

LA PRESENTATION DES MOYENS DE CASSATION

Jean de Codt

Janvier 2024

« Il y a pour toute la Belgique une Cour de cassation. Cette Cour ne connaît pas du fond des affaires ».

Article 147 de la Constitution

« Si les tribunaux pouvaient enfreindre les lois, en négliger ou éluder l'exécution, ils rendraient par là nul le pouvoir législatif. Aussi s'est-il réservé le droit de faire inspecter l'administration de la justice, réprimer les jugements dans lesquels les tribunaux se seraient écartés des règles prescrites et leur remettre ces règles sous les yeux. C'est dans cette vue que nos différentes constitutions ont établi un tribunal chargé spécialement d'annuler les jugements rendus en contravention à la loi ».

Pigeau, Procédure civile, tome I, 1819, p. 662.



INTRODUCTION

Ainsi qu'il résulte des articles 608 et 612 du Code judiciaire, et 418 du Code d'instruction criminelle, le pourvoi en cassation a pour raison d'être de faire censurer la non-conformité, à la règle de droit ou aux formes de procéder, des décisions rendue en dernier ressort par une juridiction répressive, spécialement lorsqu'elles révèlent des divergences d'interprétation persistantes sur un point de droit.

Cet objectif est le même quels que soient l'auteur du pourvoi et les mobiles du recours : sans doute le jugement ou l'arrêt sont-ils attaqués parce qu'ils ne plaisent pas à la personne qui en est l'objet. Cependant, la critique n'est recevable que si elle a pour but de demander à la chambre criminelle d'annuler une décision judiciaire mise sur la sellette pour avoir, aux dires de celui qui l'en accuse, désobéi à la loi, au sens large du terme. Cette véritable mise en accusation s'effectue en proposant à la Cour ce que le demandeur estime constituer une ou plusieurs causes de nullité de l'arrêt ou du jugement attaqués : ce sont les moyens de cassation.

Il est donc important de présenter des moyens qui apparaissent fondés, raisonnables, voire efficaces, étant mise à part l'hypothèse du moyen soulevé d'office par le juge de cassation. Il est exact que toute affaire soumise à la Cour est passée au crible du contrôle d'office. Mais la masse du contentieux ne permet pas de garantir la détection de toutes les illégalités susceptibles d'entacher une procédure. De plus, le rejet d'un pourvoi non motivé s'effectue par un arrêt de formules, lequel ne permet pas au demandeur de connaître le raisonnement par lequel la Cour s'est convaincue.

Quelles sont les règles qu'il y a lieu de suivre en rédigeant un mémoire devant la chambre criminelle ? Le propos n'est pas de présenter un *formulaire* susceptible de répondre à toutes les hypothèses de pourvoi mais, plus modestement, d'exposer de manière générale les prescriptions légales et les usages suivis pour la présentation d'un mémoire devant la deuxième chambre, de donner un aperçu des écueils à éviter dans la construction des moyens, de fournir enfin un guide sommaire pour le repérage de ceux-ci.

La procédure est fondamentalement écrite. Le principe est affirmé avec vigueur par l'article 1086 du Code judiciaire : le développement d'un moyen à l'audience par un avocat inscrit au tableau d'un barreau n'est autorisé qu'aux parties qui, par le truchement de cet avocat, ont respecté les règles de cette procédure écrite. Une fois le mémoire déposé, il *saisit* la Cour. Cela veut dire qu'en règle, seule les critiques contenues dans ce mémoire seront examinées par la chambre, d'après le principe : *le moyen, tout le moyen, rien que le moyen*. L'audience ne permet pas d'en rajouter ou de suppléer un mémoire carencé : l'article 1107, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire indique que si les parties sont entendues, leurs plaidoiries ne peuvent porter que sur les questions de droit proposées dans les moyens de cassation ou sur les fins de non-recevoir opposées au pourvoi ou aux moyens.

Les omissions ne pourront qu'être difficilement réparées. Le conseiller désigné en qualité de rapporteur travaillera sur la seule base de ce mémoire pour proposer à la chambre une réponse, favorable ou défavorable, aux *moyens* qu'il contient. Et la chambre pénale délibérera au seul vu de ces *moyens de cassation*, sauf la mise en œuvre du contrôle d'office qui peut, il est vrai, résulter d'une prise de parole à l'audience afin d'attirer l'attention sur une illégalité que, pour une raison ou pour une autre, il n'a pas été possible de formaliser dans un écrit déposé selon les formes prescrites.

L'argumentation contenue dans le mémoire du demandeur pourra, certes, être relayée par l'avocat général près la Cour mais celui-ci dispose d'une liberté absolue et soutiendra les moyens invoqués à l'appui du pourvoi ou, au contraire, en contestera la pertinence et ce, quel que soit l'auteur de ce pourvoi, selon ce qu'il estime convenable au regard de l'application de la règle de droit.

C'est pourquoi il est recommandé de respecter les règles et usages relatifs à la rédaction du mémoire aussi bien en la forme que quant au fond.

Chapitre I - Les conditions de forme

1. *Etre partie*

L'article 416 du Code d'instruction criminelle prévoit que les parties ne peuvent former un pourvoi en cassation que si elles ont qualité et intérêt pour le former. Le mémoire doit donc émaner d'une *partie*. Peut se qualifier telle toute personne physique ou morale qui se trouvait à la cause devant la juridiction dont la décision est attaquée, et qui a formulé devant celle-ci une demande, une défense ou une exception ayant fait l'objet d'un dispositif. Il s'agira, en règle, du ministère public, du prévenu, de la partie civile, du civilement responsable, ou de la partie intervenue volontairement. Seul le premier est dispensé d'agir par avocat.

2. *Rédiger un écrit*

Aux termes de l'article 429 du Code d'instruction criminelle, le demandeur en cassation, hormis le ministère public, ne peut indiquer ses moyens que dans un mémoire remis au greffe de la Cour.

La loi ne permet plus de faire valoir des moyens par une requête déposée au greffe de la juridiction ayant rendu l'arrêt ou le jugement attaqués. Disparaît également la possibilité d'invoquer des moyens dans la déclaration de pourvoi elle-même.

Selon la règle traditionnelle, le mémoire doit être déposé en original au greffe de la Cour. Celle-ci n'a pas égard aux mémoires introduits par télécopie (Cass., 28 octobre 2003, Pas., n° 537 ; Cass., 15 février 2012, Pas., n° 107). Il est probable que la transmission électronique des pièces sera admise dans un proche avenir.

L'écrit est rédigé dans la langue de la procédure, qui est celle de la décision attaquée.

3. *Un écrit signé*

Depuis le 1^{er} février 2015, tout mémoire doit être impérativement signé par un avocat. Et depuis le 1^{er} février 2016, celui-ci doit être titulaire de l'attestation de formation en procédure de cassation (art. 429, alinéa 1^{er}, nouveau, du Code d'instruction criminelle). Le champ d'application *ratione*

temporis de ces dispositions n'est pas déterminé par la date des faits ou par la date de l'arrêt attaqué, mais par la date du pourvoi.

L'exigence de la signature par un avocat *attesté* est une règle dont la portée est générale. Elle a vocation à s'appliquer à toutes les procédures, y compris celles réglées en dehors du Code d'instruction criminelle, à moins qu'il n'y soit dérogé par une loi spéciale, ce qui n'est pas le cas du pourvoi dirigé contre une décision du tribunal de l'application des peines (Cass., 17 août 2016, P.16.0891.F ; Cass., 8 juillet 2015, P.15.0851.N).

La règle suivant laquelle une partie ne peut plus se défendre elle-même devant la Cour est à ce point générale qu'elle s'applique même si cette partie exerce la profession d'avocat : cette circonstance ne la dispense pas de l'obligation de faire appel à un confrère (Cass., 22 mars 2016, P.15.0703.N).

En matière de détention préventive, la brièveté du délai de pourvoi, soit vingt-quatre heures à compter de la signification de la décision de maintien, explique que l'inculpé peut se passer d'un avocat, non seulement pour la déclaration de pourvoi mais aussi pour la présentation des moyens : celle-ci peut en effet se faire dans l'acte même du recours ou dans un écrit déposé à cette occasion, outre la possibilité d'introduire un mémoire dans les cinq jours (art. 31, § 3, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, et art. 426 du Code d'instruction criminelle).

En règle, sera donc jugé irrecevable le mémoire dépourvu de la signature prescrite. Cette omission ne peut pas être réparée par l'apposition, à l'audience, de la signature manquante, sur un mémoire qui en était dépourvu lors de son dépôt au greffe (Cass., 24 octobre 2012, Pas., 2013, n° 563). L'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2013, du nouvel article 863 du Code judiciaire n'a pas, à ce jour, modifié cette jurisprudence (Cass., 25 septembre 2013, RG n° P.13.1528.F). C'est donc lors du dépôt au greffe ou, au plus tard, à l'expiration du délai fixé à l'article 429 du Code d'instruction criminelle pour la remise du mémoire au greffe, que la condition de la signature doit être remplie (Cass., 1^{er} décembre 2015, P.15.0982.N).

Selon Monsieur l'avocat général Vandermeersch toutefois, lorsqu'un mémoire non signé est annexé à une missive de son auteur dûment signée par lui en telle sorte que les deux pièces font corps, le mémoire ne peut pas être déclaré irrecevable au seul motif que l'annexe n'est pas signée (voy. concl. av.gén. D. Vandermeersch avant Cass., 18 janvier 2012, Pas., n° 49).

La Cour exige que l'identité et la qualité du signataire du mémoire résultent clairement de l'acte. Elle n'a pas égard à un mémoire qui porte une

signature illisible ou qui ne mentionne pas la qualité du signataire (Cass., 9 janvier 1990, Pas., p. 541).

Qu'en est-il des écrits signés par un avocat agissant *loco* un de ses confrères ? La qualité de titulaire de l'attestation doit être établie dans le chef de celui qui signe le mémoire. Cette condition est nécessaire et suffisante. Autrement dit, aucune irrecevabilité ne sanctionne l'écrit signé par un avocat attesté déclarant agir pour un de ses confrères qui ne le serait pas (Cass., aud.plén., 8 octobre 2019, P.19.0317.N).

Comment vérifier que l'avocat intervenant est titulaire de l'attestation de formation ? La commission organisant celle-ci envisage de donner une publicité, éventuellement via un *website*, à la liste des avocats remplissant cette condition. La qualité d'avocat certifié est une condition de recevabilité du pourvoi comme du mémoire. Le contrôle de cette qualité fait donc partie intégrante de l'activité juridictionnelle. A ce titre, la vérification n'incombe pas au greffier mais au conseiller rapporteur. Les avocats lui faciliteraient la tâche en indiquant dans le mémoire leur qualité d'avocat spécialement formé à la technique de cassation et en y annexant éventuellement une copie de l'attestation légale, de même qu'en matière de révision ou de récusation, les avocats font état de l'ancienneté requise pour pouvoir agir en ces matières. Les Ordres peuvent également communiquer à la Cour leurs listes mises à jour. En cas d'erreur quant à la certification de l'avocat, la rétractation de l'arrêt d'irrecevabilité serait possible.

4. Respecter les délais

En droit commun, le mémoire doit être déposé dans les deux mois qui suivent la déclaration de pourvoi et quinze jours au moins avant l'audience. Il y a donc un délai de réflexion et un délai d'anticipation. Tous deux sont de rigueur. Au cours du premier, le dossier est classé en attendant que le demandeur veuille bien expliquer les raisons pour lesquelles il a formé un pourvoi. Le second délai permet à la Cour d'instruire l'affaire avant l'audience ; c'est le caractère écrit de la procédure qui lui permet de rendre la plupart des arrêts le jour où l'affaire est appelée.

Le respect des délais n'est établi que par le cachet du greffe sur la pièce. Un mémoire envoyé au premier président ou au parquet de la Cour n'est pas recevable du seul fait qu'il est arrivé au secrétariat de l'un ou l'autre de ces services dans les temps : ce qui compte, c'est l'arrivée au greffe. Il n'est donc pas efficace d'envoyer ou déposer le mémoire auprès d'un autre service, fût-il interne à la Cour, que celui désigné par la loi pour le recevoir authentiquement.

Sera donc jugé irrecevable le mémoire déposé au greffe de la juridiction ayant rendu la décision attaquée, et qui arriverait avec le dossier au greffe de la Cour avant l'expiration du délai de deux mois (Cass., 15 janvier 2020, P.19.1307.F). En remplaçant le point de départ du délai de mémoire, qui était l'inscription au rôle général, par la date du pourvoi, le législateur a voulu éviter que les délais de procédure en cassation soient rendus tributaires de la plus ou moins grande célérité avec laquelle les services administratifs des juridictions de fond acheminent les dossiers à la Cour.

Le délai de deux mois se calcule conformément aux articles 52 à 54 du Code judiciaire : il se compte de quantième à veille de quantième et est calculé depuis le lendemain du jour de la déclaration de pourvoi, le jour de l'échéance étant compris dans le délai. Le point de départ du délai est un acte bien connu du demandeur puisque cet acte émane de lui-même. Conformément à l'article 644 du Code d'instruction criminelle, si le dernier jour tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié, l'échéance est reportée jusqu'au plus prochain jour ouvrable. Si le demandeur s'est pourvu, par exemple, le lundi 6 juillet 2020, le dernier jour utile serait normalement le 6 septembre 2020 mais comme il s'agit d'un dimanche, le mémoire peut encore être déposé le lundi 7. Et si le pourvoi est introduit un 31 décembre, le délai de deux mois expire le 28 février pour une année ordinaire, et le 29 février dans le cas d'une année bissextile : par délai de deux mois, la loi entend en effet deux mois calendrier (Cass., 23 déc. 2015, Pas., n° 781 – solution implicite).

En principe, il suffit de respecter le délai de deux mois pour être en règle. En effet, aucune fixation n'intervient normalement avant l'expiration des deux mois imparti au demandeur pour déposer son écrit. C'est seulement après ce dépôt que commence le processus qui va mener à la fixation du dossier à l'audience.

Mais il y a des affaires qui, contrairement à la règle générale, reçoivent d'emblée une date d'audience : elles sont fixées immédiatement, avant même que le conseiller rapporteur ait instruit l'affaire et déposé son rapport. Il faut alors être attentif au deuxième délai : le mémoire ne sera pas pris en considération si son dépôt s'effectue moins de quinze jours avant l'audience.

Le demandeur s'est pourvu le 6 juillet 2020. Parce qu'elle est urgente, l'affaire a été immédiatement fixée à l'audience du 9 septembre 2020. Le demandeur a déposé son mémoire le lundi 7 : l'écrit est irrecevable. Sans doute respecte-t-il le délai de deux mois, mais il n'observe pas celui de quinze jours.

On le voit, les deux délais se combinent. Il est donc conseillé au praticien de se renseigner sur la date d'audience s'il s'agit d'une affaire susceptible d'être fixée d'emblée.

Quelles sont ces affaires à fixation rapide ? Il s'agit principalement des dossiers suivants :

- les privations de liberté des étrangers, dans le cadre de la loi du 15 décembre 1980 (le titre délivré par l'Office des étrangers a, en principe, une durée de validité de deux mois) ;
- les récusations, dessaisissements et règlements de juges ;
- les dossiers de condamnation en cause de détenus ;
- les dossiers réclamés par la juridiction de fond pour vider l'opposition ou l'appel d'une autre partie.

Ce type de dossiers est fixé en tenant compte d'impératifs qui ne sont pas toujours faciles à concilier : la procédure présente un caractère d'urgence exigeant qu'un arrêt ne se fasse pas attendre trop longtemps ; il faut cependant laisser au demandeur le temps nécessaire pour rédiger un mémoire, mais aussi au rapporteur le temps dont il a besoin, avant l'audience, pour traiter ce mémoire et préparer l'avant-projet d'arrêt.

En vertu de l'article 432 nouveau du Code d'instruction criminelle, les avocats des parties et le défendeur non représenté par un conseil sont avertis par le greffier de la fixation de la cause au moins quinze jours avant l'audience, sauf dans les procédures qui, en vertu de l'urgence, obéissent à d'autres délais, la détention préventive notamment.

L'avocat qui attend « passivement » l'avis de fixation et qui le reçoit, in extremis, avant l'écoulement du délai de deux mois, risque de rencontrer des difficultés voire de se trouver dans l'impossibilité de déposer son mémoire quinze jours avant l'audience. Il est donc prudent de se renseigner au greffe, spécialement lorsqu'on est en charge d'une affaire ressortissant à la liste, reprise ci-dessus, des causes passibles de fixation immédiate. Le cas échéant, la Cour peut relever de la déchéance le mémoire déposé tardivement dans des circonstances constitutives de force majeure (Cass., 19 sept. 2012, Pas., n° 474), ce qui peut être le cas lorsque l'avocat a reçu l'avis de fixation urgente moins de quinze jours avant l'audience (Cass., 16 sept. 2016, P.16.0936.F).

