun de rappeler brièvement, en raison du lien évident qui les unit, les grandes règles qui encadrent l'imputabilité d'une infraction.

Pour rappel, l'imputabilité est l'opération qui consiste à déterminer la personne qui a transgressé une obligation légale incriminée pénalement et qui, de ce fait, devra supporter la sanction¹.

On distingue traditionnellement l'imputabilité physique et l'imputabilité morale.

L'*imputabilité physique* se fonde sur le rapport qui se noue entre le délinquant et l'infraction. Elle permet d'individualiser l'auteur de celle-ci. L'alibi s'oppose à l'imputabilité physique dès lors qu'il brise le lien qui doit exister entre le com-

¹ Sur la notion d'imputabilité, voy. F. TULKENS, M. VAN KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 9^e éd., Waterloo, Kluwer, 2010, pp. 402-403; voy. aussi T. WERQUIN, « L'imputabilité en droit pénal belge et français », *J.T.T.*, 1980, pp. 37-43; voy. encore Ch.-É. CLESSE, « L'imputabilité d'une infraction de droit pénal social à une personne physique », in *Droit pénal social. Actualités et prospectives*, Limal, Anthemis, 2007, pp. 105-146; O. MICHIELS et A. KETTELS, « L'imputabilité et la participation en droit pénal social – Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 2009 », *Rev. dr. pén. de l'entr.*, 2009, p. 309.

RÉFORME DU CODE PÉNAL ET QUESTIONS CHOISIES

portement incriminé et l'agent. Lorsqu'une infraction est commise, cette imputabilité physique est aisée à admettre pour les personnes directement actives dans la perpétration de ladite infraction. Plus complexe est néanmoins la question de l'implication des agents à qui il est reproché des actes plus indirects par rapport à la commission de l'infraction principale².

La responsabilité des personnes qui ont posé des actes périphériques ou indirects à la commission de l'infraction remet en perspective le lien qui est exigé entre le comportement de celles-ci et la commission de l'infraction³. Lors de cet examen, la responsabilité de ces acteurs peut être mise en cause par le biais de deux mécanismes : l'incrimination autonome, d'une part, et la participation criminelle qui retiendra ultérieurement notre attention, d'autre part.

L'*imputabilité morale*, quant à elle, repose sur l'idée de la responsabilité de l'agent. Il s'impose que celui-ci ait agi de manière consciente tout en étant doté de son libre arbitre.

En d'autres termes, l'auteur doit avoir, d'une part, l'aptitude de comprendre ce qui est permis et ce qui est interdit (c'est le discernement) et, d'autre part, la maîtrise de soi, la capacité de décider et de vouloir (c'est le libre arbitre).

À ce propos, le nouveau Code pénal établit, en son article 24, les causes de non-imputabilité, à savoir les circonstances qui ont pour effet que l'auteur de l'infraction ne peut être tenu pénalement responsable, même si la perpétration du comportement incriminé est illicite et répréhensible. Le législateur pénal considère en effet que certaines personnes, que ce soit parce qu'elles sont mineures ou parce qu'elles souffrent d'un trouble mental, ne sont pas soumises au droit pénal « ordinaire ». Des règles et des mesures spécifiques s'appliquent dès lors à ces catégories de personnes.

En ce qui concerne le trouble mental au moment de la commission de l'infraction, l'article 25 du nouveau Code pénal dispose que n'est pas pénalement responsable celui qui, au moment des faits, était atteint d'un trouble mental qui a aboli sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes⁴. Cette définition reproduit celle de l'ancien article 71 du Code pénal, bien que le législateur ait décidé, dans le projet, d'abroger les premiers mots de l'ancien article « Il n'y a pas d'infraction », dans la mesure où la formulation n'était

² Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal*, Bruges, La Chartre, 2019, p. 127.

³ *Ibid.*, p. 128.

⁴ Le lecteur attentif aura observé que le projet n'a pas adopté le critère plus large qui est prévu pour l'internement, que fait sien l'article 9 de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement des personnes, en ce que ce dernier parle de « trouble mental qui a aboli ou gravement altéré sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes ». Les auteurs estiment que la dernière partie de ce critère pourrait donner lieu à trop d'imprécisions concernant le champ d'application de ce critère. Voy. projet de loi (I) introduisant le Livre I^{er} du Code pénal, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2022-2023, n^{os} 3374/001 et 3375/001, p. 116.

pas correcte d'un point de vue juridique. Il s'ensuit que l'auteur qui est atteint d'un trouble mental qui a aboli le discernement ou le libre arbitre au moment de la commission de l'infraction est pénalement irresponsable⁵. Si le trouble mental dont le prévenu est affecté existe toujours au moment où le juge statue, l'article 9, § 1^{er}, de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement permet aux juridictions de jugement d'ordonner un internement. L'internement suppose que la personne qui a commis un crime ou un délit portant atteinte à ou menaçant l'intégrité physique ou psychique de tiers est, au moment de la décision, atteint d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes et pour laquelle le danger existe qu'elle commette à nouveau de tels faits en raison de son trouble mental⁶.

Visée à l'article 26 du nouveau Code pénal, la cause de minorité, quant à elle, et sauf exception des cas qui seraient prévus par la loi, implique que n'est pas pénalement responsable celui qui n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans au moment des faits. La question est d'ailleurs réglée dans la loi relative à la protection de la jeunesse et relève de la compétence des Communautés, depuis la sixième réforme de l'État.

Pour rappel également, à la différence des causes d'exemption de culpabilité, les causes de non-imputabilité n'empêchent pas que le comportement en question conserve le caractère de « fait qualifié infraction », avec les conséquences civiles qui s'y attachent⁷.

L'imputabilité s'impose pour toutes les infractions et elle est un élément extrinsèque à celles-ci. Aussi, lorsqu'une infraction n'est pas imputable – en raison de la minorité de l'auteur ou de son trouble mental –, l'infraction existe, mais l'auteur ne pourra, comme nous l'avons dit, être tenu pour responsable. En revanche, le complice ou le coauteur pourra, quant à lui, être puni.

Section 1

Les modes d'imputation

L'imputabilité peut être judiciaire, conventionnelle ou légale.

Elle est judiciaire lorsqu'il appartient au juge de déterminer la personne physique ou morale qui est l'auteur de l'infraction.

Elle est conventionnelle lorsque la loi impose à la personne morale de désigner *a priori* la personne physique qui sera tenue pour pénalement responsable de l'infraction qu'elle incrimine.

⁵ Cass., 1^{er} février 2000, *Pas.*, 2000, p. 267.

⁶ Cass., 20 septembre 2023, *J.L.M.B.*, 2024, p. 268 et conclusions du ministère public.

⁷ Projet de loi (I) introduisant le Livre I^{er} du Code pénal, *op. cit.*, p. 41.

RÉFORME DU CODE PÉNAL ET QUESTIONS CHOISIES

Enfin, elle est légale lorsque le législateur désigne lui-même la personne physique ou morale qui est l'auteur de l'infraction⁸.

Si l'imputabilité légale n'est pas en soi condamnable et se justifie même pour lutter contre un type de délinquance d'ordre technique, il convient toutefois qu'elle demeure ponctuelle et qu'elle permette au juge d'apprécier si, concrètement, l'auteur désigné est bien responsable de l'infraction.

Le nouveau Code pénal s'attache précisément à la question de l'imputation des éléments aggravants et des facteurs aggravants, au travers de son nouvel article 20. D'après celui-ci, l'auteur, au sens de l'article 17, 3°, ou le participant qui avait connaissance ou devait avoir connaissance de *l'existence d'un élément aggravant objectif ou d'un facteur aggravant objectif* de l'infraction ou qui savait ou devait savoir que *la réalisation de cet élément ou de ce facteur 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, est puni comme l'auteur ou le participant à l'infraction aggravée. Nous rappellerons d'ores et déjà qu'il résulte de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme – et selon l'interprétation de cette disposition par la Cour européenne des droits de l'homme, et de l'article 14.1 du Pacte de New York – que le droit à un procès équitable requiert une appréciation distincte des circonstances aggravantes réelles dans le chef de chaque participant à l'infraction principale⁹. Nous reviendrons ultérieurement plus en détail sur ces notions.

En revanche, les éléments aggravants subjectifs et les facteurs aggravants subjectifs affectent, quant à eux, la peine de l'auteur ou du participant à une infraction seulement lorsque les conditions d'application sont remplies dans son chef.

Par ailleurs, d'un point de vue linguistique et pratique, les éléments aggravants doivent être distingués des facteurs aggravants.

En effet, les *éléments aggravants* sont visés à l'article 8 du nouveau Code pénal. Ces éléments aggravants font partie intégrante de la qualification de l'infraction et ils ont pour effet que l'infraction sera sanctionnée d'une peine d'un ou de plusieurs niveaux plus élevés. Par exemple, la discrimination à l'égard d'une victime qui serait motivée par sa couleur de peau constitue un élément aggravant du crime de « meurtre commis avec un mobile discriminatoire » (voy. l'article 29 concernant les mobiles discriminatoires et les potentiels risques d'une telle énonciation quant à sa légalité et ses risques d'interprétation).

Les *facteurs aggravants*, quant à eux, sont énoncés par le législateur et permettent de choisir la peine sans changer pour autant de niveau. L'article 28 dispose en ce sens que la loi peut prévoir des facteurs aggravants que le juge doit prendre

⁸ F. KEFER, *Précis de droit pénal social*, Limal, Anthemis, 2008, pp. 83-85.