Il peut arriver que le respect des deux délais cumulés soit impossible malgré la diligence du demandeur. Une affaire est inscrite au rôle le 11 décembre. Vu l'urgence, elle est fixée séance tenante à l'audience du 23 décembre. Le mémoire est déposé le 9 décembre. La Cour le dit bien

évidemment recevable, quand bien même il n'y a pas quinze jours entre celui du dépôt et celui de l'audience. La règle qui s'en dégage est la suivante : le mémoire déposé dans les deux mois à compter de la déclaration de pourvoi est recevable lorsqu'il a été introduit avant la fixation de l'affaire, ou plus exactement avant son inscription au rôle, même s'il a été déposé moins de quinze jours avant l'audience (Cass., 23 déc. 2015, Pas., n° 781, et concl. du ministère public).

Le délai d'anticipation ne se compte pas comme le délai de réflexion. Les quinze jours sont *francs* : ainsi, lorsque l'audience de la Cour est fixée le mercredi, le mémoire doit être déposé au plus tard le lundi de la deuxième semaine précédente. Pour une affaire fixée le mercredi 6 mai 2020, le dernier jour utile pour déposer le mémoire est le lundi 20 avril. Si le lundi en question est un jour férié, ou si le dernier jour utile tombe un samedi ou un dimanche, le mémoire doit être déposé le vendredi *précédent* et non le premier jour ouvrable *suivant* le jour chômé ou férié (Cass., 19 mai 2015, P.15.0559.N, concl. contr. du ministère public).

Les délais de deux mois et de quinze jours pour déposer un mémoire ne s'appliquent pas aux désistements, aux actes de reprise d'instance, aux pièces révélant que le pourvoi est devenu sans objet ou aux notes en réplique aux conclusions du ministère public.

Trois procédures obéissent à des délais de mémoires beaucoup plus courts : la détention préventive, les arrêts statuant sur l'*exequatur* du mandat d'arrêt européen, et les pourvois contre les jugements du tribunal de l'application des peines. Dans ces matières, le mémoire doit parvenir au greffe de la Cour de cassation au plus tard le cinquième jour qui suit la date du pourvoi.

Le mémoire en réponse ne contient pas de moyens de cassation mais la réfutation de ceux-ci. Le dépôt de cette pièce obéit également à un délai d'anticipation qui est de huit jours francs avant l'audience. Il est à noter que la Cour ne répond jamais aux mémoires en réponse, sauf lorsqu'elle casse un arrêt et que, pour y arriver, elle doit écarter une fin de non-recevoir opposé par le défendeur au moyen jugé fondé.

5. Notifier le mémoire à l'adversaire et en justifier

La communication du mémoire à la partie adverse se fait par recommandé et la preuve en est rapportée par le dépôt au greffe, dans les mêmes délais que

ceux impartis pour le mémoire, de la pièce qui en fait foi. Depuis le 3 juin 2019¹, la communication prescrite peut également se faire par voie électronique.

Il résulte de l'article 429, alinéa 4, du Code d'instruction criminelle que, pour être régulière, la communication du mémoire doit être faite à la partie contre laquelle le pourvoi est dirigé et non à son conseil (Cass., 29 septembre 2021, P.21.0501.F – irrecevabilité du mémoire que le demandeur a transmis par voie électronique à l'avocat ayant représenté la défenderesse devant la cour d'appel).

Faut-il notifier au domicile réel ou au domicile élu ? Le point de vue classique est que le signifiant a le choix : en effet, en vertu de l'article 39 du Code judiciaire, lorsque le destinataire a élu domicile chez un mandataire, la notification peut, mais ne doit pas, être faite à ce domicile. Le choix n'est laissé au signifiant que sous la réserve d'un éventuel abus de droit. Il serait abusif d'utiliser une clause d'élection de domicile pour éviter, en réalité, que le destinataire ait connaissance de l'acte, par exemple du fait que l'élection de domicile serait devenue obsolète en raison des circonstances.

Dans le doute, il est peut-être indiqué d'adresser le mémoire aux deux adresses, celle du domicile réel et celle du domicile élu.

Cette notification n'est requise qu'à la partie contre laquelle le pourvoi est dirigé, « sauf l'exception visée à l'article 427, alinéa 1^{er} ». Ceci veut dire que le prévenu qui sollicite la cassation de la décision rendue sur l'action publique, ne doit pas notifier son mémoire au ministère public qui est pourtant, sur cette action, son adversaire. En revanche, si le prévenu attaque la décision rendue sur l'action civile exercée contre lui, il lui appartient de communiquer ses moyens à la partie civile. Un prévenu ne notifie pas à un autre prévenu, non plus qu'à son civilement responsable ou à la partie intervenue volontairement. Une partie civile ne notifie pas au ministère public, non plus qu'à une autre partie civile. En revanche, elle notifie au prévenu, au civilement responsable, à la partie intervenue volontairement. Pour savoir à qui il faut signifier le mémoire comme le pourvoi, il suffit à l'avocat de répondre à la question suivante : y a-t-il eu *une instance liée* entre mon client et telle ou telle partie devant le juge du fond ? C'est parce que la réponse à cette question est négative que la partie civile, demanderesse en cassation d'un arrêt de non-lieu de la chambre des mises en accusation, ne doit pas signifier son pourvoi ni notifier son mémoire au ministère public, lequel n'est pas son adversaire (Cass., aud. plén., 8 nov. 2017, Pas., n° 621, concl. contr. de M. l'avocat général Nolet de Brauwere). Il n'en va

¹ Date d'entrée en vigueur d'une loi du 5 mai 2019 dont l'article 55 abroge les mots « *dans les conditions fixées par le Roi* » qui figuraient à l'article 429, alinéa 4, du Code d'instruction criminelle.

autrement que si et dans la mesure où cette partie civile attaque la décision qui la condamne aux frais (Cass., 7 févr. 2017, P.16.0608.N).

Si le demandeur au pourvoi a comme adversaire une personne morale et qu'un mandataire *ad hoc* a été désigné pour la représenter, conformément à l'article 2*bis* du titre préliminaire du Code de procédure pénale, la signification du pourvoi doit être faite à ce mandataire *ad hoc* (Cass., 23 juin 2015, P.14.0582.N ; Cass., 15 juin 2016, P.16.0254.F).

En matière d'urbanisme, celui qui se pourvoit contre une mesure de remise des lieux dans leur *pristin* état doit signifier son recours non seulement au fonctionnaire délégué ou à l'autorité qui a réclamé cette mesure réparatrice, mais également au ministère public près la juridiction qui l'a ordonnée (Cass., 13 sept. 2016, P.15.0999.N ; Cass., 1^{er} mars 2017, P.16.0838.F). Cela s'explique par le fait que la remise en état est considérée être une mesure de nature civile tout en ressortissant à l'action publique.

En imposant la communication du mémoire à la partie contre laquelle le pourvoi est dirigé, l'article 429 du Code d'instruction criminelle a pour objectif de garantir les *droits de la défense* de cette partie. Par un arrêt du 24 juin 2015, la Cour a rejeté la fin de non-recevoir opposée à un mémoire mal adressé², en relevant que la mention erronée de l'adresse sur le récépissé de l'envoi recommandé n'avait pas nui à la défense ou que le destinataire de l'envoi ne soutenait pas n'avoir pas reçu la pièce (Cass., 24 juin 2015, P.15.0451.F ; voir également Cass., 11 janvier 2017, P.16.0703.F).

Le mémoire non notifié est irrecevable : la Cour n'y aura pas égard. Elle ne prendra pas davantage en considération un mémoire dûment communiqué, si la preuve de cette communication a été versée au dossier hors délai, par exemple plus de deux mois après le pourvoi. Enfin, si le demandeur a plusieurs adversaires dont certains ont reçu régulièrement la communication du mémoire et d'autres non, les moyens ne seront pris en compte qu'en tant qu'ils se rapportent à la décision rendue sur l'instance liée entre le demandeur et la personne à qui la communication a été valablement faite. Les dispositions attaquées relatives aux autres défendeurs resteront hors d'atteinte.

² La déclaration de pourvoi avait été signifiée au domicile du défendeur mais le mémoire envoyé par recommandé à son ancienne adresse.

Chapitre II - Conseils de rédaction

1. *Qu'est-ce qu'un moyen ?*

On l'a dit, un moyen, ce n'est rien d'autre que l'articulation, contre une décision pénale définitive et en dernier ressort, d'une cause de nullité d'un dispositif figurant dans cette décision.

La seule référence à des moyens invoqués devant le juge du fond ne constitue pas un moyen de cassation (Cass., 17 mai 1995, Bull., p. 512).

Il s'en déduit que si la rédaction d'un moyen n'obéit à aucune forme sacramentelle, l'efficacité commande cependant de présenter à la Cour un exposé clair et structuré permettant d'apercevoir rapidement et sans discussion possible quelle est la décision attaquée, quelle est la règle de droit qu'elle violerait, et pour quel(s) motif(s) l'auteur du pourvoi lui en fait le reproche. Nous avons déjà ainsi une esquisse de la structure qu'il faut adopter.

2. *Typologie des moyens non sérieux*

Les moyens non sérieux sont ceux qui font dire à la décision ce qu'elle ne dit pas, qui déforment le sens de la loi pour mettre artificiellement le jugement ou l'arrêt en contradiction avec elle, qui créent de toute pièce et pour les besoins de la cause un principe général du droit adapté aux griefs qu'ils invoquent, qui remettent en question les éléments de fait souverainement constatés par le juge du fond, qui reposent sur une conception erronée de l'obligation de motivation prescrite par l'article 149 de la Constitution ou qui soutiennent, sans apporter aucun élément juridique nouveau, une thèse rejetée par une jurisprudence constante de la Cour.

En somme, le moyen non sérieux est celui dont la réfutation ne contribue en rien à l'édification du droit. C'est le moyen qui, sans objet ou ne dénonçant aucune illégalité ou irrégularité pouvant conduire à la cassation, peut être rejeté par une ordonnance de non-admission motivée succinctement, comme il est dit à l'article 433 du Code d'instruction criminelle.

3. *Numérotation et ordre des moyens*

Les moyens proposés à la Cour de cassation sont parfois nombreux. L'ordre dans lequel ils doivent être présentés nécessite alors un choix.

Si l'un de ces moyens est de nature à entraîner la cassation totale, il dispense de l'examen des moyens dont l'accueil aurait une conséquence plus limitée.

Dans chacune de ces deux catégories, il y a lieu de présenter séparément les moyens de forme et les moyens de fond. Un grief de non-réponse aux conclusions ou de violation de l'article 149 de la Constitution est un moyen de forme. Dans un schéma classique, les moyens de forme viennent en premier. Quant aux griefs de fond, une fausse application de la loi par exemple, il est recommandé de présenter d'abord ceux concernant les nullités de la procédure, puis ceux relatifs à la compétence ou au pouvoir de juridiction des juges, enfin ceux portant sur la transgression des règles de droit intéressant la solution même du litige.

On peut évidemment choisir d'ordonner autrement les moyens. Ce qui importe, c'est d'éviter de les soumettre pêle-mêle à la Cour, sans fil conducteur : le désordre alourdit le travail du juge de cassation, augmente le risque d'erreur, ne facilite pas la compréhension du mémoire, et ne favorise pas la crédibilité de celui qui a cru pouvoir en saisir la Cour.

En ce qui concerne la numérotation, on évitera de qualifier un moyen unique de « premier moyen », et on veillera à ne jamais donner le même numéro à plusieurs moyens distincts.

4. Différence entre un moyen et une branche

La question se pose de savoir s'il est préférable de rédiger un seul moyen en plusieurs branches ou plusieurs moyens distincts.

Sur ce point, il n'y a pas de règle absolue. Certaines hypothèses sont évidentes : le demandeur présentera deux moyens distincts s'il en a un de forme, concernant la compétence ou la régularité de la composition de la juridiction, et un de fond concernant l'action publique. Même chose s'il y va d'un moyen concernant le quantum de la peine, d'une part, et une critique concernant la complicité ou l'imputabilité, d'autre part. En pareil cas, par souci de clarté, il vaut mieux rédiger des moyens séparés, car les critiques n'ont pas de rapport entre elles.

On se laissera guider par les motifs de l'arrêt : les critiques concernent-elles les mêmes motifs ou des motifs distincts ? On peut réunir dans le même moyen des critiques portant sur les mêmes motifs. Les branches sont alors comme différentes flèches visant la même cible.

La règle d'or est celle de la clarté : si l'on a le sentiment d'être plus clair en regroupant des critiques qui se rejoignent et qui permettent d'avoir une discussion unique, on privilégiera le moyen en plusieurs branches ; si l'on s'aperçoit, en revanche, que les critiques n'ont aucun lien entre elles et méritent d'être distinguées, on aura recours à des moyens distincts.

Cela étant, que les critiques soient proposées sous forme de moyens distincts ou de branches à l'appui du même moyen, elles demeurent recevables dès lors qu'elles sont formulées en droit.

Il faut cependant éviter la répétition, malheureusement assez fréquente dans certains mémoires inutilement longs. La Cour ne réexamine pas une branche qui n'est que la redite d'un moyen précédent.

D'une manière générale, il vaut mieux éviter l'inflation de moyens ou de branches. Le caractère percutant d'un moyen apparaît mieux s'il n'est pas noyé dans une prolifération de griefs douteux ou mal emmanchés. Les mémoires interminables ne sont pas nécessairement les plus efficaces.

5. *Structure du mémoire*

Un mémoire se divise en plusieurs parties : la page de présentation, l'exposé des faits (facultatif), la discussion ou exposé des moyens, le dispositif, et le développement (facultatif).

- La page de présentation

Elle renseigne les nom et prénom du demandeur, l'adresse de son domicile ou l'adresse à laquelle il a été fait élection de domicile pour l'instance en cassation. Elle identifie les parties contre lesquelles le pourvoi est dirigé et à qui il a été signifié. Elle mentionne les conseils des parties.

Le parquet de la Cour de cassation ne doit jamais être mentionné dans les qualités. Il n'est pas l'adversaire d'une des parties. Il n'est pas lui-même une partie à l'instar du ministère public près la juridiction de fond.

Dans la présentation, le demandeur précise également le numéro de rôle de l'affaire. Ce numéro revêt toujours la même forme, soit la lettre « P », pour « Pénal », suivie du millésime (deux chiffres), suivie d'un numéro à quatre chiffres, suivi de la lettre « F » pour le rôle francophone, « N » pour le rôle néerlandophone.

Pour l'adresse, la formulation traditionnelle est la suivante : *A Monsieur (ou Madame) le premier président, Mesdames et Messieurs les présidents et conseillers composant la Cour de cassation de Belgique.*

La présentation identifie enfin la décision contre laquelle le recours est dirigé, en précisant sa date, la juridiction qui l'a rendue, sa référence et la circonstance qu'elle a été rendue contradictoirement ou par défaut. La décision visée doit, faut-il le dire, correspondre à celle qui est identifiée dans la déclaration de pourvoi.

- L'exposé des faits

Il est loin d'être indispensable. Il n'est cependant pas nécessairement inutile. Il permet aux magistrats qui vont instruire le dossier de prendre immédiatement connaissance de la situation procédurale. Un bon exposé des faits doit être comme un entonnoir : à l'issue de l'exposé, on peut, dans certains cas, avoir une idée des critiques envisagées.

Il ne peut s'agir en aucun cas d'un plaidoyer de fond. L'exposé doit être totalement objectif puisque la Cour ne connaît pas du fond et tient pour constants les faits tels qu'ils sont rapportés par la décision attaquée. Il y a beaucoup trop de mémoires qui, dans l'exposé des faits, se livrent à une contestation longue et massive du contexte factuel tel qu'il est décrit et sélectionné par l'arrêt attaqué : ces pages sont inutiles.

Par exemple, si un moyen unique de cassation est proposé concernant le taux de la peine, il suffit d'exposer :

Cité devant le tribunal correctionnel du chef de [...], Monsieur X a été condamné à la peine de [...] par un jugement du [...].

Statuant sur les appels interjetés par le prévenu et le ministère public, la cour d'appel de [...] a confirmé ce jugement.

C'est l'arrêt attaqué.

Par contre, si le moyen est pris, par exemple, d'une méconnaissance de l'étendue de leur saisine par les juges, il peut être utile de savoir si le tribunal a été saisi sur renvoi de la juridiction d'instruction ou sur citation directe.

Quand on écrit un livre, l'introduction est la partie qui se rédige en dernier. Il en va peut-être de même pour le mémoire. Il vaut sans doute mieux commencer par écrire le moyen. On saura alors ce qu'il faut mettre dans

l'exposé. Celui-ci a une double fonction : il conduit le lecteur au grief ; il permet aussi d'épurer la formulation de celui-ci.