⁹ Cass., 4 octobre 2023, *J.L.M.B.*, 2024, p. 276.

en considération lorsqu'il fait le choix et détermine le degré de la peine ou de la mesure, sans qu'il puisse imposer une peine d'un niveau plus élevé.

Section 2

La délégation

Il n'est pas rare, notamment dans le monde de l'entreprise, de recourir au mécanisme de la délégation de pouvoirs. Il y a délégation de pouvoirs lorsqu'une personne transfère à une autre une tâche de direction, de surveillance ou d'exécution qui lui est confiée et dont le non-respect est sanctionné pénalement¹⁰.

Il va sans dire que pour qu'une délégation soit valable, l'obligation légale sanctionnée pénalement doit relever des attributions du délégataire qui doit disposer des moyens, de l'autorité et de la compétence pour accomplir sa mission¹¹. À défaut, ce dernier ne pourra être tenu pour responsable.

Si la délégation de pouvoirs opère un transfert du risque pénal, que l'on ne s'y trompe pas, elle ne peut être considérée comme une convention d'exonération de la responsabilité pénale du délégant.

En effet, le délégant ne pourra se prévaloir d'une cause de non-imputabilité s'il a participé à la réalisation de l'infraction ou s'il a commis, en dépit de la délégation, une faute susceptible d'engager sa responsabilité pénale¹².

La cour d'appel de Liège¹³ a pu récemment rappeler qu'une délégation est valable si :

- elle est antérieure à la commission de l'infraction ;
- elle est explicite et effective ;
- elle est limitée et précise ;
- elle est faite à une personne qui dispose des compétences nécessaires, de l'autorité et des moyens pour exercer le pouvoir délégué ;
- elle a été acceptée librement par le délégataire ;
- elle est exempte de toute faute ou fraude¹⁴.

¹⁰ Cass., 5 mai 2021, R.G. n° P.21.0042.F, N.C., 2022, p. 44 et note P. WAETERINCKX, « Delegation van bevoegdigheden ter beheersing van het strafrechtelijk risico. Heeft een delegatie van bevoegdheden een "juridische roeping" bij opzettelijk gepleegde misdrijven? ».

¹¹ A. RISOPOULOS, « La responsabilité pénale des dirigeants d'entreprises : une réflexion sur les récentes évolutions législatives et jurisprudentielles », in *La responsabilité des dirigeants de sociétés, associations et fondations*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 285-286 ; J.-P. COLLIN, E.-R. FRANCE, F. ROGGEN et J. SPREUTELS, *Droit pénal des affaires*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 203-205.

¹² Cass., 4 mars 2015, R.G. n° P.14.1221.F où la Cour retient que le transfert de la responsabilité pénale de l'employeur sur ses préposés ou mandataires ne prive toutefois pas le juge du pouvoir de constater que, concrètement, l'employeur a commis, dans le cadre du contrôle précité, une faute susceptible d'engager sa responsabilité pénale.

¹³ Liège, 9 novembre 2023, R.G. n° 2022/SO/18 (ECLI:BE:CALIE:2023:ARR.20231109.1).

¹⁴ Voy. aussi Cass. (fr.), 1^{er} octobre 1991, cité par E. ROGER-FRANCE, « La délégation de pouvoirs en droit pénal ou comment prévenir le risque pénal dans l'entreprise », *J.T.*, 2000, pp. 260-263.

RÉFORME DU CODE PÉNAL ET QUESTIONS CHOISIES

Il s'ensuit qu'une délégation générale de pouvoirs est proscrite. En effet, en cherchant à mettre le délégant à l'abri de toute poursuite, ce dernier manifeste la volonté délibérée d'échapper à toute responsabilité pénale. Une telle délégation est, de la sorte, frauduleuse ou à tout le moins fautive.

Les notions d'imputation étant rappelées, nous envisagerons, comme annoncé, successivement les régimes actuel et futur de la « tentative » et de la « participation ».

§ 1. Le régime actuel de la tentative

La commission d'une infraction suppose le passage par plusieurs états dont l'implication de l'auteur peut croître. L'on dénombre la *simple idée* qui ne s'est pas matérialisée et qui, dès lors, ne relève pas du droit pénal, les *actes préparatoires*, qui, à moins qu'ils ne soient eux-mêmes constitutifs d'une infraction, n'emportent pas de conséquence, et enfin le *passage à l'acte* en tant quel tel.

Dans cette optique, le passage à l'acte suppose la réunion de tous les composants de l'élément matériel de l'infraction. En l'absence de l'un de ceux-ci, le comportement de l'agent n'est, en principe, pas punissable¹⁵.

Qu'en serait-il alors si ce passage à l'acte ne se déroule pas selon l'« itinéraire pénal » décrit ? Si l'exécution, le passage à l'action, n'a pas mené au résultat pourtant escompté par son auteur ?

Plusieurs doctrines s'affrontent à ce sujet. Pour les tenants de la théorie subjective, il y a lieu de donner une importance prépondérante à la volonté de l'auteur, dans la mesure où ce dernier est dangereux dès qu'il concrétise une idée criminelle. Suivant ce postulat, la tentative doit être sanctionnée de la même manière que l'infraction consommée. Les partisans de la théorie objective accordent, quant à eux, une primauté au trouble social inachevé ou manqué. Dans ce contexte, la tentative doit être moins sévèrement punie, voire ne doit pas être sanctionnée du tout.

Le Code pénal belge a fait sienne, depuis 1867, la théorie objective. Partant, le législateur a fait le choix d'incriminer l'acte *inachevé* ou *manqué*, considérant que les comportements devaient être réprimés même s'ils n'avaient pas porté effectivement atteinte à la personne ou au bien protégé par la loi.

Il faut à cet égard distinguer deux notions, à savoir l'incrimination autonome et la tentative. Pour la première, le législateur a pu incriminer, de façon autonome, des comportements antérieurs à la commission d'une infraction plus grave, et indépendamment de la réalisation de ladite infraction, considérés comme trop dangereux. Pensons, par exemple, à l'offre ou à la proposition de commettre un crime en droit international humanitaire, même non suivie

¹⁵ Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 97.

d'effets¹⁶. Pour la seconde, la loi entend sanctionner le comportement de la personne qui, sous certaines conditions, met tout en œuvre pour réaliser l'acte prohibé mais qui, pour une cause extrinsèque, échoue à réaliser son dessein. Nous nous proposons d'analyser plus en détail cette notion de tentative.

A. *La base légale sous l'ancien régime*

Le chapitre IV, du Livre I^{er}, du Code pénal, «De la tentative de crime ou délit», régit la tentative punissable. Plus particulièrement, l'article 51 du Code pénal prévoit :

« 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. »

Il faut distinguer, d'une part, l'infraction *inachevée* ou *tentée* qui constitue celle « dont les actes d'exécution ont été interrompus dans le cours de leur réalisation contrairement à la volonté de l'auteur [...] l'exécution de l'infraction est commencée mais inachevée parce que l'auteur n'est pas parvenu à faire tout ce qui était matériellement nécessaire à la consommation de l'infraction » et, d'autre part, l'infraction *manquée*, qui quant à elle « suppose que l'acte d'exécution de l'infraction ait été accompli sans que le résultat prohibé par la loi se soit concrétisé [...] l'acte d'exécution est matériellement achevé mais le résultat recherché vient à manquer ».

En ce qui concerne le champ d'application, la tentative de crime est toujours punissable en vertu de l'article 52 du Code pénal, là où la tentative de délit n'est punissable que lorsque la loi le prévoit, selon l'article 53 du Code pénal. Enfin, la tentative de contravention n'est pas prévue.

B. *Les conditions sous l'ancien régime*

Les conditions de la tentative sont au nombre de trois, à savoir (1) la résolution ou la volonté de commettre l'infraction, (2) les actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution, (3) l'interruption ou l'échec volontaire de la tentative.

1. **La résolution ou la volonté de commettre l'infraction**

Tombe sous le coup de la loi pénale la volonté de commettre un crime ou un délit, à l'exclusion de la tentative de contravention.

¹⁶ Voy. aussi Cass., 17 janvier 2024, *J.L.M.B.*, 2024, p. 279 qui retient que l'acte préparatoire, au sens de l'article 2bis, § 6, de la loi du 24 février 1921, est tout acte par lequel un individu se donne les moyens de commettre une infraction. L'incrimination d'un tel acte révèle la volonté du législateur de réprimer l'intention de l'auteur quel que soit le stade d'aboutissement de son projet délictueux.

 RÉFORME DU CODE PÉNAL ET QUESTIONS CHOISIES

La tentative suppose concrètement que l'auteur ait véritablement recherché un résultat déterminé, ou ait accepté sa réalisation. Il en résulte que les infractions non intentionnelles – comme les délits où seul le défaut de précaution, d'imprudence ou de négligence est requis ainsi que les infractions réglementaires – ne sont pas susceptibles de donner lieu à une tentative punissable¹⁷.

2. Les actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution

La loi exige que la résolution de commettre un crime ou un délit se traduise par des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution¹⁸. De ce fait, le Code pénal exclut l'incrimination – du chef de tentative – des simples idées ou actes sans relation causale raisonnable avec l'infraction envisagée, tout comme les actes préparatoires, « c'est-à-dire des actes équivoques quant à l'intention recherchée (ces actes préparatoires sont certes utiles mais restent neutres, car susceptibles de plusieurs interprétations quant à la volonté de leur auteur) »¹⁹.

À cet égard, une distinction doit encore être opérée entre, d'une part, les actes préparatoires et, d'autre part, les actes dits d'exécution. Cette dichotomie est une question de fait qui relève de l'appréciation du juge du fond²⁰. Ainsi, les simples actes préparatoires non caractérisés présentent la spécificité de ne pas posséder « un lien suffisamment direct avec l'infraction pour traduire avec certitude l'intention de la commettre »²¹. Par exemple, le fait de verser une somme d'argent à un tiers dans le but de commanditer un crime, sans que ce tiers ait agi, ne peut, en principe, être considéré que comme un simple acte préparatoire de l'infraction et non comme un commencement d'exécution²²⁻²³.

¹⁷ Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 98. Pour aller plus loin, voy. F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. II, *L'infraction pénale*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 633-636.

¹⁸ Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *ibid.*, p. 89.

¹⁹ A. MASSET, *Introduction au droit pénal et à la criminologie*, notes de cours, 24^e éd., Université de Liège, année académique 2022-2023, pp. 154-155.

²⁰ Cass., 6 novembre 2018, R.G. n° P.18.0698. Voy. A. WERDING, « Tentative punissable », *Postal Memorialis*, 70, 2023, p. 4 et les références associées.

²¹ Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 98; N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 4^e éd., Limal, Anthemis, 2019, p. 282.

²² Cass., 14 janvier 2009, R.G. n° P.09.0024.F. ainsi que Cass., 6 novembre 2018. Voy. A. WERDING, « Tentative punissable », op. cit., p. 4 qui se réfère à l'arrêt de la Cour de cassation du 6 novembre 2018 où cette dernière a considéré qu'il y a bien commencement d'exécution d'une tentative d'assassinat lorsque la remise d'une somme d'argent s'accompagne d'actes matériels qui ne laissent aucun doute sur l'intention de l'auteur et qui tendent directement et immédiatement à la commission des faits projetés. En l'espèce, la remise de l'argent accompagnée d'autres actes tels qu'un repérage des lieux, une rencontre avec différents exécutants, ou encore la production de photographies de la victime ne peuvent être considérés comme de simples actes préparatoires de l'infraction, mais bien comme un véritable commencement d'exécution.

²³ Voy. encore l'abrogation corrélative de la loi du 7 juillet 1875 contenant des dispositions pénales contre les offres ou propositions de commettre certains crimes, dans la mesure où cette dernière prévoit un régime répressif particulier.

3. L'interruption ou l'échec volontaire de la tentative

Selon l'article 51 du Code pénal, la tentative n'est réprimée que lorsque les actes qui constituent un commencement d'exécution « ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur ». Cette condition renvoie donc à l'abandon spontané de l'auteur, qui doit avoir renoncé à son dessein ou à son intention spéciale de commettre le crime ou le délit, et ce, avant la consommation de l'infraction²⁴.

Il y a néanmoins tentative punissable en cas d'interruption du processus criminel²⁵ résultant de circonstances qui ne sont pas de la volonté de l'auteur²⁶.

Ainsi, la jurisprudence a établi que la seule constatation par laquelle le prévenu était entré dans des véhicules afin de commettre des vols et qu'après les avoir fouillés, il avait considéré qu'ils ne contenaient rien d'intéressant, l'individu n'avait en aucun cas renoncé volontairement à son dessein criminel²⁷.

De la même manière, lorsque le désistement a lieu sous l'effet d'un événement extérieur à l'agent – comme, par exemple, lorsque la victime se défend et parvient à s'échapper, ou lorsque les forces de l'ordre interviennent pour empêcher la consommation de l'infraction, ou encore lorsqu'un enfant observant la scène se met à hurler de panique²⁸ et interrompt l'auteur –, l'interruption ne peut être considérée comme évasive de la tentative punissable²⁹.

§ 2. La tentative punissable dans le nouveau Code pénal

A. Résolution criminelle qui reçoit un commencement d'exécution

1. Notion et champ d'application

La tentative punissable est désormais décrite à l'article 9 du nouveau Code pénal et se décline sous deux volets, un premier paragraphe, dédié à la résolution criminelle qui reçoit un commencement d'exécution, et un second paragraphe qui aborde la proposition, l'offre ou la provocation de commettre une infraction.

La tentative « classique » est celle décrite au paragraphe 1^{er}, à savoir la résolution criminelle qui reçoit un commencement d'exécution. Celui-ci dispose que :

« § 1^{er}. La tentative d'infraction est punissable lorsque la résolution criminelle de l'auteur s'est manifestée par un commencement d'exécution.

²⁴ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., pp. 287-288.

²⁵ F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. II, op. cit., p. 609.

²⁶ N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., 287-288 ; A. WERDING, « Tentative punissable », op. cit., p. 7.

²⁷ Cass., 23 mai 2012, R.G. n° P.12.0804.F. ; O. BASTYNS, « La tentative : interruption volontaire ou involontaire ? », note sous Cass., 23 mai 2012, R.D.P.C., pp. 1303-1308.

²⁸ Cass., 11 juin 2013, R.G. n° P.13.0436.N. ; dans le même sens : A. WERDING, « Tentative punissable », op. cit., p. 7.

²⁹ Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 101.

RÉFORME DU CODE PÉNAL ET QUESTIONS CHOISIES

Celui qui se désiste en raison de circonstances dépendantes de sa volonté n'est pas punissable. Le désistement volontaire ne s'applique au participant que lorsque les conditions d'application sont remplies dans son chef.

La tentative est toujours punissable pour les infractions intentionnelles.

La tentative punissable est punie d'une peine du niveau de peine immédiatement inférieur à celui prévu pour l'infraction consommée.

La tentative punissable d'une infraction punissable aux termes de la loi pour laquelle une peine de niveau 1 est prévue pour l'infraction consommée est punie de la même peine ou, lorsque la loi prévoit une peine accessoire et que le juge estime qu'il s'agit d'une peine appropriée, d'une peine accessoire prononcée au lieu de la peine principale.»

De manière classique et fidèle à ce qui était prévu à l'aune du Code pénal originel, sont incriminés la résolution criminelle de commettre un crime ainsi que son commencement d'exécution. Pour autant, il n'est désormais plus question de distinction en fonction de la gravité de l'infraction, alors que dans le système actuel, la tentative de contravention n'est jamais punissable à moins que la loi pénale particulière le prévoit explicitement. Le nouveau Code est, par conséquent, plus sévère sur ce point.

La tentative est toujours punissable pour les infractions intentionnelles. Désormais, il y aura lieu à une généralisation de la répression de la tentative pour toutes les infractions intentionnelles. Pour rappel, les infractions intentionnelles sont celles qui requièrent le dol tandis que les infractions non intentionnelles requièrent le défaut de prévoyance ou de précaution.

L'article 9, § 1^{er}, ne fait pas de distinction entre les infractions requérant le dol général et celles exigeant le dol spécial. Cette extension de la répression de la tentative risque d'accroître le nombre de poursuites pénales, dans la mesure où cet article viserait toutes les infractions intentionnelles définies dans le Code pénal en tant que tel, mais aussi toutes celles que l'on peut retrouver dans les diverses réglementations *ad hoc* qui incriminent des violations intentionnelles et renvoient au Livre I^{er} du Code pénal. Pour ce faire, cette extension doit être lue conjointement avec les articles 77 et 78 du nouveau Code pénal.

En revanche, demeurent exclues du champ d'application de la tentative les infractions qui recourent, comme élément moral, au défaut de prévoyance ou de précaution, dans la mesure où l'intention criminelle est difficile, voire impossible à établir dans ce cadre. Il en est de même pour les infractions dites réglementaires, à savoir celles qui se commettent du seul fait matériel de la violation de l'interdit ou de l'obligation³⁰, pour autant que l'agent ne puisse se justifier³¹. En somme, pour les infractions réglementaires, la preuve que l'auteur a commis sciemment et volontairement le fait résulte de la contravention

³⁰ Cass., 31 janvier 1989, *Pas.*, 1989, p. 577; Cass., 6 octobre 1982, *Pas.*, 1982, p. 193; Cass., 26 septembre 2006, R.G. n° P.060604.N.

³¹ Cass., 8 octobre 2002, *Pas.*, 2002, p. 1863.

à la prescription même, étant entendu cependant que l'auteur est mis hors cause lorsque la force majeure, l'erreur invincible ou une autre cause exclusive de peine est démontrée ou, à tout le moins, n'est pas dépourvue de crédibilité³²⁻³³.

2. Exception

Comme précédemment, le nouveau Code pénal prévoit une exception pour « [c]elui qui se désiste en raison de circonstances dépendantes de sa volonté n'est pas punissable ». Lors d'un désistement volontaire, il n'y a pas d'infraction si ce désistement est définitif et irrévocable.

Selon une certaine doctrine, dans la version actuelle de l'article 51 du Code pénal, le désistement volontaire est un élément constitutif négatif de la définition légale de la tentative³⁴. La qualification du désistement comme élément constitutif négatif présente une importance³⁵ au regard de la charge de la preuve. En effet, l'on peut lire dans les travaux parlementaires qu'« *a priori*, le ministère public ne doit pas prouver un fait négatif. Mais à l'instar des causes de justification ou d'excuse, lorsque l'affirmation du prévenu suivant laquelle il se serait désisté volontairement n'est pas dépourvue de toute crédibilité, le ministère public devrait apporter la preuve de l'absence de désistement volontaire »³⁶.