L'exposé des faits se bornera en tout cas toujours à un rappel *sans discussion* des appréciations réalisées par les juges dans l'exercice de leur pouvoir souverain. De même, la pertinence en droit de la solution retenue ne sera pas commentée dans cette partie du mémoire, puisque ce point fera l'objet de la partie qui suit, la discussion.

- La discussion

Elle comprend le ou les moyens et le développement éventuel.

a. Le moyen

Le moyen est la partie la plus importante du mémoire puisque lui seul *saisit* la chambre criminelle. Quelle que soit la pertinence d'une argumentation proposée dans un développement à l'appui d'un moyen, elle n'aura pas d'autre objet que d'explicitier le moyen. C'est à ce seul moyen que la Cour de cassation répond. Seul le moyen sera rappelé dans son arrêt.

Il faut donner au moyen une structure, quelle que soit la manière dont on la nomme. Actuellement, l'option est celle d'une division tripartite : « *Dispositions légales violées, Décision attaquée, Grieffs* ».

La première rubrique vise les textes qui ont été, selon le pourvoi, méconnus par la décision attaquée. Ces textes sont, en principe, visés selon la hiérarchie des normes : conventions internationales ratifiées par la Belgique, Constitution, loi, décrets, ordonnances, arrêtés et règlements, sans oublier les principes généraux du droit reconnus par la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et la Cour constitutionnelle³.

On ne saurait trop recommander d'être précis dans l'indication de la norme violée, même si cette mention n'est pas prescrite à peine de nullité. Ce visa aide à comprendre ce que le demandeur veut exprimer.

En pratique, si l'on éprouve des difficultés à déterminer la disposition légale violée, il ne faut pas hésiter à consulter, sur le site de la Cour, les arrêts publiés sur la même problématique et à vérifier, sous l'onglet « base légale », quelles dispositions la Cour a elle-même visées.

³ Pour une étude complète et récente sur les caractères des principes généraux du droit, leur élaboration, leurs fonctions, leur place dans la hiérarchie des normes et dans la jurisprudence de la Cour de cassation, voyez P. Marchal, *Principes généraux du droit*, R.P.D.B., Bruylant, 2014, 317 pages.

Il est vrai cependant que si la critique contenue dans la dernière partie du moyen est pertinente, la Cour y répondra, quand bien même il y aurait une erreur ou une insuffisance dans les visas des textes dont la méconnaissance est alléguée par le pourvoi. La chambre criminelle vérifie l'exacte qualification de la critique proposée et ne visera au demeurant, dans son arrêt, que le texte ou le principe général dont elle estime qu'il a été violé, quelles que soient les références légales suggérées par le moyen. Le juge de cassation pourra reprendre les visas du demandeur mais il lui est loisible de les compléter ou de les modifier comme bon lui semble. Si le moyen invoque, au titre de l'article 149 de la Constitution, une insuffisance de motivation de l'arrêt de culpabilité prononcé par la cour d'assises, cette erreur ne fera pas obstacle au contrôle demandé mais celui-ci s'effectuera sur la base du texte spécifique adéquat étant, en l'espèce, l'article 334, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle.

La deuxième rubrique, « *Décision attaquée* », couvre les parties autrefois intitulées *en ce que* et *aux motifs que*.

Il s'agit du dispositif qui est attaqué. Si c'est un dispositif unique, il n'y a pas de difficulté : *L'arrêt attaqué a déclaré le prévenu coupable de* (mention de l'infraction) *et l'a condamné à* (peines prononcées).

Il peut y avoir des dispositifs complexes, plusieurs accusés, plusieurs chefs de condamnations, une décision critiquable sur le plan pénal et une autre sur le plan civil. Le cas échéant, il peut alors être utile de rédiger un moyen par dispositif distinct attaqué.

La règle la plus simple à suivre est de reprendre dans la rubrique « *Décision attaquée* » le dispositif de l'arrêt dont pourvoi et, s'il est confirmatif, celui du jugement entrepris.

Là encore, l'erreur est permise : la chambre criminelle rétablit elle-même la situation et, au-delà d'une formulation qui peut être insuffisante, ambiguë voire maladroite, elle saura retrouver, par l'examen du grief, ce qui est véritablement critiqué par le pourvoi.

Un point mérite d'être souligné : on attaque nécessairement un dispositif, pas des motifs. Autrement dit, on ne critique un motif que dans la mesure où cela permet de faire tomber un dispositif.

Il s'en déduit deux conséquences : tout d'abord, on ne peut critiquer des motifs, fussent-ils erronés en droit, indépendamment de la critique du dispositif de la décision.

On ne saurait prétendre que la décision attaquée donne satisfaction dans son dispositif, dont on demanderait le maintien, alors qu'on se plaindrait exclusivement de la motivation retenue par les juges : le pourvoi en cassation a pour objet de faire censurer la décision attaquée et non la motivation de la décision. Il ne s'agit pas d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, lequel est attribué au procureur général près la Cour, conformément à l'article 442 du Code d'instruction criminelle.

Ensuite, seuls les motifs qui sont le soutien nécessaire du dispositif visé peuvent être critiqués. Des considérations parfaitement contestables mais dont les juges n'ont tiré aucune conséquence, ne peuvent pas servir de base à la rédaction d'un moyen de cassation.

La rubrique « *Décision attaquée* » rappelle également les motifs critiqués. Cela permet au rapporteur de les retrouver immédiatement. Si la décision attaquée est particulièrement longue, tandis que la critique porte sur un motif isolé mais déterminant, on prendra soin de préciser sa place. Si le moyen est pris d'une contradiction de motifs, on pourra écrire que la décision repose, d'une part, sur le motif que [...] et, d'autre part, sur le motif que [...]. Le motif critiqué peut être reproduit littéralement ; si sa longueur paraît excessive, il peut être résumé mais si la synthèse n'en est pas parfaitement fidèle, la Cour rejettera le moyen comme reposant sur une interprétation ou sur une lecture inexacte de la décision attaquée.

La rubrique suivante, dénommée « *Griefs* », constitue le nœud, le cœur du moyen. Ici, le demandeur expose la critique de légalité ou de régularité formulée à l'encontre de la décision attaquée et des motifs qui en sont le support. Le Code d'instruction criminelle est taisant sur les modalités selon lesquelles la critique doit être rédigée. Pour des raisons de clarté et donc d'efficacité, on tâchera d'éviter les critiques dites complexes, c'est-à-dire celles qui, dans la même branche ou le même moyen, mélangent deux ou plusieurs niveaux de contrôle distincts : par exemple une violation de la loi et un défaut de réponse aux conclusions dans la même branche.

Ce qui est important, dans le grief, c'est de rappeler le sens de la norme applicable, d'indiquer la conséquence qui en résultait pour la question de droit que le juge du fond avait à trancher ou pour la manière dont il fallait procéder, et de montrer en quoi la solution donnée contredit celle voulue par la norme transgressée.

b. Le développement

Il suit chaque moyen, que celui-ci comporte une ou plusieurs branches. Il n'a pas pour objet de suppléer les éventuelles lacunes du moyen ni de proposer des critiques distinctes de celles contenues dans le moyen proprement dit : ce dernier se suffit à lui-même. Le développement peut se borner à citer un précédent favorable ou une doctrine confirmant l'interprétation de la règle invoquée. Tout dépend du grief présenté à l'appui du pourvoi. Il est évident qu'un moyen pris de la violation de l'article 149 de la Constitution n'exige aucun développement.

Au pénal, la Cour se montre plus libérale qu'au civil : si le demandeur énonce dans les développements un grief qui ne se trouve pas dans le moyen proprement dit, il est possible que la Cour lui donne la réponse requise, pour autant que ce grief soit revêtu, à ces yeux, de la précision et de l'autonomie susceptibles d'en faire un véritable moyen de cassation (R. Declercq, *Cassation en matière répressive*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 303-304, n° 604).

Il n'est cependant pas conseillé de mélanger ces différentes parties du mémoire.

c. Le dispositif

Enoncé purement formel, le dispositif se borne à demander à la Cour de censurer la décision attaquée. La chambre criminelle sait bien que, si un pourvoi a été formé, c'est pour demander la cassation. L'absence de dispositif n'est donc pas mortelle. La rédaction de celui-ci n'est, pour autant, pas nécessairement inutile.

Le dispositif, c'est une évidence, doit être en adéquation avec le pourvoi. Si le pourvoi a été limité, par exemple à l'action publique, on ne pourra pas, au moyen du dispositif, l'élargir à la décision définitive sur l'action civile. Inversement, si le pourvoi n'est pas limité, c'est la chambre criminelle qui décidera d'étendre éventuellement la cassation sans être liée par le caractère partiel des moyens.

L'intérêt du dispositif est de suggérer à la Cour une solution à cet égard, suggestion qui peut être explicitée dans les développements. Il peut y avoir un doute sur la portée de l'annulation demandée. Le développement peut avoir précisé l'opinion de l'auteur du pourvoi sur ce point et le dispositif lui servira alors de conclusion.

La rédaction d'un tel dispositif présente aussi un intérêt lorsque l'auteur du pourvoi demande une cassation sans renvoi : la condamnation s'est fondée sur une loi abrogée ; la qualification est incomplète et ne pouvait pas être complétée ; le principe *non bis in idem* a été méconnu ; l'action publique était prescrite à la date de l'arrêt attaqué ; l'appel était sans objet et aurait dû être déclaré tel ; la détention préventive était légalement exclue ; le juge a tranché une question dont il n'était pas saisi, etc ... : dans ces différents cas, il peut y avoir cassation sans renvoi dès lors qu'il n'y a plus rien à juger.

Il peut arriver que l'illégalité justifiant une cassation sans renvoi ne soit que partielle : par exemple, une indemnité de procédure a été mise à charge de la partie civile qui succombe, alors que c'est sur l'appel du ministère public que l'affaire a été déférée à la cour d'appel. La condamnation à l'indemnité n'est pas valable mais le reste du dispositif n'en est pas atteint : en pareil cas, la cassation va opérer sans renvoi par retranchement de la décision viciée.

L'auteur du pourvoi est libre de demander une cassation sans renvoi ou de s'en abstenir, même si les conditions d'une telle solution lui paraissent réunies. Ce n'est pas parce qu'on omettra de demander une cassation sans renvoi que la chambre criminelle ne pourra pas la prononcer. Réciproquement, ce n'est pas parce qu'on demandera une cassation sans renvoi qu'on l'obtiendra. Mais il peut être opportun de signaler qu'elle paraît possible, voire souhaitable, et d'exposer au besoin les raisons pour lesquelles il doit en aller ainsi.

En cas de cassation avec renvoi, la Cour doit désigner la juridiction qui reprendra l'examen du procès. Le dispositif peut être l'occasion d'attirer l'attention de la Cour sur des circonstances propres à influencer ce choix.

Chapitre III - Les fins de non-recevoir du moyen

Un moyen irrecevable est un moyen qui n'entraîne pas la cassation et sur la pertinence duquel la Cour, en règle, ne se prononce pas.

L'irrecevabilité du moyen peut résulter, en substance, de sa mauvaise rédaction ou d'une imperfection liée à l'instrument qui le contient, de sa tardiveté, de son imprécision, de son inadéquation par rapport au pourvoi, de son inconstitutionnalité, de son défaut d'intérêt, de son absence de base légale ou de sa nouveauté.

1. Le moyen est entaché d'un vice de forme

La Cour se dispense d'analyser le fondement d'un moyen incompréhensible ou dont le libellé ne permet pas de discerner quelle est l'illégalité dénoncée, ou qui se borne à renvoyer aux moyens des autres parties, ou « à tenir pour ici reproduites les conclusions déposées devant le juge du fond ».

La Cour décide qu'elle n'a pas à rechercher, dans un exposé ne répondant pas à des conditions minimales d'intelligibilité, quels pourraient être les moyens invoqués. Fuyez la logorrhée, la quérulence, les procès de rupture, les anacoluthes et les adverbess flamboyants. De la clarté avant toute chose et pour cela, préférez Tacite à Homère et Gustave Flaubert à Marcel Proust.

Est irrecevable le mémoire qui se borne à énumérer des affirmations dont le lien avec la procédure critiquée n'apparaît pas, ou dont la formulation ne permet pas d'apprécier la portée, ou qui ne contiennent pas d'argumentation ayant la valeur de moyen de cassation au sens de l'article 429 du Code d'instruction criminelle (Cass., 21 sept. 2010, P.09.1719.N ; Cass., 13 janv. 2009, P.08.1453.N ; Cass., 9 oct. 2007, P.07.0625.N).

Si possible, débarrassez donc votre texte de toute donnée factuelle, triviale, contingente, qui n'est pas indispensable à la compréhension du raisonnement en droit articulé par le moyen.

Voici un exemple de mémoire qui n'atteint pas le standard juridique minimum requis.

Le demandeur est un prévenu poursuivi pour tentative de meurtre. En première instance, il bénéficie d'une disqualification en coups ou blessures volontaires, à la faveur de laquelle il se voit infliger une peine

d'emprisonnement de deux ans. Sur l'appel du ministère public, la cour retient la tentative de meurtre et porte la peine à quatre ans.

L'avocat du demandeur explique que la victime avait retiré sa plainte en première instance et que la cour d'appel aurait dû l'entendre. Il y voit matière à cassation et rédige son mémoire textuellement comme suit, en ce compris l'orthographe et la ponctuation :

« Premier moyen

Attendu qu'à l'audience de la Cour d'Appel le témoin, que la défense avait demandé au Parquet Général de citer, s'est présenté spontanément pour retirer sa plainte ce qui fut refusé par la Cour.

Qu'en conséquence il y a lieu de soulever un moyen à savoir le fait que le requérant n'a pas eu droit à un procès juste et équitable au pied de l'art. 6 § 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Qu'en effet le refus d'entendre le témoin qui retirait sa plainte et qui l'avait déjà retirée en première instance est une atteinte aux droits de la défense.

Que la Cour aurait du, en tout état de cause, acter sa présence et l'entendre afin de se faire une opinion.

Qu'on a l'impression que la requalification en tentative d'homicide était une chose acquise et que la Cour n'avait pas l'intention d'écouter la défense sur ce point.

Deuxième moyen

Attendu que le requérant a demandé un avocat à sa première audition et que sa demande n'a pas été prise en compte par la police et par le juge d'instruction. Que la loi Salduz n'a pas été respectée.

Troisième moyen

Attendu que dans le cadre de l'instruction le requérant a demandé une confrontation avec la victime.

Que sa demande n'a pas été prise en considération par la police et que celui-ci s'est présenté au Tribunal de première instance pour retirer sa plainte alors qu'en appel on n'a même pas entendu ni voulu l'entendre.

Que d'autre part il y a un non-respect de la foi due aux actes le requérant étant confronté dans le dossier à trois dépositions de la victime qui ne l'accuse pas. Que ce n'est qu'à la quatrième déposition qu'elle l'accuse et qu'à l'audience elle le met à nouveau hors de cause ».

Cette rédaction témoigne d'une difficulté, pour son auteur, de relier ses doléances à la transgression par les juges d'appel d'une norme juridique identifiée de manière claire et pertinente. Il ne suffit pas d'affirmer que le juge d'appel s'est trompé ou qu'il a mal jugé. Il faut qualifier le grief de manière précise car celui-ci doit se couler dans un des cas d'ouverture à cassation : la violation d'une loi ou d'un principe général du droit dont la Cour a reconnu l'existence.

Le premier moyen ci-dessus relève du simplisme. La légalité du refus d'entendre un témoin ne s'apprécie pas de façon binaire mais au regard de la motivation que les juges du fond ont donnée à ce refus. Le deuxième moyen critique la police et le juge d'instruction. Le troisième débute par une affirmation incontrôlable et s'achève dans la confusion entre le respect de la foi due à un acte et la liberté d'apprécier la valeur probante que cet acte recèle.

La difficulté qu'éprouve l'avocat, dans cet exemple, à rattacher ses griefs à l'arrêt attaqué est probablement liée au fait qu'il n'a pas déposé, devant le juge du fond, des conclusions obligeant ce dernier à prendre position sur les différents points soulevés. A cet égard, on ne saurait trop souligner à quel point la qualité d'une défense en cassation est tributaire de la qualité du débat noué devant le juge du fond.

Les autres vices de forme dont le moyen peut être entaché renvoie au support lui-même : un écrit original, dans la langue de la procédure, signé par un avocat attesté, déposé au greffe de la Cour et notifié à qui de droit (voir *supra*, chapitre II).

2. Le moyen est tardif

Cette fin de non-recevoir renvoie aux délais prescrits pour le dépôt des mémoires comme pour l'introduction du pourvoi.