Suivant les exemples néerlandais et allemand, à la lecture toujours des travaux parlementaires, le projet de loi envisage le désistement volontaire comme une cause d'excuse absolutoire et non comme un élément constitutif négatif de la tentative. Il nous paraît que cette qualification de cause d'excuse absolutoire est mal choisie dès lors qu'aucune responsabilité pénale et civile ne pourra être retenue à charge du prévenu qui s'est désisté volontairement.

Le nouveau Code s'emploie encore à trancher la question de la répercussion ou non du bénéfice du désistement de l'auteur principal sur la responsabilité pénale des participants³⁷.

³² Voy. Cass., 27 septembre 2005, R.G. n° P.05.0371.N.

³³ *Ibid.*

³⁴ F. VERBRUGGEN, « Strafbare voorbereidingshandelingen in België: een autopsie zonder lijk », *Preadviezen voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht*, Nimègue, Wolf Legal Publishers, 2004, p. 42. Voy. également A. DE NAUW, « Strafbaarheid van voorbereidingshandelingen », *Preadvies voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 1982, p. 32; F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 563 : « Le désistement volontaire est élusif de l'infraction et de sa tentative. Il ne peut être considéré comme une cause de justification ou une cause d'excuse » et les conclusions de l'avocat général VANDERMEERSCH dans Cass., 20 mars 2013, R.G. n° P.13.0016.F : « [O]n peut considérer qu'il est question d'une infraction tentée ou manquée à la suite d'un désistement volontaire ce qui, pour l'agent, est élusif de la tentative punissable. »

³⁵ F. VERBRUGGEN, *ibid.*, pp. 42-43.

³⁶ Voy. projet de loi (I) introduisant le Livre I^{er} du Code pénal, *op. cit.*, pp. 61-62.

³⁷ *Ibid.*, p. 63.

RÉFORME DU CODE PÉNAL ET QUESTIONS CHOISIES

En effet, dans cette hypothèse, le participant est, en principe, mis hors de cause en raison de l'absence d'un fait principal³⁸.

Cependant, à la suite de l'avis 60.893/3 du 27 mars 2017 du Conseil d'État³⁹, le législateur a expressément retenu la non-répercussion du désistement volontaire dans le chef des participants. Ce principe ne s'applique évidemment pas lorsque les conditions du désistement volontaire sont également remplies dans le chef de ce participant. Le nouveau Code prévoit par conséquent que « [l]e désistement volontaire ne s'applique au participant que lorsque les conditions d'application sont remplies dans son chef ».

3. Sanction

Dans le Code actuel, la tentative de crime est toujours punissable ; la tentative de délit, quant à elle, n'est punissable que dans les cas expressément prévus. La tentative de contravention n'est jamais punissable, à moins qu'une loi pénale particulière le prévoie explicitement.

Afin de mieux comprendre le système de sanction qui est prévu pour la tentative punissable dans sa nouvelle mouture, il semble important, à ce stade, d'introduire très succinctement le nouveau système de classification des infractions. Si le nouveau Code pénal utilise désormais le vocable d'« infraction » en reléguant aux oubliettes la distinction tripartite entre crimes, délits et contraventions, il a surtout établi un système de sanction des infractions selon huit niveaux de peine. Dans le projet de Livre II, les différentes infractions seront reliées aux niveaux de peine contenus dans le Livre I^{er}. Dans la mesure où le nouveau Code pénal prévoit une extension de la tentative punissable à toutes les infractions intentionnelles, il y aura lieu de n'appliquer la loi nouvelle – au demeurant plus sévère – qu'aux infractions nouvellement incriminées ayant lieu après son entrée en vigueur.

En principe, la tentative est sanctionnée par la peine du niveau immédiatement inférieur à celle comminée pour l'infraction accomplie, sauf en cas d'infraction passible de la peine la plus faible, à savoir de niveau 1. En effet, par exception, pour les infractions de peines de niveau 1, la sanction sera soit la peine comminée pour l'infraction si cette dernière avait été consommée, soit lorsqu'il existe

³⁸ Voy. par exemple A. DE NAUW, « Strafbbaarheid van voorbereidingshandelingen », *op. cit.*, p. 32 ; F. VERBRUGGEN, « Strafbare voorbereidingshandelingen in België: een autopsie zonder lijk », *op. cit.*, p. 43 ; sur le tiers coauteur qui ne peut bénéficier du désistement volontaire, voy. par ex. J.-S.-G. NYPÉLS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété*, Bruxelles, Bruylant, 1896, p. 126 ; C. X. GOEDSEELS, *Commentaire du Code pénal belge*, Bruxelles, Librairie de droit et de jurisprudence Albert Hauchamps, 1928, p. 91 ; W. CALEWAERT, « De strafbare poging », *Rechtsk. Tijdschrift*, 1954, p. 229. Voy. sur cette discussion notamment A. DE NAUW, « Strafbbaarheid van voorbereidingshandelingen », *op. cit.*, pp. 31-32. Voy. également sur la problématique du désistement volontaire concernant la participation punissable Cass., 20 mars 2013, R.G. n° P.13.0016.F avec les conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH, N.C., 2015, p. 113 et Cass., 17 avril 2013, R.G. n° P.13.0148.F, N.C., 2015, p. 114 avec note de J. VANHEULE.

³⁹ Avis 60.893/3 du Conseil d'État, n° 54, pp. 137-138.

une peine accessoire prévue par la loi et que le juge estime qu'il s'agit d'une peine appropriée, la peine accessoire peut seule être prononcée à la place de la peine principale.

B. Proposition, offre ou provocation de commettre une infraction

1. Notion et champ d'application

Le second versant de la tentative, visé à l'article 9, paragraphe 2, du nouveau Code pénal, dispose :

« § 2. Est puni d'une peine de deux niveaux inférieurs à celui prévu pour l'infraction consommée, la personne qui, de façon ferme et certaine, propose ou offre de commettre une infraction punissable aux termes de la loi d'une peine de niveau 5 ou d'un niveau supérieur ou provoque à commettre cette infraction et celui qui accepte une telle proposition, offre ou provocation, lorsque cette proposition, offre ou provocation n'a pas eu d'effet en raison de circonstances indépendantes de sa volonté. »

Ce second paragraphe vise l'hypothèse qui se caractérise par une proposition, une offre ou une provocation de commettre une infraction, mais qui n'est pas suivie d'effet en raison de circonstances indépendantes du provocateur.

À la lecture de l'article, il peut être déduit de ce second paragraphe le caractère autonome de l'infraction. Le nouveau Code étend de la sorte le champ d'application de la tentative au fait de faire ou d'accepter une offre criminelle qui n'a pas été suivie d'effet⁴⁰. Il ne doit pas nécessairement être question d'une certaine répétition ou d'une durée spécifique. Le comportement doit seulement être de nature à ne laisser aucun doute quant à l'intention de l'auteur⁴¹. Néanmoins, ce second paragraphe ne porte que sur la proposition, l'offre ou la provocation de commettre les infractions de niveau 5 ou de rang supérieur et, pour ne pas violer le principe de la proportionnalité, au regard du taux de la peine, la tentative est punie dans une moindre mesure que si l'infraction avait été consommée.

Le désistement « en raison de circonstances indépendantes de (l) a volonté » de l'auteur n'a, de la sorte, pas d'influence sur le caractère punissable de la tentative.

⁴⁰ Le projet de loi s'appuie sur ce point sur l'avant-projet de Code pénal du commissaire royal Legros: R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, Bruxelles, M.B., 1985, p. 30: « Sont punissables comme tentatives du crime ou du délit, l'entreprise, l'instigation et l'offre, fermes et précises, de faire commettre le crime ou le délit, lorsqu'elles n'ont pas été suivies d'effets en raison de circonstances indépendantes du provocateur; l'acceptation de l'offre sera punie de la même peine. »

⁴¹ Les travaux préparatoires citent l'exemple du commanditaire d'un meurtre qui a déjà versé une somme d'argent pour sa perpétration (projet de loi (I) introduisant le Livre 1^{er} du Code pénal, *op. cit.*, p. 66); voy. encore Cass., 14 janvier 2009, *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 452.

2. Sanction

Comme nous venons de l'exposer, cette tentative n'est pas punie de la peine applicable à l'infraction consommée. En effet, la sanction est une peine de deux niveaux inférieurs à celui prévu pour l'infraction consommée.

§ 3. Le régime actuel de la participation

A. La base légale

La participation de plusieurs personnes au même crime ou délit est régie par le chapitre VII, du livre I^{er}, du Code pénal (les art. 66 à 69 C. pén.). La participation suppose de la sorte une volonté de s'associer à la commission d'une infraction selon l'un des modes de participation visés aux articles 66 et 67 du Code pénal.

L'article 66 du Code pénal actuel vise la corréité et sanctionne de ce fait les coauteurs, c'est-à-dire ceux qui apportent une aide indispensable à l'infraction. L'article 67, quant à lui, vise la complicité, c'est-à-dire ceux qui apportent une aide utile à la réalisation de l'infraction. Les participants, qu'ils soient coauteurs ou complices, sont nécessairement des personnes différentes de l'auteur de l'infraction. Pour les mêmes faits, une personne ne peut pas être déclarée auteur ou coauteur de l'infraction tout en étant qualifiée de complice⁴². Cependant, des comportements successifs dans le chef d'un même agent, en qualité d'auteur, de coauteur ou de complice, pourraient être envisageables pour des faits ou des actes différents⁴³.

B. Les conditions

La participation requiert la réunion de trois éléments constitutifs afin que l'infraction soit punissable, à savoir (1) une participation criminelle qui s'appuie sur une infraction principale, (2) la connaissance et la volonté du participant de s'associer à l'acte commis ou à commettre et (3) l'accomplissement d'un acte positif de participation prévu par la loi, aux termes des articles 66 et 67 du Code pénal.

1. L'existence d'une infraction

Dans la mouture actuelle du Code pénal, la participation n'est punissable que si elle peut être reliée à une infraction principale⁴⁴ qui ne peut être qu'un crime ou un délit, ou un délit contraventionnalisé. La participation à une infraction de contravention n'est pas punissable.

⁴² Cass., 25 avril 2012, R.G. n° P.12.0125.F.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Cass., 9 novembre 2022, R.G. n° P.22.892.F.

Encore, la participation à une tentative de crime ou de délit est punissable, alors que la tentative de participation à une infraction ne l'est pas.

Si le fait principal n'est pas constitutif d'une infraction, il va de soi que le participant ne peut pas être sanctionné du chef de cette dernière. En revanche, si l'auteur principal, dans le chef duquel les éléments constitutifs matériels de l'infraction sont réunis, est inconnu ou même en fuite, il ne peut pas en être déduit que le participant ne pourra pas être condamné⁴⁵.

2. La connaissance et la volonté de s'associer à la commission d'une infraction

a. L'intention de participer

La participation punissable suppose un élément de connaissance et une volonté de s'associer à la commission de l'infraction, de la provoquer ou de la favoriser dans sa préparation, son exécution ou sa consommation⁴⁶.

Il s'ensuit que le participant doit avoir connaissance de la circonstance qu'il participe à un crime ou à un délit, ce qui implique qu'il ait connaissance de toutes les circonstances qui donnent au fait, auquel il participe par sa coopération, le caractère d'un crime ou d'un délit déterminé⁴⁷.

En d'autres termes, la volonté de s'associer à l'acte principal, pour qu'il y ait participation criminelle, doit normalement porter sur une infraction déterminée et pas sur n'importe quelle infraction⁴⁸. Néanmoins, si la participation criminelle requiert en principe que l'auteur ait connaissance de la circonstance qu'il participe à un crime ou à un délit déterminé et s'il est requis mais aussi qu'il suffit 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, la circonstance que le participant renonce sciemment à une connaissance plus concrète et au but de l'infraction projetée n'a pas pour effet qu'il contribue ainsi inconsciemment à cette infraction, mais qu'il veut participer en connaissance de cause à n'importe quelle infraction déterminée⁴⁹.

Cette exigence d'une coopération volontaire a pour conséquence que nul ne peut être participant à une infraction involontaire⁵⁰.

⁴⁵ D. VANDERMEERSCH, « La participation criminelle: questions d'actualité », in *Droit pénal en questions*, Limal, Anthemis, 2013, p. 11.

⁴⁶ Cass., 26 février 2008, *Pas.*, 2008, n° 129; D. VANDERMEERSCH, *ibid.*, p. 14.

⁴⁷ Cass., 29 novembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 656; Cass., 15 mars 2017, R.G. n° P.16.1261.F.

⁴⁸ F. TULKENS, M. VAN KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 417; Cass., 18 mai 2022, R.G. n° P.22.113.F. Si les coauteurs doivent connaître le but et la nature de l'action à laquelle ils ont participé, la loi n'exige pas qu'ils aient été informés de tous les détails d'exécution du crime ou du délit pour en mériter la peine.

⁴⁹ Cass., 16 décembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 2021, n° 647.

⁵⁰ F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. III, *L'auteur de l'infraction pénale*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 262-265.

RÉFORME DU CODE PÉNAL ET QUESTIONS CHOISIES

Par ailleurs, il n'est pas requis que le participant soit animé du même élément moral que celui exigé de l'auteur de l'infraction principale⁵¹. Le dol général suffit dans le chef du participant qui doit être animé de l'intention d'aider autrui à commettre une infraction déterminée, même si l'infraction principale, commise par l'auteur, requiert quant à elle la constatation d'un dol spécial⁵².

À défaut d'une telle connaissance, la participation ne peut être sanctionnée⁵³.

b. La question de l'imputation des circonstances aggravantes aux participants

Concernant les circonstances aggravantes, il est important de distinguer les circonstances aggravantes dites « personnelles » ou « subjectives » de celles qualifiées de « réelles » ou « objectives »⁵⁴. Les circonstances aggravantes subjectives sont propres à l'agent concerné par la circonstance en cause, comme l'exigence de la fonction pour le vol commis par un fonctionnaire public. Les circonstances aggravantes objectives sont, quant à elles, intrinsèques à l'infraction : ce sont ces dernières qui doivent peser sur tous les participants, dans la mesure où elles sont inhérentes à l'infraction⁵⁵.

Jusqu'à l'arrêt *Goktepe* de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁶, la jurisprudence estimait que les circonstances aggravantes objectives se communiquaient de manière automatique à chaque coauteur ou complice, quelle que soit la connaissance qu'ils en aient eue⁵⁷. Le fait de punir les auteurs et les participants de la même façon se justifiait selon la théorie dite de l'emprunt matériel de criminalité : cette dernière présuppose « qu'en unissant dans un but commun, les coauteurs ou complices se soumettent à toutes les chances des événements et consentent à toutes les suites de l'infraction »⁵⁸. F. Kuty 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 »⁵⁹, n'emportent la res-

⁵¹ Voy., pour un exemple, A VERHOUSTRAETEN, P. MONVILLE et al., « La responsabilité pénale de l'homme de paille : pas de quoi en faire tout un foin ? », in A. MASSET, A. VERHOUSTRAETEN, I. ALGOET, J. DEHAENE, N. RADELET et P. MONVILLE, *La responsabilité civile pénale et sociale au sein de l'entreprise*, Limal, Anthemis, 2021.

⁵² Voy. Par exemple Cass., 12 mai 1998, *Pas.*, 1998, n° 246; Cass., 25 septembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 494.

⁵³ Cass., 24 mars 1998, *Pas.*, 1998, n° 164.

⁵⁴ 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 », *Rev. Dr. Pén. Crim.*, 2002, p. 374.

⁵⁵ C. FAGNOULLE, « Le point sur les circonstances aggravantes réelles », *J.L.M.B.*, 2009/1, p. 24.

⁵⁶ Cour eur. D.H., *Goktepe c. Belgique*, 2 juin 2005, *Rev. Dr. Pén.*, 2005, p. 1247 et note M. NÈVE; *J.L.M.B.*, 2005, p. 1556 et note N. COLETTE-BASEQCZ.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ P.-P. RENSON, « L'emprunt de criminalité sévèrement condamné par la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2005/38, n° 6200, p. 715.

⁵⁹ Cass., 5 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1813, *R.C.J.B.*, 2006, p. 243, note F. KUTY (« les actes de participation ne doivent pas contenir tous les éléments de l'infraction »); Cass., 28 juin 2005, *Pas.*, 2005, p. 1464 (« pour qu'un prévenu puisse être condamné comme coauteur ou complice d'une infraction, il n'est pas requis que les actes de participation contiennent tous les éléments de l'infraction »).

ponsabilité pénale de celui qui les pose que parce qu'ils empruntent leur criminalité à l'acte légalement qualifié infraction commis par l'auteur principal»⁶⁰, et de rajouter alors que «l'acte de participation peut ainsi, au contraire de l'infraction, constituer un acte en soi non punissable qui ne le devient que lors de la commission de celle-ci»⁶¹.

Le fait de ne pas individualiser l'appréciation de la culpabilité de chaque participant à l'aune d'une circonstance aggravante objective, telle que le meurtre qui aurait été commis pour faciliter le vol, ne manquait pas de heurter tant les principes de la responsabilité pénale individuelle que celui de l'individualisation des peines.

Cette théorie de l'emprunt matériel de criminalité a été condamnée pour la première fois en 2005, à l'occasion de l'arrêt *Goktepe c. Belgique*⁶².

Dans cette affaire, le requérant – Umit Goktepe – était poursuivi avec deux autres personnes pour le vol dans une habitation, en ayant porté des coups à l'occupant des lieux. Devant la cour d'assises, l'accusé Goktepe a été condamné à une peine de trente ans de réclusion pour participation à un vol avec violences ayant entraîné la mort de la victime. Cet accusé, qui se défendait d'avoir porté des coups à la victime, réclamait l'individualisation des circonstances aggravantes dans le chef de chaque participant. Sa demande a été rejetée par la cour d'assises, qui a appuyé sa motivation sur la théorie de l'emprunt matériel de criminalité⁶³. Il a introduit un pourvoi en cassation, qui a également été rejeté. Le condamné a alors déposé une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant une violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention sous l'angle du droit à un procès équitable. En effet, le requérant estimait qu'il n'avait pas véritablement eu accès à un tribunal puisque le jury n'avait pu individualiser la responsabilité de chaque accusé dans les violences commises. La Cour européenne des droits de l'homme a confirmé que l'article 6 de la Convention, tout comme le principe du contradictoire, implique l'obligation pour le tribunal de procéder à un examen effectif de moyens de chaque partie⁶⁴. En l'espèce, l'absence de traitement individualisé sur les circonstances aggravantes objectives n'avait pas permis aux jurés d'apprécier ces circonstances dans le chef de chaque accusé. La Haute Cour en a conclu que l'article 6 de la Convention était violé.