3. *Le moyen est imprécis*

Nombreux sont les moyens qui manquent leur cible par suite de leur imprécision. Le demandeur se plaint d'une violation des droits de la défense sans indiquer comment ou par quoi ceux-ci auraient été circonvenus. Il reproche à l'arrêt de contenir des renseignements inexacts à son sujet mais il n'en déduit aucune illégalité. Il fait grief à la décision attaquée de se contredire mais il n'identifie pas les deux termes de la contradiction (Cass., 7 janv. 2004, P.03.1092.F). Il dénonce un défaut de réponse à ses conclusions mais ne dit pas à quelle demande, défense ou exception les juges d'appel ont omis de répondre (Cass., 23 oct. 2013, P.13.1601.F ; Cass., 11 févr. 2004, P.03.1661.F ; Cass., 16 mai 2001, P.01.0305.F ; Cass., 20 sept. 2000, P.00.1185.F ; Cass., 8 octobre 1996, Bull., n° 363). Il invoque la violation d'une disposition légale ou d'un principe général de droit sans préciser en quoi cette violation consiste (Cass., 31 mars 2004, P.04.0363.F ; Cass., 28 mars 2001, P.00.1756.F ; Cass., 8 août 2000, P.00.1210.F ; Cass., 22 décembre 1993, Pas., n° 542). Il dénonce la présence, au siège du ministère public, d'un avocat général ayant précédemment connu de la cause en qualité de premier substitut du procureur du Roi, sans indiquer en quoi cette circonstance rendrait la décision illégale (Cass., 15 nov. 2000, P.00.1373.F). Il accuse la décision attaquée de violer la foi due à un acte qu'il n'identifie pas (Cass., 23 mai 1977, Pas., p. 966), ou identifie bien cet acte mais ne dit pas en quoi le juge aurait méconnu la foi qui lui est due (Cass., 23 août 2006, P.06.1200.F).

Par contre, l'article 1080 du Code judiciaire ne s'applique pas au pourvoi en matière pénale : cela signifie que le demandeur n'est pas tenu d'indiquer les dispositions légales dont il invoque la violation, pourvu qu'il précise clairement l'illégalité alléguée (Cass., 14 juin 2017, P.17.0361.F ; Cass., 24 juin 2015, P.15.0451.F ; Cass., 21 janv. 2009, P.08.1022.F ; Cass., 12 nov. 2008, P.07.1531.F).

4. *Le moyen est inapproprié*

L'irrecevabilité d'un moyen de cassation peut résulter de son inadéquation par rapport au pourvoi.

C'est le cas, tout d'abord, du moyen étranger à la décision attaquée (Cass., 7 mai 2003, P.03.0292.F) : ainsi, le demandeur n'est pas recevable à critiquer la légalité de l'ordonnance de renvoi ou celle d'une ordonnance de dessaisissement, alors qu'il ne s'est pas pourvu contre celles-ci (Cass., 16 mai 2001, P.01.0305.F). De même, il n'est pas recevable à critiquer la décision rendue sur les intérêts civils alors que le pourvoi est limité à l'action publique. On sera également attentif à la qualité prise par le demandeur dans sa

déclaration de pourvoi. S'il l'a signée uniquement en tant que prévenu et pas en tant que partie civile, le moyen pourra être dirigé contre la décision rendue sur l'action civile exercée *contre* lui, à l'exclusion de celle exercée *par* lui.

On peut, en revanche, critiquer un arrêt interlocutoire alors qu'on ne s'est pourvu que contre la décision définitive, si le vice du premier est de nature à entraîner l'annulation de la seconde (Cass., 17 avril 1996, Bull., n° 116). On peut aussi, grâce à l'article 408 du Code d'instruction criminelle, critiquer l'instruction et la procédure faite devant la cour d'assises, à la faveur du pourvoi contre l'arrêt final (Cass., 27 avril 2011, P.11.0019.F). Mais pour attaquer le verdict de culpabilité et sa motivation, il ne suffit pas de s'être pourvu contre la décision statuant sur la peine, il faut aussi avoir entrepris l'arrêt de motivation précédant celle-ci (Cass., 20 avril 2016, P.16.0058.F).

Sont vaines et irrecevables les critiques visant le ministère public (Cass., 17 oct. 2001, P.01.1333.F ; Cass., 11 décembre 1979, Pas., 1980, p. 452). Est proche de cette catégorie le moyen qui soutient que la poursuite est discriminatoire et donc irrecevable parce que le demandeur est le seul à avoir été poursuivi alors que ses voisins ou collègues, auteurs d'infractions semblables à la sienne et commises dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, n'ont pas été inquiétés. Cette critique touche à l'exercice des poursuites et au pouvoir d'en juger l'opportunité, prérogative du parquet.

Le moyen qui invoque l'absence, dans le dossier transmis à la Cour en application de l'article 431 du Code d'instruction criminelle, de pièces faisant partie de l'instruction préparatoire, est étranger à la décision attaquée et est, partant, irrecevable (Cass., 22 déc. 1999, Pas., n° 696).

Ne sont pas davantage reçus les griefs relatifs à une autre décision que celle faisant l'objet du pourvoi (Cass., 14 janvier 1997, Pas., n° 30), ou qui concernent un acte de l'instruction préparatoire sur lequel la condamnation ne se fonde pas, ou qui reviennent à critiquer une autre ordonnance que celle dont l'appel avait saisi la chambre des mises en accusation (Cass., 16 mars 2011, P.11.0441.F), ou dirigés contre une circonstance qui n'est pas imputable à la juridiction ayant rendu la décision attaquée et sur laquelle il ne lui appartient pas de statuer, telle l'absence de droit d'appel contre un arrêt de la cour d'assises (Cass., 16 mars 2011, P.11.0017.F ; Cass., 4 février 1992, Pas., n° 291).

Se trouve également dans une situation de décalage par rapport à l'acte de pourvoi, le moyen qui critique le fait que les avocats *pro deo* ne sont pas rémunérés correctement, tout en admettant qu'en prenant sur eux-mêmes, ces avocats ont pu assumer la défense de leurs clients de manière concrète et effective (Cass., 7 juin 2017, P.17.0165.F ; la Cour retient le défaut d'intérêt).

5. *Le moyen ignore l'article 147 de la Constitution*

Cette disposition n'est pas un bonnet que l'on puisse jeter impunément par-delà les moulins. Innombrables encore sont les arrêts déclarant irrecevables des moyens rédigés au mépris de l'interdiction constitutionnelle faite à la Cour de connaître du fond des affaires. Il faut le rappeler inlassablement : le juge de cassation ne peut puiser la connaissance des faits que dans la décision attaquée. Ces faits, il doit les tenir pour constants tels que le juge du fond les a rapportés.

La Cour ne se prononce donc pas sur le fondement d'un moyen dont l'examen requiert une vérification des éléments de fait de la cause (Cass., 11 mai 1983, Pas., n° 506) ou d'un moyen qui contredit l'appréciation en fait de ces éléments par le juge du fond (Cass., 20 décembre 1995, R.D.P., 1997, p. 99).

C'est ce qu'on appelle les moyens *mélangés de fait*.

La Cour a ainsi rejeté, comme étant irrecevable, un moyen invoquant l'incompétence de la cour d'appel, déduite de la présence au casier judiciaire d'antécédents non visés par la décision de correctionnalisation : en effet, sauf à le prendre de la violation de la foi due à un acte déterminé, pareil moyen est irrecevable en tant qu'il oblige la Cour à examiner des pièces, en l'occurrence l'extrait du casier judiciaire, qui ne font pas partie de celles auxquelles elle peut avoir égard (Cass., 11 octobre 2000, Bull., n° 542).

C'est l'occasion de rappeler quelles sont les pièces auxquelles la Cour peut avoir égard :

- le mémoire et le mémoire en réponse,
- l'arrêt attaqué,
- le jugement dont appel,
- l'ordonnance ou l'arrêt de renvoi et les citations,
- les procès-verbaux d'audience,
- les conclusions,
- et toute pièce à laquelle le juge du fond s'est référée explicitement et qui est visée par un moyen de violation de la foi due.

La prohibition constitutionnelle de connaître du fond et d'y substituer une autre appréciation que celle des premiers juges n'enlève pas à la Cour le pouvoir de procéder à un *contrôle marginal* qui est à la fois un examen de la logique du raisonnement judiciaire et une vérification de la qualification juridique donnée aux faits : des actes, événements et circonstances souverainement constatés par lui, le juge du fond a-t-il pu déduire la conséquence qu'il en tire ? Au départ du

comportement qu'il décrit dans le chef du prévenu, et du contexte dans lequel cette action s'est, d'après lui, inscrite, le juge a-t-il pu, par exemple, déduire ou exclure l'existence d'une contrainte irrésistible, sans méconnaître cette notion (Cass., 16 févr. 2011, P.10.1644.F) ? Le contrôle dit « marginal » ne mérite cette épithète que par rapport à son étendue, pas par rapport à son champ d'application, lequel est très vaste puisque le droit pénal est construit sur un vaste réseau de qualifications. Peuvent être déferés à ce contrôle, par exemple, l'admission, ou la non-admission, de la cause d'excuse (Cass., 22 avril 2015, P.15.0118.F ; Cass., 22 juin 2011, P.11.0988.F) ou de l'erreur invincible (Cass., 27 mai 2015, P.15.0241.F), l'affirmation qu'un appel est téméraire ou vexatoire ou qu'une procédure est abusive (Cass., 28 sept. 2011, P.11.0711.F), la conclusion qu'un condamné dispose ou non d'un logement apte à garantir son reclassement (Cass., 29 janv. 2014, P.14.0041.F), la décision de retenir ou non l'existence d'un lien de subordination (Cass., 30 sept. 2015, P.14.0474.F), etc ...

6. *Le moyen est dénué d'intérêt*

L'intérêt requis pour qu'un moyen soit recevable s'apprécie tantôt de manière objective, c'est-à-dire sous l'angle exclusif de la possibilité de casser le dispositif attaqué, tantôt de manière subjective, c'est-à-dire en tenant compte de la possibilité pour le demandeur de se prévaloir du tort que lui inflige l'illégalité dénoncée.

Au sens subjectif, le moyen peut s'avérer dénué d'intérêt parce que l'irrégularité qu'il soulève ne nuit pas au demandeur : sont dès lors irrecevables, par exemple, les moyens qui, invoqués par le prévenu, reprochent aux juges d'appel d'avoir omis une peine accessoire (Cass., 3 mai 1988, Bull., n° 537), ou encore le moyen critiquant la décision de recevoir l'appel du demandeur (Cass., 15 février 1977, Pas., p. 642).

Le prévenu est condamné à une peine de confiscation. Il ne critique pas la légalité de cette décision proprement dite mais conteste celle qui attribue les sommes confisquées au curateur de la société faillie. Le demandeur n'a pas d'intérêt, au sens subjectif, à la cassation : la confiscation a eu pour effet de faire sortir ces biens de son patrimoine en transférant la propriété au Trésor public ou à la partie civile (Cass., 30 nov. 2016, P.16.0199.F ; F. Lugentz et D. Vandermeersch, *Saisie et confiscation en matière pénale*, RPDB, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp.76-77).

Au sens objectif, l'intérêt peut faire défaut pour les raisons suivantes.

a. Surabondance

Le moyen critique un motif surabondant (Cass., 12 février 1997, Pas., n° 82). En voici un exemple : la culpabilité du prévenu du chef de vol qualifié est déclarée établie du seul fait que ces empreintes digitales ont été retrouvées, avec douze points de concordances, sur la face interne de la vitrine du magasin cambriolé. En outre, énonce le juge, le procès-verbal initial relate que le prévenu a avoué son forfait aux policiers qui l'ont intercepté. La lecture de la pièce auquel la décision se réfère fait toutefois apparaître que l'aveu prétendu n'y figure pas. Un moyen peut être pris de la violation de la foi due au procès-verbal initial. Mais ce moyen risque de se heurter à une fin de non-recevoir dans la mesure où, même si l'aveu n'existe pas ou a été irrégulièrement recueilli, la déclaration de culpabilité paraît pouvoir continuer à s'appuyer sur le premier motif, celui relatif aux indices matériels. En revanche, le moyen ne sera pas jugé surabondant si c'est la concordance des deux preuves qui, en les renforçant mutuellement, a emporté la conviction des juges du fond.

Le même raisonnement vaut, bien entendu, lorsque la décision attaquée est un acquittement. N'est pas recevable le moyen qui critique un des motifs par lequel la cour d'appel expose pourquoi elle doute de la culpabilité du prévenu, lorsque l'arrêt aligne une demi-douzaine d'autres considérations également de nature à ébranler la conviction des juges, et que le moyen ne critique pas.

b. Inopérance

Le moyen reproche au juge une erreur de droit dépourvue d'influence sur la légalité du dispositif attaqué ; ainsi, si l'infraction est consommée par la remise des fonds et que les juges d'appel ont constaté cet élément, peu importe que l'arrêt ait erronément qualifié ladite remise de « souscription d'actions » alors qu'il s'agissait seulement d'un achat (Cass, 23 mai 1977, Pas., p. 966).

c. Caducité

Le moyen a perdu toute raison d'être en raison de la décision du juge du fond : c'est le cas du moyen s'attardant sur le refus de la cour d'assises de poser au jury une question subsidiaire, alors que le jury a répondu affirmativement à une question principale, déclarant ainsi les faits établis dans leur qualification originaire (Cass., 25 juillet 1995, Pas., n° 351).

d. Perte d'objet

Le moyen perd son objet en raison d'une décision de la Cour elle-même : c'est le cas du moyen invoquant que la cour d'appel ne pouvait pas refuser de

poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, lorsque la Cour de cassation pose elle-même cette question (Cass., 31 octobre 1995, Pas., n° 463).

e. Substitution de motifs

Le moyen perd son intérêt parce que la Cour opère ce qu'on appelle une *substitution de motifs*. Une décision ne peut être cassée que si son dispositif est illégal. Si le dispositif est légal et que la Cour est en mesure de trouver, dans la décision attaquée ou dans les pièces auxquelles elle peut avoir égard, les éléments de fait nécessaires, elle peut suppléer un motif de droit qui justifie légalement la décision. Fût-il fondé, le moyen dirigé contre le motif erroné devient alors sans intérêt (A. Decroës, « La substitution de motifs par la Cour de cassation », in *Annales de droit de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 425-480).

Lorsque les conditions en sont remplies, la substitution de motifs n'est pas, pour la Cour, une faculté mais bien une obligation. Cela s'explique par la mission de la Cour qui est de contrôler la légalité de la décision. Casser un dispositif légal serait une décision nuisible aux justiciables dont le procès se verrait ainsi inutilement prolongé.

Les conditions de l'opération sont les suivantes :

- La Cour se rend compte, en lisant la décision attaquée, que le dispositif est légal.
- Les motifs donnés par le juge pour justifier sa décision ne sont pas conformes à la loi.
- Le motif substitué au motif illégal est un motif de pur droit.
- Le motif que l'on va remplacer est un motif critiqué par le pourvoi.
- Le motif qui va être remplacé est un motif de la décision attaquée : on ne substitue jamais un motif à une absence de motif⁴.

En voici un exemple. Une plainte est déposée contre le chef du gouvernement de l'Etat d'Israël, Ariel Sharon, par les familles des victimes des massacres de Sabra et Chatila. La plainte est déposée en Belgique dans le cadre de la loi de compétence universelle. La chambre des mises en accusation dit l'action publique irrecevable parce que Monsieur Sharon n'a pas été trouvé en Belgique. Ce motif est illégal parce que la loi susdite a élargi la compétence internationale belge. Cependant, il résulte de l'arrêt que le suspect est le chef d'un gouvernement étranger. Il y a lieu dès lors de substituer, au motif critiqué,

⁴ De même, la Cour ne substituera jamais un dispositif qu'elle jugerait « sain » à un dispositif qu'elle trouverait « pathologique ». Par exemple, elle ne remplacera pas une décision d'irrecevabilité de l'appel par une décision de non fondement de celui-ci.

la cause d'immunité prévue en droit pénal international coutumier pour les personnes revêtues de cette qualité. Sur ce fondement, l'irrecevabilité est légalement justifiée (Cass., 12 février 2003, J.T., 2003, p. 243, et les observations de P. d'Argent).

Le demandeur en cassation n'est jamais surpris par une substitution de motifs. L'occasion lui est donnée de s'en défendre. Les parties sont toujours averties de l'intention de la Cour relative à une éventuelle substitution. L'avertissement figure dans les conclusions écrites ou orales du ministère public, ou dans une éventuelle interpellation du demandeur à l'audience par le président.

f. Peine justifiée

La peine prononcée est la même que celle qui, sans l'illégalité dénoncée par le demandeur, aurait pu lui être infligée : c'est la théorie de la peine légalement justifiée.

Cette théorie se fonde sur la règle énoncée par l'article 422 (autrefois 411) du Code d'instruction criminelle qui dispose que « *lorsque la peine prononcée sera la même que celle portée par la loi qui s'applique à l'infraction, nul ne peut demander la cassation de l'arrêt ou du jugement, sous le prétexte qu'il y aurait erreur dans la citation du texte de la loi* ». Les travaux parlementaires de la loi du 14 février 2014 montrent que la théorie de la peine justifiée a été discutée, que le député Delpérée a déposé un amendement pour la supprimer, que cet amendement a été rejeté et que l'article 422 est là pour réaffirmer cette théorie.