⁶⁰ F. KUTY, « Les circonstances aggravantes réelles et la théorie de l'emprunt matériel de criminalité: la consécration du principe de la responsabilité pénale », *R.C.J.B.*, 2008/2, p. 214.

⁶¹ *Ibid.*, Cass., 18 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 130.

⁶² Cour eur. D.H., *Goktepe c. Belgique*, 2 juin 2005, *J.L.M.B.*, p. 1556, note N. COLETTE-BASECQZ, *R.D.P.*, 2005, p. 1247, note M. NÈVE, *J.T.*, 2005, p. 713; O. MICHIELS, « Les interactions entre la prévisibilité du dommage et l'élément moral des infractions », *J.T.*, 2009, p. 564.

⁶³ C. FAGNOULLE, « Le point sur les circonstances aggravantes réelles », *op. cit.*, p. 27.

⁶⁴ *Ibid.*

RÉFORME DU CODE PÉNAL ET QUESTIONS CHOISIES

Cette jurisprudence a été réitérée et confirmée par la Cour européenne, notamment dans les arrêts *Delespesse*⁶⁵ et *Haxhishabani*⁶⁶, qui abordaient des questions similaires. Dans ce dernier arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme constatait cependant que « [c]ertes, 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 »⁶⁷.

Fort de cette jurisprudence européenne, la Cour de cassation considère que toute circonstance aggravante, qu'elle soit personnelle ou réelle, doit être appréciée séparément dans le chef de chacun des accusés ou prévenus⁶⁸.

c. L'accomplissement d'un des actes de participation prévus par la loi

Les articles 66 à 69 définissent les comportements qui constituent des actes de participation criminelle à la commission d'une infraction. En dehors de ces comportements, il n'existe pas de participation punissable, sauf dérogation prévue par une loi particulière.

Ainsi, ne sont pas punissables au titre d'actes de participation⁶⁹ :

- la connaissance d'un projet criminel et l'abstention de réaction ou de désapprobation⁷⁰ ;
- la simple approbation du projet de commettre une infraction ;
- le fait de profiter du butin résultant de l'infraction⁷¹.

Par ailleurs, la provocation directe à commettre une infraction visée par les alinéas 4 et 5 de l'article 66 du Code pénal suppose que l'incitation à réaliser une infraction soit non ambiguë et qu'elle soit suffisamment caractérisée. Elle doit encore avoir lieu suivant l'un des modes énoncés par la loi, à savoir des

⁶⁵ Cour eur. D.H., *Delespesse c. Belgique*, 27 mars 2008, N.C., 2008, p. 260, note J. ROZIE.

⁶⁶ Cour eur. D.H., *Skender Haxhishabani c. Luxembourg*, 20 janvier 2011, J.T., 2011, p. 358, note F. KUTY, « La responsabilité pénale du chef des circonstances aggravantes réelles de nature intentionnelle : la jurisprudence Haxhushabani ».

⁶⁷ Voy. Aussi, pour une individualisation des circonstances, Cass., 12 octobre 2011, R.G. n° P.11.1166.F.

⁶⁸ Cass., 17 juin 2008, R.G. n° P.08.0070.N, *Pas.*, 2008, n° 379 ; Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 137.

⁶⁹ D. VANDERMEERSCH, « La participation criminelle : questions d'actualité », in *Droit pénal en questions*, Limal, Anthemis, 2013, p. 23.

⁷⁰ Il pourrait, le cas échéant, y avoir des poursuites pour non-assistance à personne en danger.

⁷¹ Liège, 19 janvier 2022, *J.L.M.B.*, 2022, p. 441.

dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables.

De même, si l'omission envisagée comme acte de participation ne vise pas un manquement à une obligation d'agir déterminée ou l'abstention de poser un acte de nature à empêcher la commission d'une infraction grave, une attitude caractérisée adoptée par une personne peut, quant à elle, constituer un acte de participation lorsqu'en raison des circonstances de la cause, cette inaction consciente et volontaire constitue une coopération directe ou une aide à l'exécution de l'infraction au sens des articles 66 et 67 du Code pénal⁷². À nouveau, il convient d'identifier une abstention caractérisée ou un encouragement positif et non ambigu à la commission d'une infraction suivant l'un des modes prévus par les articles 66 et 67 du Code pénal et non une simple omission. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que le fait d'assister passivement à l'exécution d'une infraction peut constituer une participation punissable lorsque l'abstention de toute réaction traduit l'intention de coopérer directement à cette exécution en contribuant à la permettre ou à la faciliter⁷³.

Précisons encore qu'en règle, seul un acte positif, préalable à l'exécution de l'infraction ou concomitant, peut être constitutif d'une participation à un crime ou à un délit au sens de l'article 66 du Code pénal. Toutefois, des actes postérieurs à la commission de l'infraction peuvent être constitutifs d'une participation punissable lorsqu'ils ont fait l'objet d'une concertation préalable et qu'ils s'intègrent ainsi dans le plan prévu pour la commission de l'infraction⁷⁴.

3. Un acte positif de participation prévu par la loi selon les termes des articles 66 et 67 du Code pénal

Les articles 66 et 67 du Code pénal visent les comportements qui constituent des actes de participation à la commission d'une infraction.

a. Les actes de participation conférant la qualité d'auteur et de coauteur

La notion d'auteur et de coauteur

Dans un arrêt du 3 octobre 2023, la Cour de cassation précise qu'au titre de l'article 149 de la Constitution, le juge qui déclare un prévenu coupable d'avoir participé à une infraction est tenu d'établir la forme de participation qu'il considère comme avérée en usant des termes des articles 66 ou 67 du Code pénal ou de termes similaires.

En l'espèce, l'arrêt attaqué de la cour d'appel avait déclaré le demandeur en cassation coupable en tant qu'auteur ou coauteur, au sens de l'article 66 du

⁷² Cass., 26 février 2008, *Pas.*, 2008, n° 129; Cass., 29 novembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 652.

⁷³ Cass., 17 décembre 2008, R.G. n° F-20081217-5; Cass., 26 juin 2019, *Pas.*, 2019, p. 1443.

⁷⁴ Cass., 26 avril 2017, R.G. n° P.17.0184.F.

RÉFORME DU CODE PÉNAL ET QUESTIONS CHOISIES

Code pénal, du fait décrit dans les préventions, *mais sans toutefois établir dans les termes de l'article 66 dudit code ou dans des termes similaires la forme de participation qu'il considère comme avérée*. L'arrêt attaqué indiquait que le prévenu concerné n'avait pas participé à la commission effective des faits punissables – un incendie dans une maison habitée – mais en avait donné l'ordre.

La Cour de cassation a conclu que la déclaration de culpabilité du demandeur en tant qu'auteur ou coauteur, au sens de l'article 66 du Code pénal, du fait concerné n'était donc pas régulièrement motivée par la cour d'appel.

Dans une circulaire du 15 février 2024, le Collège des procureurs généraux en a déduit que « compte tenu de cette jurisprudence récente en matière de commission de faits ou de corréité, la simple mention "auteur ou coauteur au sens de l'article 66 du Code pénal" n'est pas suffisante, et tous les actes de participation applicables à l'affaire concrète (tels que visés à l'article 66 du Code pénal) doivent être mentionnés dans tous les réquisitoires finaux, réquisitoires de renvoi devant la cour d'assises, citations à comparaître, convocations par procès-verbal et ordres de paiement visés à l'article 216bis/1, § 1^{er}, 1^o, du Code d'instruction criminelle »⁷⁵. Pratiquement, il s'ensuit que si le juge devait identifier des actes de participation qui n'ont pas été visés comme tels par la partie publique, il conviendra qu'il invite les parties à s'en défendre.

Nous observerons encore que la Cour de cassation s'est montrée moins sévère dans un arrêt ultérieur prononcé le 7 février 2024 dès lors qu'elle a conclu que les termes « auteurs » et « coauteurs » devaient être considérés comme ayant le même sens en droit pénal, la loi ne faisant aucune distinction à cet égard. Les termes « auteurs » et « coauteurs » désignent, de manière indifférenciée, toute personne ayant joué un rôle essentiel et indispensable⁷⁶.

Les actes en tant que tels

L'article 66 du Code pénal actuel énumère les modes de participation qui confèrent la qualité d'auteur ou de coauteur à l'agent. L'on peut ainsi énumérer :

- reprise à l'alinéa 2, la coopération directe à l'infraction, qui vise « ceux qui l'auront exécuté[e] ou qui auront coopéré directement à son exécution ». Ce mode de participation vise tous les actes qui ne rentrent pas dans la définition de l'infraction en tant que telle, mais qui constituent néanmoins une intervention active et directe dans la perpétration de cette dernière⁷⁷ ;
- l'aide indispensable, visée à l'alinéa 3, est celle apportée par « ceux qui, par un fait quelconque, auront prêté pour l'exécution une aide telle que, sans

⁷⁵ Coll. n° 01/2024 du 15 février 2024.