Dans un arrêt contre la France, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'application de la théorie de la peine légalement justifiée ne réduisait pas nécessairement de manière conséquente le droit du requérant à un procès équitable en général, et son droit de faire dûment examiner ses moyens de défense en particulier (Cour eur. D. H., *Louis c. France*, 14 novembre 2006, J.L.M.B., 2007, p. 787).

Pour que la règle trouve à s'appliquer, il suffit que la peine prononcée ne dépasse pas le maximum qui eût été légalement applicable si l'on supposait rectifiée l'erreur de droit dénoncée dans le moyen.

Cette théorie est appliquée notamment en cas de concours d'infractions, lorsqu'une peine unique est prononcée du chef de plusieurs infractions ou lorsque le demandeur invoque une erreur de qualification.

Ainsi, ne peuvent entraîner la cassation et sont, dès lors, irrecevables les moyens qui, fussent-ils fondés, concernent uniquement les faits d'une seule prévention alors que la mesure prononcée est légalement justifiée par les faits constitutifs de deux autres préventions déclarées établies (Cass., 3 février 1999 J.L.M.B., 1999, p. 1226). Même solution lorsque le moyen conteste la qualification donnée au fait en affirmant que celui-ci aurait dû être qualifié autrement, alors que la peine reste légalement justifiée au regard de l'une ou de l'autre qualification (Cass., 8 juin 2016, P.16.0236.F).

La règle s'applique même si aucune peine n'a été prononcée parce que le juge s'est borné à une simple déclaration de culpabilité : est irrecevable, à défaut de pouvoir entraîner la cassation, le moyen qui ne concerne qu'une seule des préventions jugées constantes, si la décision de simple déclaration de culpabilité du chef des différentes préventions dont l'arrêt considère qu'elles constituent la manifestation d'un même comportement punissable, reste légalement justifiée par les autres préventions retenues à charge du prévenu (Cass., 3 mai 2005, Pas., n° 258 ; Cass., 11 octobre 2005, Pas., n° 496).

Lorsque la peine a été prononcée pour une infraction commise avec une circonstance aggravante, est irrecevable le moyen qui ne concerne que la circonstance aggravante, lorsque la condamnation demeure légalement justifiée par l'infraction principale (Cass., 2 octobre 1996, R.D.P., 1997, p. 1236 ; Cass., 19 décembre 2007, Pas., 2007, n° 644).

Les moyens qui, fussent-ils fondés, concernent uniquement les faits d'une seule prévention alors que la mesure de suspension du prononcé de la condamnation est légalement justifiée par deux autres préventions non contestées, ne peuvent entraîner la cassation et sont, dès lors, irrecevables (Cass., 17 juin 1992, Pas., I, p. 913 ; Cass., 16 février 1994, Bull., 1994, p. 178).

Le principe de « la peine légalement justifiée » connaît une exception importante : il ne s'applique pas lorsqu'il apparaît des motifs de l'arrêt ou du jugement que la peine prononcée a été fixée en tenant compte de tous les faits, en ce compris ceux faisant l'objet des moyens en cassation, ou lorsqu'il résulte de la motivation de la décision attaquée que si le juge n'avait pas déclaré établie l'infraction à laquelle se rapporte le moyen, la peine prononcée eût été moins forte (Cass., 17 juin 1992, Pas., p. 913 ; Cass., 16 février 1994, Bull., p. 178).

L'irrecevabilité déduite de la *peine* justifiée ne s'applique évidemment pas, faut-il le dire, aux intérêts civils : dès qu'une prévention fonde un dommage, les parties sont en tout cas recevables à critiquer la décision rendue sur l'action civile exercée sur la base de cette prévention.

7. *Le moyen méconnaît l'article 608 du Code judiciaire*⁵

Est irrecevable parce que dépourvu de base légale le moyen pris de la violation du droit naturel ou de la morale (Cass., 4 septembre 1984, Pas., 1985, n° 5), ou invoquant la méconnaissance d'une circulaire ministérielle : celle-ci n'étant pas une « loi » au sens de l'article 608 du Code judiciaire, sa violation ne donne pas ouverture à cassation (Cass., 12 janvier 2000, Bull., n° 29).

La Cour reconnaît l'existence de lois étrangères et donc de textes qui peuvent servir de base légale à un moyen, alors qu'ils ne ressortissent pas à l'ordre juridique belge. Condamné du chef de bigamie en Belgique, un ressortissant marocain se pourvoit en cassation. Il s'était marié dans son pays avant de le faire en Belgique mais il contestait la validité de la première union. L'existence de celle-ci constituant un élément constitutif du crime, il faut vérifier la loi marocaine. Saisie d'un moyen qui l'y invite, la Cour peut contrôler l'interprétation que le juge du fond a donnée de cette loi pour conclure à l'existence d'un mariage valable selon le droit marocain.

Pour déterminer la portée d'une norme étrangère, le juge belge doit tenir compte de l'interprétation qu'elle reçoit dans le pays dont elle émane (Cass., 25 mai 2018, C.15.0354.F).

8. *Le moyen est nouveau*

Sous réserve des moyens invoquant une illégalité que la décision attaquée se serait appropriée, il ne peut être soumis à la Cour que les moyens allégués devant les juridictions d'appel ou examinés d'office par celles-ci. En réalité, en matière pénale, l'irrecevabilité du moyen nouveau tient à l'interdiction, pour la Cour de cassation, de constater et d'apprécier des éléments de fait.

Le moyen n'est pas nouveau lorsque le demandeur n'en a découvert les soutènements qu'à la lecture de l'arrêt qu'il critique. Ne peut donc être considéré comme nouveau le moyen qui critique un motif que le juge donne pour justifier sa décision.

Ne peuvent ainsi être invoqués pour la première fois devant la Cour de cassation des moyens tirés d'une prétendue violation des droits de la défense, du droit à un procès équitable résultant du fait de ne pas avoir pu faire poser au jury la question de la provocation, du dépassement du délai raisonnable, d'une cause

⁵ Pour de plus amples développements sur cette question, voyez P. Lecroart, *La « loi » au sens de l'article 608 du Code judiciaire*, Rapport annuel de la Cour 2006, pp. 189-230.

de récusation, ou encore le grief fondé sur un manque d'impartialité de l'expert (Cass., 28 juin 2006, Pas., n° 363).

Est nouveau et, dès lors, irrecevable, le moyen qui invoque la violation des articles 6, §§ 1^{er} et 3.c de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du fait que l'arrêt attaqué fonde la condamnation sur les déclarations auto-incriminantes qui ont été faites sans « caution » et sans l'assistance d'un conseil, alors que le demandeur a présenté ses moyens de défense sur le fond de la cause sans invoquer la violation de ces dispositions qu'il pouvait invoquer devant le juge (Cass., 5 octobre 2010, , Pas., n° 576, T. Strafr., 2011, p. 66, note B. MEGANCK, « *Salduz-exceptie kan niet voor het eerst op ontvankelijke wijze voor het Hof van Cassatie worden ingeroepen* »).

Même solution pour les moyens qui soutiennent que les modalités d'exercice de l'appel prévues par l'article 204 du Code d'instruction criminelle atteignent la substance même du droit au double degré de juridiction, ou qui font valoir que l'appelant s'est trouvé dans l'impossibilité absolue de consulter son avocat pour remplir la requête contenant les griefs articulés contre la décision entreprise, ou qui dénoncent le fait que le juge de première instance, en qualifiant autrement les faits, a outrepassé les limites de sa saisine : pour être recevables en cassation, ces différents moyens auraient dû être soulevés devant le juge du fond (Cass., 3 janv. 2017, P.15.0541.N ; Cass., 19 oct. 2016, P.16.0883.F ; Cass., 2 nov. 2016, P.16.0897.F).

Un moyen tiré de la nullité d'un acte de l'instruction préparatoire peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation lorsque la décision attaquée s'est approprié la prétendue nullité en se fondant expressément sur la pièce dont le demandeur invoque la nullité et sans que l'examen de cette nullité implique la vérification ou l'appréciation d'éléments de fait.

L'irrecevabilité du moyen nouveau n'est pas une construction purement prétorienne. Le principe en est consacré notamment par l'article 407 du Code d'instruction criminelle et par l'article 40, alinéa 2, de la loi sur l'emploi des langues en matière judiciaire, relatifs à la couverture de certaines nullités.

Lorsque le moyen est fondé sur une règle qui, répondant aux exigences objectives de l'organisation judiciaire, est essentielle à l'administration de la justice, il peut être invoqué pour la première fois devant la Cour (Cass., 5 décembre 2003, Pas., n° 625). Toutefois, la Cour considère que la violation de l'article 6.1 de la Convention consistant en la participation à la décision d'un magistrat ayant précédemment connu de la cause ne peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation (Cass. 9 février 1990, Pas., n° 357 ;

Cass., 29 juin 2011, Pas., n°433, concl. avocat général D. VANDERMEERSCH ; R. DECLERCQ, *Cassation en matière répressive*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 422).

o O o

Le moyen qui échappe aux fins de non-recevoir susceptibles de lui être opposées peut être déclaré fondé et entraîner dès lors la cassation, ou être rejeté parce que, dans le langage de la Cour, il « manque en fait », il « manque en droit », ou encore, il « ne peut être accueilli ».

Un moyen manque en fait lorsqu'il repose sur des allégations qui ne trouvent pas d'appui dans les pièces de la procédure. Tel est le cas du demandeur qui se plaint d'un défaut de réponse aux conclusions alors qu'il n'en a pas déposées. Manque également en fait le moyen qui procède d'une lecture erronée ou d'une mauvaise interprétation de la décision visée par le pourvoi. Aucune doctrine ne peut en principe se déduire d'un arrêt qui rejette le pourvoi à l'appui duquel le demandeur n'a invoqué que des moyens qui manquent en fait.

Le moyen qui manque en droit est celui que la Cour peut examiner et rejeter pratiquement sans devoir lire la décision attaquée : le demandeur s'appuie sur une affirmation juridique inexacte. Il fait dire à la loi ce qu'elle ne dit pas pour ensuite tenter de mettre l'arrêt qu'il critique en contradiction avec elle. Pour rejeter un tel moyen, la Cour doit nécessairement restituer sa véritable signification à la règle de droit dont la violation est invoquée en vain. Une portée doctrinale peut donc être reconnue à l'arrêt qui rejette un moyen parce qu'il manque en droit.

Il y a enfin les moyens qui ne peuvent être accueillis. C'est une catégorie intermédiaire. Ici, le rejet du moyen ne peut se faire qu'en analysant l'arrêt attaqué et en le confrontant avec la règle prétendument violée. Reprenons l'exemple du moyen pris d'un défaut de réponse aux conclusions. Le demandeur reproche au juge des référés de ne pas s'être prononcé sur l'apparence du droit qu'il invoque. Il a raison d'affirmer que les jugements et arrêts doivent être motivés. Le moyen ne manque donc pas en droit. La Cour doit, par conséquent, vérifier la décision attaquée. Si le défaut de réponse est avéré, le moyen ne pourra pas être rejeté comme manquant en fait. Cela ne signifie pas que la cassation est nécessairement encourue. En effet, si la décision attaquée constate que les conditions du référé ne sont pas réunies, on ne peut lui faire le reproche de ne pas s'être prononcée pour le surplus. Ce grief ne pourra donc pas être accueilli. L'arrêt qui le rejette peut également présenter un intérêt juridique : dans l'exemple cité, il contribue à définir l'étendue de

l'obligation de motivation puisqu'il repose sur le principe que le juge du fond ne doit pas répondre à un moyen devenu sans pertinence en raison de sa décision.

CHAPITRE IV – LE MOYEN D'OFFICE

Pour comprendre le système belge du moyen d'office, il faut rappeler la nature de l'institution où il a surgi. Il faut aussi se remémorer son origine, qui est légale et non prétorienne comme on le croit trop souvent. Il faut prendre conscience des raisons de son emploi. Il faut en décrire l'objet et les limites.

Le moyen d'office peut être vu comme un instrument qui permet d'assurer une application égalitaire, juste et uniforme de la loi, de manière à répondre le moins mal possible au besoin primordial que les hommes ont de la Justice. Par exemple, si deux demandeurs se présentent, dont l'un a déposé un mémoire et l'autre pas, le moyen jugé fondé pour le premier sera pris d'office pour le second, de manière à ce que l'illégalité commune aux deux puisse être relevée au bénéfice de chacun.

Comment la Cour peut-elle casser un jugement ou un arrêt sur la base d'une illégalité qu'elle découvre par elle-même, sans que le demandeur y ait pensé ?

Un commencement de réponse peut être trouvé dans la raison d'être de l'institution : la Cour a été instituée pour contrôler la légalité des décisions judiciaires. Le Constituant n'a assigné à ce contrôle qu'une seule limite, que la haute juridiction s'est toujours fait une obligation de respecter scrupuleusement : elle ne peut connaître du fond.

Comme chacun sait, la Cour n'a pas été instituée dans le seul intérêt des parties. Elle a été conçue aussi et d'abord dans l'intérêt de la loi. Lorsqu'il arrive en cassation, le procès, dit-on, change d'objet. Il ne s'agit plus de juger le bien-fondé de l'action exercée par une partie contre une autre. C'est le jugement ou l'arrêt attaqué qui sont mis sur la sellette. Le débat n'oppose plus le prévenu à la partie civile, ou celle-ci à la partie intervenue volontairement. Il se noue à un niveau supérieur, entre la décision et la loi. Le demandeur et le défendeur en

cassation ne sont que les véhicules d'une discussion qui dépasse leurs intérêts partisans, même si sa conclusion aura une incidence sur ceux-ci.

Il est trompeur de présenter le moyen d'office comme une création jurisprudentielle, quelque chose qu'aucune disposition légale ne prévoirait.

Par une loi du 14 thermidor, an III, soit le 1^{er} août 1795 selon le calendrier actuel, la Convention a disposé que la déclaration du condamné, faite conformément à la loi du 16 septembre 1791, suffisait pour saisir utilement de la cause le tribunal de cassation. Cette saisine irrévocable, réalisée sur la simple déclaration du demandeur, constitue l'acte de naissance législatif du moyen d'office. Ni le Directoire, ni le Consulat, ni l'Empire, ni le gouvernement du Roi Guillaume des Pays-Bas, ni l'Etat belge ne sont jamais revenu sur ce principe.

Inspirés de la loi du 14 thermidor, an III, les anciens articles 417 et 422 du Code d'instruction criminelle ouvraient au demandeur la possibilité, et non l'obligation, de motiver le pourvoi. Il en va de même dans l'actuel article 425 : le demandeur peut déposer un mémoire, il ne le doit pas ; sa seule obligation est, s'il en dépose un, de le faire dans les délais prescrits.

Eh bien, il n'est pas croyable que le législateur ait prévu, en matière répressive, le droit de former un pourvoi sans moyen, tout en déclarant que ce pourvoi n'aurait aucun effet utile. Cet effet utile, c'est le contrôle d'office qui le donne.

La Cour de cassation n'a donc rien inventé, elle n'a fait aucun coup d'état, elle n'a commis aucun abus de pouvoir, elle ne s'est pas enflée d'orgueil lorsque, par un arrêt du 16 janvier 1834, la toute jeune institution a confirmé qu'elle pouvait et qu'elle devait vérifier, fût-ce d'office, la légalité des condamnations prononcées en matière répressive.

Elle le peut, et elle le doit : on n'est pas dans la logique de l'Ancien Régime, quand la justice était un don du Roi de France à ses sujets. Soulever d'office un moyen de cassation, ce n'est pas une compétence discrétionnaire, une sorte que faveur que la Cour octroie ou refuse, en fonction de son humeur. Quand un condamné demande que le droit advienne, le droit doit advenir pleinement, totalement, complètement, même si ce demandeur ignore tout de la loi, même s'il a pour conseil un avocat qui invoque d'innombrables moyens inopérants et passe à côté de la montre en or.

Le moyen d'office est possible en procédure pénale parce que le principe dispositif ne s'y applique pas. De même que le juge répressif a tout pouvoir pour apprécier si le fait dont il est saisi est légalement punissable, de même la Cour de cassation a toute liberté de censurer la légalité de cette application du droit.

En quoi consiste le modèle belge du moyen d'office ?

La Cour n'invoque jamais un moyen d'office sur le pourvoi de la partie civile, sur le pourvoi du civilement responsable, ou sur le pourvoi de la partie intervenue volontairement.