⁷⁶ Cass., 7 février 2024, R.G. n° P.23.15236.F.

⁷⁷ J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, 3^e éd., Gand, 1879, p. 388.

- leur assistance, le crime ou le délit n'eût pu être commis». Il n'est pas requis que l'infraction n'eût pu être commise sans l'assistance du coauteur, pourvu qu'elle n'eût pu être commise telle qu'elle l'a été *in concreto*⁷⁸. Cette appréciation relève du pouvoir du juge répressif statuant en fait⁷⁹ ;
- enfin, les alinéas 4 et 5 visent quant à eux la provocation, respectivement *privée* en vertu de l'alinéa 4 et *collective* en vertu de l'alinéa 5. Les actes de provocation sont ceux qui ont fait naître chez autrui une résolution criminelle ou s'évertuent à accentuer cette dernière qui était déjà bien présente dans l'esprit de la personne. Pour être punissable, la provocation doit néanmoins répondre à deux critères : elle doit être directe⁸⁰ et suivie d'effets⁸¹.

La peine

Le coauteur encourt la même peine que l'auteur de l'infraction principale. La loi ne fait pas de distinction entre l'auteur et le coauteur de l'infraction : ces termes, comme nous l'avons vu, doivent être appréhendés comme ayant la même signification⁸².

b. Les actes de participation conférant la qualité de complice

Visés par l'article 67 du Code pénal actuel, ces actes sont l'œuvre d'agents dont la participation est accessoire : leur secours a été utile à l'action sans pour autant avoir été nécessaire⁸³.

Les actes en tant que tels

Les articles 67 et 68 du Code pénal actuel érigent une série d'hypothèses pouvant être qualifiées d'actes de complicité :

- l'alinéa 2 de l'article 67 vise ceux qui auront donné des instructions pour commettre ladite infraction. Il n'est pas fait mention ici du simple conseil ou avis partagé. Il est question d'un véritable renseignement utile donné dans le but de favoriser la commission de ladite infraction⁸⁴ ;
- l'alinéa 3 du même article vise la fourniture d'armes ou d'instruments ou de logistique – donc de toute aide matérielle qui servirait à la réalisation de l'infraction ;
- l'aide accessoire, qui consiste à apporter une aide ou une assistance dans l'exécution de la préparation, est également visée par l'alinéa 4 de l'ar-

⁷⁸ F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. III, *op. cit.*, p. 290.

⁷⁹ Corr. Bruxelles, 20 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 870.

⁸⁰ Cass., 26 février 2008, R.G. n° P.06.1518.N.

⁸¹ Des exceptions existent néanmoins sur ce point. Voy. par exemple, et de manière non exhaustive, la loi du 25 mars 1891 qui réprime la provocation à commettre des crimes et certains délits sans qu'elle soit suivie d'effets ; voy. encore le nouvel article 9, § 2, du Code pénal examiné *supra*.

⁸² Cass., 5 octobre 2005, R.G. n° P.05.0444.F.

⁸³ Cass., 25 avril 2012, R.G. n° P.12.0125.F, *Pas.*, 2012, n° 254.

⁸⁴ A. MASSET, *Introduction au droit pénal et à la criminologie*, *op. cit.*, p. 177.

RÉFORME DU CODE PÉNAL ET QUESTIONS CHOISIES

ticle 67. Cette forme de complicité d'un crime ou d'un délit vise ceux qui ont, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs du crime ou du délit non seulement dans les faits qui l'ont préparé ou facilité, mais aussi dans ceux qui l'ont consommé⁸⁵ ;

- l'article 68, quant à lui, sanctionne l'hypothèse de complicité en cas de recel habituel de malfaiteurs pour celui qui, en connaissance de cause, fournit le logement, un lieu de retraite ou de réunion à des malfaiteurs.

La peine

Le complice d'un crime est sanctionné par l'article 69, alinéa 1^{er}, du Code pénal actuel. Celui-ci est puni de la peine immédiatement inférieure à celle qui serait applicable à l'auteur de l'infraction principale, selon l'échelle des peines reprises aux articles 80 et 81 du Code pénal, sous l'exception bien connue que le complice d'un crime punissable de la réclusion à perpétuité est punissable de la réclusion de vingt à trente ans.

En ce qui concerne le complice d'un délit, cette fois, celui-ci est sanctionné, en vertu de l'alinéa 2 du même article, d'une peine qui ne peut pas excéder les deux tiers de la peine applicable à l'auteur, sans référence à la peine concrètement appliquée à cet auteur.

§ 4. La participation punissable dans le nouveau Code pénal

A. L'auteur

L'article 17 du nouveau Code pénal s'apparente à une codification de dispositions générales du droit pénal, en conférant une définition à la qualité d'auteur et en reprenant l'essence du coauteur dans l'alinéa 3. En effet, d'après cet article, « [l']auteur est la personne physique ou la personne morale qui réunit en elle tous les éléments constitutifs de l'infraction ou qui réunit les conditions de l'article 9: 1° soit en personne; 2° soit en se servant d'une autre personne comme simple instrument; 3° soit en collaborant délibérément avec autrui. »

Cette disposition résulte du souhait insufflé par le Conseil d'État de définir la qualité d'auteur dans le Code pénal, à la lumière également de la qualité de coauteur et d'auteur indirect⁸⁶.

L'article 18 du nouveau Code pénal ne manque pas de préciser que l'auteur de l'infraction ou le participant à celle-ci peut être une personne physique ou une personne morale⁸⁷.

⁸⁵ Voy. Cass., 26 avril 2017, R.G. n° P.17.0184.F.

⁸⁶ Avis 60.893/3 du Conseil d'État, n°s 76-77.

⁸⁷ Projet de loi (I) introduisant le Livre I^{er} du Code pénal, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2022-2023, p. 83.

Selon le nouveau Code, la participation se décompose en trois éléments. Le premier (1° en personne) reprend la forme la plus évidente de l'auteur *direct* de l'infraction. Classiquement, l'auteur est celui qui réunit par lui-même tous les éléments constitutifs de l'infraction⁸⁸. Le deuxième élément (2° en se servant d'une autre personne comme simple instrument) renvoie à l'auteur *indirect*. Bien que cette projection n'ait pour l'heure pas de fondement légal explicite dans notre Code pénal, cette construction semble généralement admise par la jurisprudence et la doctrine⁸⁹. C'est l'exemple où l'auteur se sert d'une personne tierce afin de commettre une infraction. Cette dernière n'est qu'un instrument dénué de volonté, servant exclusivement au dessein du véritable auteur. Par conséquent, ce dernier n'est pas punissable, soit parce que l'élément moral fait défaut dans son chef, soit parce qu'il peut invoquer une cause d'exemption de culpabilité. C'est dans le chef de l'auteur indirect que l'on doit rechercher et retrouver tous les éléments constitutifs de l'infraction, dans la mesure où la personne qui a adopté le comportement requis pour la commission de l'infraction n'a été utilisée par lui que comme un instrument pour commettre une infraction⁹⁰.

Le 3° renvoie à l'essence même de la notion de coauteur, bien qu'il n'en fasse pas mention. En effet, cet alinéa se réfère à la collaboration délibérée avec autrui. Cette situation peut viser deux cas de figure⁹¹ :

- Celui où deux ou plusieurs personnes commettent une infraction, et où l'on peut retrouver, dans le chef de chacun, les éléments constitutifs de l'infraction⁹².
- Celui où l'infraction est commise conjointement par deux ou plusieurs personnes, sans que chacune d'entre elles ne réunisse individuellement tous les éléments constitutifs de l'infraction, mais tout en les réunissant ensemble : les éléments de l'infraction seraient comme répartis. Comme le révèlent certains éléments du projet de loi, la doctrine s'est questionnée sur l'habillage qu'il fallait conférer à ce schéma : s'agissait-il d'une forme liée à la qualité d'auteur ou de participant ? Se fiant à la théorie du

⁸⁸ *Ibid.* ; les travaux préparatoires citent par exemple le voleur qui agit seul et soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas.

⁸⁹ A. DE NAUW et F. DERUYCK, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Bruges, Die Keure, 2015, pp. 91-92 ; F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. III, *op. cit.*, pp. 74-75, n° 1673 ; J. VANHEULE, *Strafbare deelneming*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 685-687, n° 540 ; F. VERBRUGGEN et R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors – Deel I*, Anvers, Maklu, 2016, pp. 100-101.

⁹⁰ Projet de loi (I) introduisant le Livre I^{er} du Code pénal, *op. cit.*, p. 84.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² En principe, elles devraient également pouvoir relever de la forme de corréité mentionnée sous 1° ; mais du fait du lien entre elles dans l'intention de commettre ensemble l'infraction, leurs comportements forment ensemble un tout. C'est par exemple le cas lorsque deux personnes commettent ensemble des vols dans les magasins et y soustraient toutes les deux frauduleusement des choses. En principe, elles ont chacune commis des vols individuels mais par leur entente commune, leurs comportements peuvent être liés et, le cas échéant (s'il est satisfait aux conditions de l'article 20 du projet), les éléments aggravants dans le chef de l'un des auteurs peuvent également se répercuter sur l'autre.

RÉFORME DU CODE PÉNAL ET QUESTIONS CHOISIES

caractère dépendant de la participation, il a été décidé d'en faire dans le projet une forme liée à la qualité d'auteur⁹³.