La partie civile peut mettre l'action publique en mouvement en se constituant entre les mains du juge d'instruction. En cas de non-lieu, elle peut interjeter appel et porter ainsi sa plainte devant la chambre des mises en accusation. Et si l'appel est déclaré non fondé, cette partie peut venir en cassation. Même dans cette hypothèse, même en cas de pourvoi de la partie civile contre un arrêt de non-lieu, la Cour ne soulève pas de moyen d'office. Il n'y a pas non plus de contrôle d'office sur la légalité de la décision condamnant cette partie civile aux frais de l'action publique qu'elle a pu pourtant, mais vainement, mettre en mouvement.

Le moyen d'office n'est soulevé, s'il y a lieu, que sur le pourvoi du prévenu en tant que dirigé contre la décision rendue sur l'action publique exercée à sa charge, et sur le pourvoi du ministère public, lequel n'a d'autre objet et ne peut avoir d'autre objet que d'attaquer la décision rendue sur l'action publique.

Le contrôle d'office ne concerne donc que la condamnation pénale, pas la décision relative aux intérêts civils, quelle que soit la partie qui attaque cette décision. Dès lors que l'action de l'Etat en paiement des droits éludés, en matière de douanes et accises, est considérée comme une action civile, la décision rendue sur cette action n'est pas assujettie au contrôle d'office.

Bien sûr, le moyen d'office peut atteindre la décision civile en cas d'effet domino : la cassation du dispositif pénal, que ce soit sur un moyen invoqué par le demandeur ou sur un moyen d'office, entraîne l'annulation de la décision rendue au civil, contre laquelle le demandeur s'est régulièrement pourvu, et qui en est la conséquence.

En matière d'infractions urbanistiques, le juge peut ordonner la remise des lieux en état. Quoique cette mesure de réparation soit de nature civile, elle est considérée comme ressortissant à l'action publique. D'où il suit qu'un moyen d'office peut être soulevé, sur le pourvoi du prévenu, du ministère public, ou du fonctionnaire délégué, contre une décision condamnant le prévenu à la remise des lieux dans leur pristin état.

Il en va de même pour la condamnation d'office à la restitution des allocations de chômages ou autres avantages sociaux perçus à la faveur d'une déclaration inexacte. Cette mesure, prévue à l'article 236, alinéa 2, du Code pénal social est de nature civile, mais elle ressortit à l'action publique de sorte qu'elle est passible du contrôle d'office.

Quand on dit que le contrôle d'office ne concerne que la décision pénale, c'est au sens large du terme : sont assujetties à ce contrôle les décisions des juridictions d'instruction statuant en matière de détention préventive, extradition, mandat d'arrêt européen et privation de liberté des étrangers ; y sont également assujetties les décisions du tribunal de l'application des peines et les arrêts statuant sur la récusation d'un magistrat ayant siégé au pénal.

La condamnation aux frais de l'action publique peut faire l'objet d'un moyen d'office sur le pourvoi du prévenu ou du ministère public, pas sur le pourvoi de la partie civile.

Lorsqu'une personne est déclarée civilement responsable de l'amende et des frais, le contrôle d'office n'est possible que sur le pourvoi du ministère public.

Il y a des domaines où on peut hésiter. En matière de référé pénal, par exemple. Il existe une loi du 9 décembre 2004 qui organise, au bénéfice du tiers intéressé, une procédure lui permettant de s'opposer à une extradition mobilière, autrement dit de s'opposer à la transmission, à l'étranger, de biens saisis en Belgique et réclamés par l'autorité étrangère en tant qu'ils constituent l'objet d'une infraction commise à l'étranger. Il a été jugé récemment que l'arrêt de la chambre des mises, qui rejette la prétention du tiers intéressé, n'est pas soumis au contrôle d'office, dès lors qu'aucune décision n'est rendue quant à l'action publique.

Sur le pourvoi du prévenu, le moyen d'office ne peut viser et atteindre que les décisions qui lui causent grief : sur ce pourvoi, la cassation d'office ne

peut mettre à néant une peine illégale que parce que cette peine est trop sévère, pas parce qu'elle ne l'est pas assez. Lorsque la Cour a détecté une illégalité qui profite au prévenu, elle le signale en rejetant le pourvoi par une formule qu'on appelle la formule pénale atténuée : *Les formalités substantielles ou prescrites à peine de nullité ont été observées et la décision ne comporte aucune illégalité qui puisse infliger grief au demandeur.*

En revanche, le pourvoi du ministère public met la Cour en mesure d'exercer un contrôle de légalité quasi-total : peuvent être censurées tant les décisions qui profitent ou qui nuisent au prévenu, que celles qui nuisent ou profitent à l'action publique.

On parle d'un contrôle de légalité « quasi-total », car il existe une exception : sur le pourvoi du ministère public contre un prévenu qui a été acquitté, personne ne peut invoquer la violation d'une règle établie en faveur de la personne poursuivie. Que ce soit sur un moyen d'office ou sur un moyen classique, la Cour ne peut jamais casser un acquittement au motif, par exemple, que les droits de la défense de la personne acquittée ont été méconnus.

Le moyen d'office doit tenir compte des limites qu'impose la technique de cassation.

Il est évident que la Cour ne soulève pas de moyen d'office sur un pourvoi irrecevable, ou sur un pourvoi recevable mais dont le demandeur, prévenu, s'est désisté.

Par contre, si c'est le mémoire qui est irrecevable, par exemple parce qu'il a été déposé tardivement, rien n'empêche la Cour de prendre d'office un moyen qui, comme par hasard, s'identifie à un excellent moyen figurant dans ce mémoire auquel la Cour ne pouvait pas avoir égard mais qu'elle a lu quand même.

La Cour peut aussi prendre d'office un moyen qui lui est suggéré verbalement à l'audience, soit après l'expiration des délais prescrits pour déposer un mémoire.

La Cour ne va jamais, faut-il le dire, soulever d'office un moyen qui, s'il avait été invoqué par une partie, aurait été déclaré irrecevable.

Il n'est pas question de soulever d'office un moyen nouveau, un moyen qui ne peut pas être soulevé pour la première fois devant la Cour, par exemple un dépassement du délai raisonnable qui n'a pas été plaidé devant les juges du fond. Il n'est pas question de soulever d'office un moyen dénué d'intérêt parce que la peine est légalement justifiée. Il n'est pas question de soulever un moyen d'office irrecevable parce qu'il est possible de substituer, au motif critiqué, un motif de pur droit.

Il n'est pas question de soulever d'office un moyen relevant l'illégalité d'une perquisition ou d'une écoute téléphonique, lorsque la déclaration de culpabilité ne s'appuie nullement sur ces actes d'instruction.

On ne prend pas un moyen d'office pour casser une décision qui n'est entachée que d'une erreur matérielle, c'est-à-dire une erreur dont le redressement est possible sans modifier les droits consacrés par la décision critiquée.

En principe, on ne prend pas un moyen d'office pour censurer une peccadille. *De minimis non curat praetor*. Si l'arrêt a indexé, à tort, la condamnation du prévenu au paiement de 24 euros pour le Fonds d'aide juridique de deuxième ligne, la Cour sera tentée de jeter sur cette erreur minime le manteau de Noé.

Sont exclus tous moyens d'office requérant une vérification des éléments de fait de la cause ou critiquant l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des éléments de preuve qui ont été débattus devant eux. Si un juge déclare le prévenu coupable sur la base d'un témoignage à charge alors qu'il existe dix témoignages à décharge, pareille décision n'est pas plus attaquable par le moyen d'office qu'elle ne l'est par un moyen dûment invoqué dans un mémoire.

Pourquoi l'appréciation de la valeur probante des éléments à charge et à décharge n'est-elle pas sujette au moyen d'office ? Est-ce parce que cette problématique n'est pas de nature à intéresser le développement du droit et l'unité de la jurisprudence ? Non. S'il n'y a pas de contrôle d'office dans ce domaine, c'est tout simplement parce que la Cour ne saurait vérifier la suffisance ou l'insuffisance d'un matériel probatoire sans violer l'article 147 de la Constitution : notre juridiction ne connaît pas du fond.

Quelles sont les causes de nullité qui, sur le pourvoi idoine, peuvent être soulevées d'office ?

La réponse, nous la trouvons dans la formule par laquelle, au terme de son contrôle, la Cour confère un brevet de légalité à la décision attaquée : *les formalités substantielles ou prescrites à peine de nullité ont été observées et la décision est conforme à la loi.*

La première partie de la phrase indique que le contrôle porte sur la régularité des éléments essentiels de la procédure : ce qui est censuré, le cas échéant d'office, c'est l'*error in procedendo*.

La seconde partie de notre formule montre que le contrôle de légalité porte sur ce qui a été décidé au pénal : ce qui est censuré, le cas échéant d'office, c'est l'*error in iudicando*.

Dans la première catégorie, la Cour vérifie la régularité de la saisine, la prescription de l'action publique, la compétence *ratione loci* ou *ratione personae*, la composition du siège, l'instruction d'audience, les droits de la défense, la constatation que les juges d'appel ont bien statué à l'unanimité pour aggraver la peine.

Dans la deuxième catégorie, la Cour contrôle la qualification de l'infraction et la légalité de la peine.

En ce qui concerne les droits de la défense, la Cour va, par exemple, anéantir d'office la décision qui requalifie autrement la prévention sans que le demandeur ait été invité à se défendre quant à la nouvelle qualification. Et cette omission va se découvrir à la lecture des procès-verbaux de l'audience qui, en matière répressive, sont par excellence des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard.

En ce qui concerne la légalité de la peine, la Cour va, par exemple, casser d'office la décision qui prononce une confiscation pour une infraction involontaire. Ou encore, elle va casser, au besoin d'office, la décision qui, sous prétexte d'un dépassement du délai raisonnable, condamne le prévenu à une peine de sept ans de prison avec sursis, alors que cette mesure n'est pas possible en cas d'emprisonnement supérieur à cinq ans.

Le contrôle d'office opéré au niveau de la peine est particulièrement important parce que c'est un domaine que les avocats fouillent peu – ils préfèrent souvent la procédure. Je suis d'avis qu'à l'insuffisance de la demande

de contrôle que nous observons à ce niveau, il faut suppléer par un exercice plus rigoureux de notre pouvoir de contrôle d'office. Après tout, ne dit-on pas que le conseiller rapporteur et l'avocat général sont les deux premiers avocats du demandeur prévenu ?

L'article 149 de la Constitution impose la motivation des jugements et arrêts. La Cour soulève-t-elle un moyen d'office lorsque cette obligation n'est pas respectée ? Va-t-on casser d'office une décision qui ne répond pas aux conclusions d'une partie, alors que celle-ci ne s'en plaint pas ?

En cette matière, la Cour est très prudente. Les violations de l'article 149 ne sont, en règle, pas relevées d'office, même si la Cour a parfaitement le droit de le faire. La question de savoir si la décision est motivée ou pas, si le juge a répondu ou non aux conclusions, est très casuistique. Il y a toujours, dans le siège, des collègues qui trouvent qu'on a répondu, des collègues qui trouvent qu'on n'a pas répondu, et des collègues qui trouvent qu'il ne fallait pas répondre. Et de manière inconsciente, nous risquons de nous positionner en fonction de la plus ou moins grande sympathie que nous éprouvons à l'égard de la décision de fond. Le juge de cassation doit éviter de donner l'impression de s'immiscer dans le jugement du fond, en étant plus sévère, quant à la motivation, dans les affaires où il a le sentiment que la décision n'est pas bonne, qu'elle n'a pas été bien jugée quant au fond, et en étant plus indulgent dans les causes où il sent que la décision tient la route.

La violation de la foi due aux actes est également un cas classique d'ouverture à cassation. On ne soulève jamais d'office un tel grief, non pas parce que cela serait interdit, mais parce que nous ne sommes pas en mesure, vu l'afflux des pourvois, de rechercher, pour chaque décision attaquée, si elle ne fait mentir aucune des pièces auxquelles elle se réfère.

En matière de détention préventive, que faut-il vérifier ?

On peut examiner notamment les questions suivantes :

- la chambre des mises en accusation a-t-elle rendu son arrêt dans le délai prescrit ?
- la détention préventive est-elle bien prolongée pour le même fait que celui visé au mandat d'arrêt ?
- l'inculpation visée au mandat d'arrêt est-elle bien celle qui a été notifiée au suspect à l'issue de l'interrogatoire du juge d'instruction ? Cas récent :

un homme est inculpé uniquement de non-assistance à personne en danger, mais le mandat d'arrêt mentionne, lui, qu'il s'agit d'un meurtre.

- La motivation du maintien viole-t-elle la présomption d'innocence ?
- la chambre des mises en accusation a-t-elle respecté la règle de la comparution personnelle du prévenu ? Elle ne peut pas statuer in absentia, alors que le prévenu a été privé, contre sa volonté, du droit de comparaître, qu'il n'a pas été représenté par un avocat et qu'il était possible à la chambre des mises en accusation d'ajourner l'examen de la cause pour en permettre l'examen contradictoire.
- L'arrêt de maintien est-il motivé autrement que par la répétition automatique des arrêts antérieurs, ce qu'on appelle les « arrêts tampons » ?
- La chambre des mises en accusation a-t-elle statué à l'unanimité en cas de réformation d'une ordonnance de mise en liberté ?
- Etc ... Dans son rapport annuel 2001 (chapitre IV, pp. 182-266), la Cour a recensé, à travers l'analyse de trois cents arrêts, les dix premières années d'application de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive. On se permet d'y renvoyer le lecteur.

Lorsque la Cour casse sur un moyen d'office, elle n'examine pas les moyens invoqués par le demandeur, sauf si ces moyens pouvaient entraîner, à les supposer fonder, une cassation plus étendue ou sans renvoi. Souvent le moyen d'office ne concerne qu'une partie de la décision, par exemple la peine. Il est évident qu'un moyen d'office relatif à la peine ne dispense pas la Cour d'examiner un moyen invoqué par le demandeur et concernant la déclaration de culpabilité. L'inverse n'est pas vrai. Si le moyen d'office porte sur la déclaration de culpabilité, la Cour n'examinera pas le moyen qui, invoqué par le demandeur, ne concerne que la peine : casser la culpabilité fait tomber la peine, mais casser la peine ne fait pas tomber la culpabilité.

La cassation d'office implique-t-elle une procédure d'avertissement aux parties ? A mon sens, non, sauf à l'égard de la partie à qui la cassation d'office est susceptible de causer grief, en l'espèce la partie civile défenderesse au pourvoi. Elle est bien tranquille, son adversaire n'a pas de moyen ou n'a que des moyens sans fondement. Voilà qu'un moyen d'office surgit, qui peut entraîner l'annulation du dispositif civil. Je pense qu'il est utile, en pareil cas, de faire consigner au procès-verbal de l'audience qu'un moyen d'office est envisagé. Cela suppose que l'avocat général en fasse état dans ses conclusions verbales, de manière à permettre au défendeur de se positionner quant à cette éventualité.

Terminons ce chapitre par quelques considérations sur l'utilité du moyen d'office.

Il n'est pas vrai de dire que la suppression du moyen d'office ne sacrifierait pas les intérêts essentiels des justiciables. C'est le contraire qui est vrai. La cassation d'office permet, par exemple, la libération *sur le champ* de la personne détenue sur la base d'une peine illégale prononcée avec arrestation immédiate. Ni la cassation dans l'intérêt de la loi (article 442 du Code d'instruction criminelle) ni celle demandée sur dénonciation du ministre de la Justice, ne peuvent avoir la même efficacité d'une mise à néant *instantanée* des effets de la décision illégale.

Le moyen d'office est également un outil de bonne administration de la justice. En voici un exemple. Un arrêt de la chambre des mises en accusation décide qu'il y a, à l'égard de l'inculpé, des charges suffisantes du chef de meurtre. Cet arrêt délivre une ordonnance de prise de corps et en prescrit l'exécution immédiate. Mais l'arrêt omet de renvoyer l'inculpé devant la cour d'assises. Le procureur général se pourvoit mais son moyen est mal libellé. Il le fonde sur l'article 780 du Code judiciaire alors qu'il fallait le construire au départ de l'article 231, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle.

Si le moyen d'office n'existe pas, la Cour répondra que le moyen manque en droit. Elle rejettera le pourvoi et l'inculpé restera en détention sans être renvoyé devant une juridiction de jugement. Comment débloquera-t-on cette procédure, et combien de temps faudra-t-il pour la remettre sur ses rails, sachant que l'intéressé est détenu ? En revanche, le contrôle d'office permettra à la Cour de se dépêtrer de ce moyen mal ficelé, d'asseoir la cassation sur le juste motif, et de renvoyer la cause à la chambre des mises en accusation afin de réparer son omission.

Le moyen d'office est aussi un instrument de politique judiciaire. Il permet de communiquer à la première occasion aux juges du fond la doctrine ou les éclaircissements dont ils ont besoin, sans être tributaire d'un moyen qui, invoqué régulièrement par une partie, peut se faire attendre des années avant que la Cour en soit saisie.