En tout état de cause, le 3° insiste sur l'élément volontaire et délibéré de la coopération entre les différents acteurs pour commettre une infraction déterminée. Par conséquent, s'il existe une discordance entre l'intention d'un des coauteurs et l'infraction commise, ce cas de figure aura des conséquences sur la qualification des faits infractionnels.

L'hypothèse reprise à l'article 17, 3°, peut judicieusement être confrontée à celle de l'article 20, 1°, du nouveau Code pénal. En effet, ce dernier prévoit :

« L'auteur au sens de l'article 17, 3°, ou le participant qui avait connaissance ou devait avoir connaissance de l'existence d'un élément aggravant objectif ou d'un facteur aggravant objectif de l'infraction ou qui savait ou devait savoir que la réalisation de cet élément ou de ce facteur 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, est puni comme l'auteur ou le participant de l'infraction aggravée. »

La différence entre les deux hypothèses réside dans le fait que la contribution à la manière dont l'infraction a concrètement été commise ne consiste pas dans ce cas à accomplir un élément constitutif de l'infraction. Les travaux préparatoires citent l'exemple d'un attentat à la pudeur avec violence, où des personnes se contentent d'accompagner l'auteur dans le but de le regarder pendant que la victime est agressée. Ces personnes n'accomplissent pas, par elles-mêmes, un élément constitutif de l'infraction d'attentat à la pudeur et ne peuvent dès lors être considérées comme auteurs de cette infraction, mais en accompagnant les auteurs (dans une intention de participation) et en étant spectateurs, elles ont néanmoins participé à l'infraction. De ce fait, un critère objectif est retenu afin de distinguer entre, d'une part, la commission de l'infraction en tant qu'auteur, et la participation au niveau de l'exécution ou non d'un des éléments constitutifs de l'infraction, d'autre part⁹⁴.

B. *Les formes de participation*

Le critère distinctif déterminant entre corréité et complicité résidait auparavant dans la question de savoir si l'aide apportée était nécessaire ou seulement utile. Dans le nouveau Code pénal, celui-ci abandonne cette distinction entre corréité et complicité. Dans la nouvelle mouture de la participation, le participant est toute personne qui, sciemment et intentionnellement, contribue de

⁹³ Projet de loi (I) introduisant le Livre 1^{er} du Code pénal, *op. cit.*, p. 85. À titre d'exemple, la qualité de coauteur peut être invoquée en cas d'attentat à la pudeur commis à l'aide de violence ou de menace, une personne menaçant la victime (satisfaisant donc à l'élément constitutif de la violence) et l'autre agressant la victime.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 86.

manière significative à un crime sous l'une des formes de participation énumérées par la loi.

À cet égard, l'article 19 du nouveau Code pénal prévoit différentes formes de participation. Celui-ci dispose :

«Sont considérés comme participants et peuvent être punis comme auteurs, ceux qui, sciemment et volontairement, contribuent de façon significative à une infraction de la manière et dans les limites indiquées ci-après :

1° ceux qui participent directement à son exécution ;

2° ceux qui facilitent la préparation ou l'exécution de l'infraction ;

3° ceux qui provoquent directement à la commission de l'infraction⁹⁵ ;

4° ceux qui ont par leur inaction encouragé ou facilité directement la commission de l'infraction ;

5° ceux qui procurent aide ou assistance à l'auteur après l'infraction s'ils se sont concertés préalablement à ce propos.

Dans le présent code, la notion d'«auteur» comprend aussi le participant à l'infraction.»

De ce fait, une peine identique est prévue pour l'auteur principal de l'infraction et le participant⁹⁶. Même ceux qui n'ont fait qu'apporter une aide utile mais non nécessaire à l'infraction pourront être sanctionnés du même chef que les auteurs principaux de l'infraction, là où, avant, ils risquaient une peine moins lourde en tant que simples complices.

L'article ne concerne que les infractions intentionnelles, dans la mesure où ils ne visent que ceux qui auront *sciemment* et *volontairement* contribué à l'infraction. En vertu du dernier alinéa, le participant est assimilé à l'auteur pour l'application du Code, sauf en ce qui concerne l'élément moral, où l'intention de participer demeure suffisante⁹⁷.

Aujourd'hui, la participation exige la constatation d'un acte, intellectuel ou matériel, mais positif, en ce sens qu'une abstention d'agir ne pouvait pas être tenue comme élément matériel de participation⁹⁸. Néanmoins, diverses exceptions étaient retenues : (a) si l'intéressé avait l'obligation légale ou contractuelle d'intervenir ; (b) si l'abstention de l'intéressé a constitué un adjuvant, une moti-

⁹⁵ Il convient de souligner que la notion "directement" implique l'existence d'un lien de causalité entre la provocation et l'infraction commise. La provocation restée sans suite ne pourra être considérée comme participation sous réserve de l'application de l'article 9, § 2, du nouveau Code pénal (voy. *supra*).

⁹⁶ Projet de loi (I) introduisant le Livre I^{er} du Code pénal, *op. cit.*, p. 94 Le Conseil d'État indique qu'en dépit des possibilités étendues dont dispose le juge en matière de fixation des peines, le fait que les peines minimales soient identiques pour les auteurs et les participants peut poser problème.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 98. Le projet ne contient que deux dispositions où l'auteur ne peut être assimilé à un participant. Il s'agit plus précisément de l'article 7 (élément moral), étant donné que pour le participant, l'élément moral consiste en l'intention de participer (précisée explicitement à l'article 19), et de l'article 17 (définition de la qualité d'auteur), étant donné qu'il contient cette définition de la qualité d'auteur et ne concerne logiquement pas le participant.

⁹⁸ Sous la réserve de l'infraction de non-assistance à personne en danger.

RÉFORME DU CODE PÉNAL ET QUESTIONS CHOISIES

vation complémentaire pour l'auteur de l'infraction principale, ou une forme d'encouragement à la perpétration de l'infraction⁹⁹.

Le nouveau Code, quant à lui, prévoit explicitement que la participation par abstention soit également incriminée¹⁰⁰, dans la mesure où ceux qui se seraient abstenus d'agir, auraient de la sorte encouragé ou facilité directement la commission de l'infraction peuvent être punis comme auteur, avec toutes les difficultés du point de vue de la charge de la preuve à cet égard.

La 5^e forme de participation visée à l'article 19 du nouveau Code pénal incrimine également le cas de la participation « *post factum* » – dans la mesure où ceux qui auraient procuré une aide ou une assistance à l'auteur, après l'infraction, mais seulement s'il est démontré qu'il y a eu un concert préalable à l'infraction¹⁰¹. À défaut, l'aide fournie par une personne après la commission de l'infraction n'est pas un acte de participation punissable.

Conclusion

Le nouveau Code pénal repose sur trois principes qui constituent le fil rouge de la réforme : précision, simplicité et cohérence.

Le législateur a de la sorte entrepris d'améliorer et de simplifier les règles de la tentative punissable et de la participation.

Il est vrai que pour les deux sujets qui ont retenu notre attention, le législateur a tenté de faire la somme – cohérente et lisible – des évolutions jurisprudentielles qui sont venues éclairer au fil des années les textes de l'ancien Code pénal.

Au regard de la participation, il fallait constater que certains développements déclinés par la jurisprudence et la doctrine ne trouvaient pas toujours d'écho dans le Code, ce qui pouvait susciter nombre d'incompréhensions, voire l'existence d'un grand écart entre l'état de jurisprudence et le contenu du Code pénal. Or, lorsque l'interprétation par les cours et tribunaux est telle qu'elle attribue une portée plus nuancée à la règle de droit que la formulation qui lui est consacrée, cette interprétation se doit d'être intégrée dans l'instrument législatif. Dans le même ordre d'idée, le législateur semble avoir mis de l'ordre dans des distinctions tombées en désuétude que notre Code actuel se bornait à conserver jusqu'alors.

⁹⁹ Voy. par Cass., 17 décembre 2008, R.G. n° P.08.1233.F.

¹⁰⁰ Voy. Cass., 2 septembre 2009, R.W., 2011-2012, p. 1029; Cass., 17 décembre 2008, Arr. Cass., 2008, n° 737; Cass., 25 octobre 2015, R.G. n° P.15.0776.N.

¹⁰¹ Voy. déjà, en vertu de l'article 67, alinéa 4, du Code pénal : la complicité d'un crime ou d'un délit vise ceux qui ont, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs du crime ou du délit non seulement dans les faits qui l'ont préparé ou facilité, mais aussi dans ceux qui l'ont consommé (voy. encore Cass., 26 avril 2017, R.G. n° P.17.0184.F.).

Le régime de la tentative suit la même logique de lisibilité en cernant davantage les notions de désistement volontaire et en incriminant, dans certains cas, de manière autonome la provocation de commettre une infraction, mais qui n'est pas suivie d'effet en raison de circonstances indépendantes de la volonté du provocateur. Il est également expressément prévu que la tentative s'applique exclusivement aux infractions intentionnelles.

En définitive, au regard des sujets qui ont retenu notre attention, une majorité de changements opérés par le projet ne semblent finalement que l'intégration d'une pratique existante et bien établie par les cours et tribunaux.

Si certains ne manqueront pas de qualifier de cosmétiques les modifications apportées par le nouveau Code à la matière, il n'en demeure pas moins qu'elles s'accompagnent de certaines nouveautés dont il conviendra de suivre la manière dont elles seront accueillies en pratique.

LEXNOW