Il n'est pas exact d'écrire que l'obligation de soulever des moyens d'office relatifs à l'action publique fait perdre à la Cour un temps considérable. C'est le contraire qui est vrai. Que de temps gagné, parfois, à casser sur un moyen

d'office que le demandeur n'a pas vu, plutôt que de s'éreinter à devoir répondre à une pluie de moyens irrecevables ou sans fondement.

Enfin, l'existence du moyen d'office a conduit le juge de cassation à pratiquer la lecture bienveillante des moyens invoqués par les demandeurs. Puisque la Cour contrôle d'office la légalité de la décision, elle n'est pas limitée par un formalisme étroit et peut, tout en répondant à un moyen, éviter de devoir le rejeter dans des termes pouvant apparaître, aux yeux du justiciable, comme hermétiques ou relevant de la langue de bois.

On peut se dire, en conclusion, que le moyen d'office en matière pénale offre une justice moins abstraite, plus accessible, plus égalitaire et finalement plus juste.

Chapitre V - Les cas d'ouverture à cassation

L'erreur matérielle n'entraîne pas cassation mais donne lieu à une procédure en rectification, organisée par les articles 793 et suivants du Code judiciaire, modifiés par la loi du 24 octobre 2013.

Qu'est-ce qu'une erreur matérielle ? Ce n'est ni une notion fautive sur une question donnée, ni une méconnaissance de la procédure applicable. C'est une erreur de plume, autrement dit une inadvertance qui ne porte pas atteinte à la légalité ou à la régularité de la décision, et dont le redressement laisse intacts les droits que la décision rectifiée a consacrés. L'erreur de calcul, qui en est une variété, c'est l'erreur qui porte sur une opération d'arithmétique et qui est révélée par les éléments intrinsèques du jugement ou de l'arrêt.

Ainsi, une inexactitude relative au nom du magistrat ayant siégé en qualité de ministère public peut être qualifiée d'erreur matérielle et, partant, être rectifiée par le juge ayant rendu la décision qui la contient (Bruxelles, ch.mis.acc., 17 septembre 2002, R.D.P., 2003, p. 312, et note).

De même, le fait que le nom du douzième juré n'est pas orthographié dans l'arrêt comme il l'est dans les pièces de la procédure, n'entraînera pas la cassation si ces pièces font apparaître que le jury a bien, sauf remplacement régulier, siégé dans la même composition à toutes les audiences.

Il n'est pas toujours facile de distinguer l'erreur matérielle de celle qui ne l'est pas. En voici un exemple.

Un homme est tué dans son appartement par trois ou quatre agresseurs qui ont été arrêtés. Parmi les suspects, il y a ceux qui ont frappé, ceux qui ont assisté, ceux qui ont regardé, ceux qui sont passés par là sans venir en aide à la victime.

Plusieurs individus sont déférés devant le juge d'instruction. L'un d'entre eux est entendu et inculpé de non-assistance à personne en danger. Il est placé sous mandat d'arrêt. Quand il arrive à la prison, il lit le mandat et réalise que celui-ci lui a été décerné du chef de meurtre. Une qualification criminelle a donc été substituée à une qualification correctionnelle, et cela à l'insu du suspect et de son conseil.

Peut-être est-ce une erreur matérielle : on peut imaginer que le greffier avait préparé plusieurs mandats et que, pour le suspect en question, il en ait pris un qui était destiné à quelqu'un d'autre.

Il est cependant difficile de considérer que l'erreur est, du point de vue de la cassation, purement matérielle. Cette erreur a une conséquence juridique qui est une violation des droits de la défense. L'inculpé n'a pas pu se défendre du chef de meurtre puisqu'il a été entendu sur les faits, certes, mais en tant que suspect d'une non-assistance à personne en danger.

Dans ce cas, la Cour estime que la délivrance du mandat est entachée d'un vice et elle casse, mais avec renvoi, l'arrêt de la chambre des mises en accusation qui s'est approprié ce vice en déclarant le mandat régulier alors qu'il ne l'est pas (Cass., 4 mars 2020, P.20.0225.F).

La Cour de cassation est parfois confrontée à des pourvois accusant d'illégalité ou d'irrégularité des décisions judiciaires qui ne sont, en réalité, affectées que d'erreurs matérielles. Celles-ci ne peuvent, à elles seules, donner ouverture à cassation. Lorsque les pièces de la procédure le lui permettent, la Cour se réserve le droit de rectifier ces erreurs plutôt que d'anéantir la décision qui en est entachée⁶. Elle rectifie ainsi une erreur révélée par le contexte de l'arrêt et consistant, après avoir dit la première prévention établie et la seconde prescrite, à infliger une peine pour la seconde et pas pour la première (Cass., 16 janvier 2002, RG n° P.01.0894.F). De même, elle rectifie l'erreur gisant dans l'absence d'approbation de la rature de la date de prononciation de l'arrêt (Cass., 8 mai 2002, RG n° P.01.1395.F).

Le champ d'application de l'article 794 du Code judiciaire a été élargi par la loi du 25 mai 2018 visant à réduire et redistribuer la charge de travail au sein de l'ordre judiciaire. Le texte autorise dorénavant, de manière expresse, la rectification d'une décision qui ne contiendrait pas les mentions prescrites à peine de nullité par l'article 780, 1°, 2°, 4° et 5°, du Code judiciaire. Il s'agit du nom des magistrats et du greffier ayant siégé, de l'identité des parties, de la mention de l'avis du ministère public, de la date de la prononciation en audience publique. N'est, en revanche, pas réparable par le moyen de la procédure de rectification, l'absence des mentions visées à l'article 780, 3°, étant l'objet de la demande et la réponse aux moyens des parties.

En vertu du deuxième alinéa de l'article 794 ainsi modifié, la rectification est corroborée par la loi, le dossier de la procédure ou les pièces justificatives

⁶ Sous l'empire de l'ancien article 794 du Code judiciaire, la Cour ne rectifiait une erreur que pour rejeter le moyen prenant cette erreur pour une cause de nullité. Les parties n'étaient pas autorisées pour autant à utiliser le pourvoi pour faire rectifier des jugements ou des arrêts. La nouvelle version de l'article 794 permet au demandeur en cassation de greffer, sur son pourvoi, une demande de rectification de « toute erreur manifeste de calcul ou matérielle », pour autant que cette erreur puisse réellement être qualifiée telle. Ne donne pas lieu à rectification, mais sera traitée comme un moyen, la critique dirigée contre l'appréciation des juges d'appel relative au montant des avantages patrimoniaux dont il y a lieu de confisquer l'équivalent (Cass., 22 septembre 2021, P.21.0359.F).

soumises au juge qui a prononcé la décision à rectifier, alors que, sous le régime précédent, les données de la rectification devaient se trouver dans le texte même de la décision à rectifier.

Le premier alinéa de l'article 794/1 dudit code permet également à la juridiction qui a omis de statuer sur un chef de demande, de réparer cette omission sans porter atteinte aux décisions prononcées sur les points du litige déjà tranchés. L'omission de statuer n'est donc plus nécessairement un cas d'ouverture à cassation : elle l'est lorsque ce grief est soumis, avec d'autres, à la Cour. Mais si une partie n'a pas d'autre doléance à faire valoir qu'une omission de statuer, elle doit obligatoirement emprunter la voie de la procédure de rectification (art. 797, alinéa 2, et 1138, 3°, complété par la loi du 25 mai 2018).

Quels sont alors les vices qui entraînent la cassation ?

Ils sont évidemment innombrables. Pour tenter d'en rendre compte, on peut essayer de les classer en se basant sur les opérations successives inhérentes à l'acte de juger.

Le juge doit, en effet,

1. vérifier la composition du siège,
2. vérifier sa saisine,
3. examiner si le litige rentre dans son pouvoir de juridiction et s'il ressortit à sa compétence,
4. déterminer les faits avancés par les parties, c'est-à-dire sélectionner les faits sur la base desquels il va construire un raisonnement en droit ; cette sélection implique l'écartement des faits qui ne sont pas pertinents ou qui ne sont pas prouvés,
5. appliquer la règle, c'est-à-dire, d'une part, identifier la règle dont l'hypothèse correspond aux faits, et d'autre part, faire sortir à cette règle l'effet juridique qui en résulte pour le cas d'espèce,
6. motiver sa décision, notamment pour permettre le contrôle des points repris ci-dessus.

Le contrôle de la Cour s'exerce à chacune de ces étapes.

On peut donc tenter d'esquisser le tableau des erreurs donnant lieu à cassation de la manière suivante :

- première catégorie : l'absence ou le défaut de juridiction, l'incompétence, l'excès de pouvoir, les défauts entraînant l'illégalité formelle de l'acte juridictionnel (A) ;

- deuxième catégorie : les erreurs se glissant dans la manière dont le juge a sélectionné les faits pertinents, les illégalités inhérentes à la détermination du fait (B) ;
- troisième catégorie : la mauvaise sélection de la règle applicable au fond du litige, la fausse application de la loi (C) ;
- quatrième catégorie : l'énonciation par le juge d'un dispositif dont le contenu lui-même est contraire à la loi, l'illégalité intrinsèque du dispositif attaqué (D) ;
- cinquième catégorie : la transgression de l'obligation constitutionnelle de motivation, empêchant la Cour de vérifier si la décision est légale (E).

A. L'ILLEGALITE FORMELLE DE L'ACTE JURIDICTIONNEL SOUMIS A LA COUR

1. Le siège n'est pas complet

L'article 780 du Code judiciaire, dont le 1^o est applicable en matière répressive, dispose que le jugement contient, à *peine de nullité*, outre les motifs et le dispositif, l'indication du juge ou du tribunal dont il émane, les noms des membres du siège, du magistrat du ministère public et du greffier.

Le jugement du tribunal correctionnel de tel arrondissement, statuant en degré d'appel, énonce qu'il a été rendu par les juges A et C. Deux noms sont indiqués alors qu'il en faut trois. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 mai 2018, la cassation était inévitable. Elle était prononcée quand bien même le procès-verbal de l'audience au cours de laquelle le jugement fut rendu renseigne que les juges A, B et C ont siégé. Désormais, cette omission peut être réparée en vertu de l'article 794 du Code judiciaire, tel que modifié par la loi du 25 mai 2018.

Si le nom des magistrats composant le siège n'est pas le même dans le procès-verbal de l'audience du prononcé et dans l'arrêt, la Cour considère que ces mentions contradictoires ne permettent pas de contrôler la régularité de la procédure (Cass., 11 septembre 2002, RG n° P.02.0624.F).

Le jugement peut comporter les noms de ceux qui l'ont rendu mais être dépourvu de la signature de l'un d'entre eux ou du greffier. L'article 782 du Code judiciaire, qui impose ces signatures, n'est pas prescrit à peine de nullité. La Cour rejette dès lors le moyen pris d'une violation de cet article lorsque le procès-verbal de l'audience au cours de laquelle le jugement ou l'arrêt a été prononcé renferme lui-même toutes les constatations requises pour établir la

régularité de la procédure suivie lors de cette prononciation (Cass., 16 octobre 2002, R.D.P., 2003, p. 302, avec note).

Répétons-le, les contraventions aux articles 780 et 782 précités ont cessé d'être des cas d'ouverture à cassation pour devenir, en vertu de l'article 797, alinéa 2, des erreurs matérielles à réparer en suivant la procédure de rectification qui a été élargie à cette fin par la loi du 25 mai 2018. Il est cependant encore possible d'invoquer ce type de grief devant la Cour, pourvu que ce soit en combinaison avec d'autres moyens de cassation (cfr l'adverbe *exclusivement*, employé au deuxième alinéa de l'article 797).

L'article 785 du Code judiciaire prévoit que si le président ou un des juges se trouve dans l'impossibilité de signer le jugement, le greffier en fait mention au bas de l'acte. La décision est alors valable sous la signature des autres membres du siège qui l'ont rendue⁷.

Le remplacement par ordonnance du président de la juridiction, visé à l'article 782*bis*, alinéa 2, ne vise que le président de chambre empêché de prononcer le jugement, et non les magistrats empêchés de signer la décision qu'ils ont rendue.

Donne, ou du moins donnait lieu, à cassation le fait de justifier le défaut d'une signature par remplacement sur ordonnance du président au lieu d'y pallier par la mention du greffier prévue à l'article 785 précité (Cass., 28 janvier 2009, RG n° P.08.0403.F).

Il convient de relever par ailleurs que l'absence de signature sur un jugement peut être réparée selon la procédure organisée par l'article 788 du Code judiciaire ; il est même admis que cette réparation peut encore être réalisée après que la décision a fait l'objet d'un recours, de sorte que le moyen pris du défaut de signature est, rétroactivement, privé de son intérêt (Cass., 15 octobre 1976, Pas., 1977, p. 201).

En ce qui concerne la prononciation de la décision, le siège ne doit plus être complet puisque le nouvel article 782*bis*, inséré par la loi du 26 avril 2007, permet la prononciation par le président de la chambre, même en l'absence des assesseurs. En matière pénale, le ministère public doit obligatoirement assister à la prononciation. Au civil, il peut s'en dispenser. Il ne doit même plus être présent aux audiences de la juridiction répressive saisie uniquement des intérêts

⁷ Violait l'article 149 de la Constitution, l'arrêt qui ne permet pas à la Cour de s'assurer de la régularité de la composition du siège qui a délibéré de la cause, dès lors qu'il ne constate pas, et qu'il ne ressort d'aucune pièce à laquelle la Cour peut avoir égard, que le délibéré aurait été achevé avant qu'un des magistrats n'ait cessé l'exercice de ses fonctions en raison de l'atteinte de la limite d'âge (Cass., 15 février 2007, C.06.0020.F).

civils (article 4, dernier alinéa, du titre préliminaire du Code de procédure pénale).

2. Le siège a été complété irrégulièrement

Pour compléter le tribunal, le président de la chambre peut appeler un ou deux avocats à siéger. La procédure n'est régulière que si l'avocat assumé est âgé de trente ans au moins et inscrit au tableau de l'Ordre (article 322 du Code judiciaire ; à la cour d'appel, l'avocat assumé doit être inscrit au tableau depuis quinze ans au moins). Il faut, de plus, que le tribunal constate l'empêchement du juge remplacé par un avocat, et l'impossibilité de le remplacer par un autre juge du tribunal, par un juge de complément ou par un juge suppléant (Cass., 22 décembre 1999, Bull., n° 698).

Si ces mentions ne figurent pas dans le procès-verbal de l'audience ni dans aucune autre pièce de la procédure, la Cour casse la décision.

Il n'est pas nécessaire en revanche, lorsqu'un juge est empêché, d'indiquer la raison de cet empêchement (Cass., 11 décembre 1984, Pas., 1985, p. 446).

Si le greffier est défaillant, on peut pourvoir à son remplacement en assumant un rédacteur ou un employé du greffe dont le législateur ne requiert plus qu'il prête serment (article 329 du Code judiciaire, modifié par la loi du 17 février 1997).

3. Le siège est composé de manière irrégulière

a. parce qu'il y a cumul de fonctions

En vertu de l'article 292, alinéa 2, du Code judiciaire, est nulle la décision rendue par un juge qui a précédemment connu de la cause dans l'exercice d'une autre fonction judiciaire. Cette disposition est d'ordre public. Elle interdit, par exemple, qu'un magistrat puisse connaître d'une cause comme membre du siège après en avoir connu comme ministère public, ou comme juge d'appel après en avoir connu comme juge de première instance.

La circonstance qu'un président a siégé en chambre des mises en accusation puis au sein d'une chambre correctionnelle de la même cour d'appel, ne constitue pas l'exercice de fonctions différentes dans la même affaire, la fonction judiciaire de l'intervenant étant restée la même (Cass., 15 novembre 2006, P.06.1252.F). De même, le juge qui, comme juge unique, ordonne, à la demande du prévenu, le renvoi de la cause devant une chambre à trois juges et

qui, ensuite, fait lui-même partie de cette formation de jugement, n'est pas un juge qui a précédemment connu de la cause dans l'exercice d'une autre fonction judiciaire (Cass., 29 janvier 1991, Pas., n° 283).

Une relation thérapeutique ou d'expertise ayant existé entre un assesseur et un condamné appelé à comparaître devant le tribunal de l'application des peines ne constitue pas non plus un cumul de fonctions judiciaires ni une des incompatibilités énumérées aux articles 292 à 299 dudit code (Cass., 28 décembre 2010, P.18.1893.F).

L'article 292 étant d'ordre public, sa violation peut être invoquée pour la première fois devant la Cour, même si les parties n'ont élevé aucune objection contre la présence au siège du magistrat concerné.

Par ailleurs, l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantit le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial. Depuis l'arrêt De Cubber rendu le 26 octobre 1984 par la Cour européenne des droits de l'homme, il est admis qu'un jugement ou un arrêt de condamnation viole l'article 6.1 précité lorsqu'il a été rendu par un magistrat qui a instruit l'affaire, qui a siégé en chambre du conseil pour maintenir la détention préventive ou qui a statué, en qualité de membre de la juridiction d'instruction, sur le règlement de la procédure.

L'atteinte à l'apparence d'impartialité n'entraîne une violation de l'article 6.1 que si l'intervention précédente du juge, en une autre qualité dans la même cause, est une intervention effective, c'est-à-dire revêtant un caractère et un degré tels que le magistrat a dû se former une opinion au fond, c'est-à-dire sur la culpabilité du prévenu (conclusions de M. l'avocat général Jean Spreutels précédant Cass., aud. plén., 16 juin 1999, Bull. et Pas., n° 362 ; R.D.P., 2000, p. 81 ; Cass., 21 février 2001, Pas., n° 109).

- b. parce que les juges ayant rendu le jugement n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause

Une fois les débats engagés, le procès doit, en règle et à peine de nullité, se poursuivre avec le même siège (article 779, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, applicable en matière répressive : P. Mathieu, note sous Cass., 9 octobre 2002, R.D.P., 2003, pp. 291-296 ; Cass., 17 août 1972, Bull., p. 1036) sauf à recommencer les débats depuis le début. Si tel n'est pas le cas, la Cour casse la décision et, s'il s'agit d'un procès pénal, elle le fera d'office, autrement dit sans attendre que le moyen soit soulevé.

Exemple : le procès-verbal de l'audience au cours de laquelle l'instruction de la cause a été entamée par l'audition du prévenu mentionne que le siège était composé des juges A, B et C. Aux termes du procès-verbal de l'audience suivante, à laquelle l'instruction de l'audience s'est poursuivie par l'audition de la victime, le siège est composé des juges A, B, et X. Le jugement est rendu par ces derniers. La décision est nulle car X n'a pas assisté à l'audience au cours de laquelle le prévenu fut entendu.

Bien souvent, les procès font l'objet de multiples remises et il n'est pas toujours possible de conserver le même siège d'un bout à l'autre de la procédure.

Ceci ne pose aucun problème aussi longtemps que le tribunal n'a pas entamé l'examen de la cause ; aussi longtemps que les débats n'ont pas été engagés, la composition du siège peut changer. Par conséquent, si l'affaire est venue devant le tribunal le jour où la chambre saisie se composait des juges A, B et C, et qu'à cette date, la juridiction s'est bornée à remettre la cause à une date ultérieure, par exemple en raison de l'encombrement du rôle ou pour permettre à une partie de rédiger des conclusions, il n'est évidemment pas nécessaire de réunir les mêmes juges A, B et C pour juger l'affaire lorsqu'elle reviendra.

En revanche, si les débats ont été engagés, il faut que le siège devant qui ils l'ont été soit le même que le siège qui jugera. Or, il faut peu de choses pour que les débats soient engagés : en matière pénale⁸, il suffit que des conclusions soient déposées à l'audience, même si, en dehors de ce dépôt, il ne s'est rien passé d'autre.

Il en résulte que la cassation, au pénal, est encourue si le procès-verbal de l'audience fait apparaître que des conclusions ont été déposées et que le siège ayant rendu la décision n'est pas le même que celui devant lequel ce dépôt a eu lieu (Cass., 16 février 2000, Bull., 2000, n° 128)⁹.

Il peut arriver que les débats aient été entamés, qu'il ait fallu remettre l'affaire en continuation et qu'il soit ensuite impossible de reconstituer le même siège. En pareil cas, le tribunal doit reprendre l'instruction *ab initio* et le mentionner dans le procès-verbal de l'audience¹⁰. Dès lors que l'examen de la

⁸ Il n'en va pas de même au civil. Cela résulte du fait que, mêmes déposées à l'audience, les conclusions prises devant une juridiction civile sont réputées faire parties de la mise en état de l'affaire.

⁹ Autrefois, seul le dépôt des conclusions à l'audience engageait le débat. L'article 152 du Code d'instruction criminelle permet désormais aux parties de demander, à l'audience d'introduction, la fixation de délais pour conclure. En ce cas, le juge fixe les délais dans lesquels les parties doivent déposer leurs conclusions *au greffe*.

¹⁰ En matière pénale, ceci signifie que les parties seront bien avisées de déclarer devant le nouveau siège qu'elles reprennent expressément les conclusions déposées devant l'ancien. Et il en sera fait mention dans le procès-verbal de l'audience. Au civil, c'est différent. Le nouveau siège traite l'affaire sur la base du dossier de la procédure tel qu'il existe à ce moment.

cause a été repris entièrement, les conclusions déposées devant l'ancien siège sont présumées avoir été reprises devant le nouveau, lequel ne pourra pas se dispenser d'y répondre.

La reprise des débats depuis le début implique de recommencer la procédure dans l'ordre : interrogatoire du prévenu, plaidoiries des parties civiles, réquisitoire du ministère public, etc ... En revanche, si des témoins ont été entendus par le siège précédent, le nouveau siège n'est pas tenu de les faire revenir : il peut utiliser les procès-verbaux d'audience qui retranscrivent les dépositions. Celles-ci restent acquises. Il en va de même pour une constitution de partie civile : elle ne doit évidemment pas être recommencée à chaque changement de siège.

Qu'en est-il du jugement avant dire droit ?

Le jugement définitif ne doit pas, en principe, être rendu par les mêmes juges que ceux ayant siégé pendant les débats précédant le jugement avant dire droit ou lors de la prononciation de celui-ci (Cass., 14 octobre 1988, Bull., 1989, n° 87). Il en va de même en cas de jugement mixte, c'est-à-dire lorsque le jugement est à la fois avant dire droit et définitif. Les chefs de demande sur lesquels le juge n'a pas épuisé sa juridiction peuvent être déférés à un siège autrement composé (Cass., 8 janvier 2002, Pas., n° 13).

Il en va autrement si le jugement avant dire droit est un jugement qui ordonne la réouverture des débats sur un objet déterminé, par exemple en vue d'entendre un médecin sur la relation causale éventuelle entre l'accident et le décès de la victime : dans cette hypothèse, les débats continuent mais seulement sur la question délimitée par le juge. Il faut donc, dans ce cas, que le siège soit composé des mêmes juges ou, en cas de siège différent, que les débats soient entièrement repris devant le nouveau siège (Cass., 4 avril 2001, Pas., n° 199 ; Cass., 31 janvier 2002, Pas., n° 71).

4. Les procès-verbaux de l'audience n'établissent pas la régularité de la procédure

Pour vérifier si la procédure est régulière, par exemple si la règle constitutionnelle de la publicité de l'audience a été respectée, si le témoin a prêté serment, si le ministère public a été entendu, si le siège était composé comme il devait l'être, si les avertissements requis ont été donnés en cas de changement de la qualification de la prévention, la Cour examine les procès-verbaux d'audience qui, en matière répressive, constituent des actes authentiques (Cass., 17

septembre 1997, Bull., n° 358). A l'instar de tout acte authentique, ces procès-verbaux ne prouvent authentiquement que les faits qu'ils ont pour objet de constater (Pandectes, v° « *Audiences des cours et tribunaux* », n° 100).

Le procès-verbal est établi par le greffier sous le contrôle du président. Celui-ci n'est pas obligé d'y faire consigner tout ce que les parties déclarent : il leur est loisible de déposer des conclusions à la barre.

Si le président fait noter au procès-verbal une demande ou une défense orale, cette demande ou cette défense deviennent des conclusions auxquelles il faut répondre. Ce sera par exemple le cas si l'avocat du prévenu fait noter, dans le procès-verbal, qu'il demande la confrontation de son client, en audience publique, avec le témoin qui l'accuse.

Ces procès-verbaux font preuve des mentions qu'ils contiennent à condition d'être signés et par le président et par le greffier. Il en résulte que si une des deux signatures manque, et qu'elle manque sur un procès-verbal relatif à une audience au cours de laquelle, par exemple, les prévenus où les témoins ont été entendus, le ministère public a requis, la défense a plaidé, ou la cause a été prise en délibéré, ce défaut de signature empêche de vérifier la régularité de la procédure et entraîne la cassation. Il n'en va autrement que si la formalité que le procès-verbal ne permet pas d'établir est prouvée, constatée par le jugement lui-même (Cass., 8 novembre 2000, Pas., n° 607).

Répetons-le, la cassation n'est pas l'unique remède aux distractions des présidents et greffiers qui oublient de signer les procès-verbaux et feuilles d'audience : comme dit ci-dessus, l'article 788 du Code judiciaire prévoit une procédure de réparation, à l'initiative du procureur du Roi ou du procureur général près la cour d'appel.

Lorsqu'il n'y a pas de procès-verbal d'audience et que la loi ne prescrit pas d'en établir un, toutes les mentions nécessaires au contrôle de la régularité de la procédure doivent figurer dans le jugement ou dans l'arrêt (Cass., 1^{er} décembre 2004, Pas., n° 580). En matière correctionnelle et de police de même que dans le contentieux de la détention préventive, la rédaction d'un procès-verbal d'audience n'est pas prescrite à peine de nullité. L'article 168, alinéa 4, 3°, du Code judiciaire, qui prévoit que le greffier dresse le procès-verbal des « *instances* » et des décisions, n'est pas applicable à ces matières. La Cour contrôle la régularité de la procédure au vu des énonciations des pièces, spécialement celles de l'arrêt (Cass., 30 septembre 2009, P.09.1403.F ; Cass., 21 novembre 2017, P.17.0547.N).

5. *Le juge n'est pas régulièrement saisi*

En matière répressive, la citation est régie par les articles 145, 182 et 211 du Code d'instruction criminelle, lesquels ne prévoient pas la nullité de la citation. Pareille nullité ne peut être prononcée que si un élément essentiel de cet acte fait défaut ou s'il est établi que l'irrégularité a porté atteinte aux droits de la défense (Cass., 23 mai 2001, Pas., n° 306 ; Cass., 13 octobre 1998, Pas., n° 443 ; 8 juin 1994, n° 294 ; 19 juin 1990, n° 609).

Il n'est requis d'énoncer dans la citation que le fait qui constitue et caractérise la prévention de manière à en faire connaître suffisamment l'objet au prévenu et à assurer les droits de la défense (Cass., ch. réun., 23 décembre 1998, Pas., n° 534). Le libre accès du prévenu aux pièces du dossier répressif ou même aux conclusions de la victime, peut, par ailleurs, permettre de considérer qu'à cet égard, l'imprécision de la citation ne lui a causé aucun grief (Cass., 23 mai 2001, Pas., n° 306).

S'il y a eu une instruction préparatoire, l'acte saisissant la juridiction de jugement n'est pas la citation mais l'ordonnance de la chambre du conseil ou l'arrêt de la chambre des mises en accusation renvoyant l'inculpé devant la juridiction de jugement. Si cette ordonnance, ou cet arrêt sont entachés d'une omission à ce point grave – par exemple une ordonnance non signée ou rendue sans audition ni convocation préalable de l'inculpé – qu'il faille considérer l'acte comme inexistant, le juge du fond devra considérer qu'il n'est pas saisi (Corr. Bruxelles, 15 septembre 1998, R.D.P., 1999, p. 274).

La juridiction de jugement n'a cependant pas, en principe, le pouvoir d'annuler la décision de renvoi (R. Declercq, R.P.D.B., v° « *Procédure pénale* », T. IX, compl., Bruxelles, 2004, p. 594, n° 982), celle-ci ne pouvant l'être que par la Cour. Qui plus est, pareille décision n'est annulable que sur le pourvoi formé après la décision définitive.

La comparution volontaire du prévenu n'est pas un mode de saisine de la juridiction pénale en matière criminelle. Le prévenu ne peut pas comparaître volontairement devant le tribunal correctionnel du chef d'un crime qui n'a pas été déféré à ce tribunal par une ordonnance de la chambre du conseil ou par une citation du parquet admettant les circonstances atténuantes. L'accusé ne peut pas comparaître volontairement devant la cour d'assises du chef d'un crime que la chambre des mises en accusation n'a pas renvoyé au jury. Dès lors que la saisine se vérifie avant la compétence, le juge pénal n'a pas à se déclarer incompétent à l'égard de ce crime dont on prétend le saisir par une comparution volontaire. Il lui suffit de constater qu'il n'en est pas saisi (Cass., 6 septembre 2006, Pas., n° 391).

La saisine du juge correctionnel est déterminée par les faits qui font l'objet de la prévention et non par la qualification qui leur est donnée par la partie poursuivante. La recherche de la portée de l'acte de saisine par la juridiction de jugement gît en fait (Cass., 5 juin 1996, Pas., n° 213).

Cette recherche peut et doit prendre appui sur les pièces de l'information ou de l'instruction qui accompagnent la citation ou l'ordonnance de renvoi. Le juge n'a pas le droit, sous le couvert d'un changement de qualification, de s'approprier la connaissance de faits qui n'étaient pas compris dans l'acte de saisine. S'il change la qualification, par exemple en complétant la description du préjudice ou en allongeant la période délictueuse, le juge devra constater soit qu'il y a de nouveaux faits, auquel cas la procédure sera régularisée par comparution volontaire (en première instance) ou citation ampliative, soit que le fait est en réalité le même que celui qui fondait la poursuite ou s'y trouve compris.

L'appréciation de la juridiction de jugement est, à cet égard, souveraine, il est vrai, mais la Cour vérifiera néanmoins si le juge du fond, en affirmant l'identité du fait, n'a pas violé la foi due aux actes ou s'il a pu, en droit, déduire cette identité des constatations de fait qu'il expose (P. Morlet, *Changement de qualification – Droits et devoirs du juge*, R.D.P., 1990, p. 575). Par exemple, le vol des clefs de voiture de la victime alors que celles-ci se trouvaient dans le vestibule de sa maison, ne peut être considéré comme le même fait que le vol du téléphone portable dérobé ensuite, grâce à ces clefs, dans le véhicule que la victime avait garé devant chez elle.

Peut être considéré comme une comparution volontaire le fait d'accepter de se défendre sur la base d'une prévention dont la disqualification fait apparaître une extension à d'autres faits.

L'irrégularité de la citation à comparaître résultant de ce que celle-ci a été signifiée à parquet alors que le prévenu avait un domicile fixe, ne porte pas atteinte à la saisine du juge pénal. La conséquence de cette irrégularité s'apprécie, le cas échéant, au regard des droits de la défense (Cass., 7 juin 1994, Pas., p. 565 ; Recente cassatie, 1994, p. 345 et note A. De Nauw, « *De gevolgen van een foutieve wijze van betekening in strafzaken* »).

En ce qui concerne le juge d'appel, c'est l'acte d'appel qui le saisit d'une affaire pénale, et non la citation à comparaître devant ce juge, celle-ci n'équivalant qu'à une fixation de la cause. L'absence de citation régulière n'a donc pas pour conséquence que le juge d'appel n'est pas saisi mais entraîne

seulement que le prévenu ne peut pas être jugé par défaut (Cass., 1^{er} octobre 1997, Pas., n° 380).

L'appel en matière répressive se fait par une déclaration au greffe dans les trente jours de la prononciation de la décision, ou de sa signification si elle a été rendue par défaut.

La déclaration doit être accompagnée d'un écrit que l'article 204 du Code d'instruction criminelle baptise « requête », et dans lequel l'appelant indique ses « griefs » contre le premier jugement.

Pour établir cette requête, l'appelant peut utiliser un formulaire avec des cases à cocher et à compléter.

Introduit par la loi du 5 février 2016, ce système entraîne des contestations sur ce que l'appelant a dit, n'a pas dit, a voulu dire, et sur la portée de la saisine que les fameux griefs délimitent.

Pour résumer, on peut dire que les premières années d'application de l'article 204 ont été marquées par une jurisprudence formaliste des juges d'appel, corrigée dans le sens d'une plus grande souplesse par la Cour de cassation, et en partie détricotée par la Cour constitutionnelle.

Les griefs qu'il faut indiquer ne sont pas les motifs de l'appel, les raisons que l'appelant a de vouloir la réformation d'une décision. Les griefs ne sont que l'indication des dispositifs attaqués. Quelles sont les décisions du juge que le recours entend entreprendre ? Certaines cours d'appel ont considéré qu'en cochant toutes les cases du formulaire, l'appelant créait une imprécision de nature à rendre son recours irrecevable. Cette jurisprudence n'a pas prospéré : le législateur n'a pas voulu abolir le droit d'attaquer un jugement dans son entièreté.

Si les cases sont mal cochées ou mal remplies mais qu'on comprend ce que l'appelant a voulu dire, les juges d'appel ne peuvent pas le déchoir de son recours.

La seule question qui importe est celle-ci : de quoi a-t-on voulu saisir le juge d'appel ? A la limite, si aucun grief n'est invoqué mais que le doute est impossible parce qu'il s'agit d'une partie civile qui attaque une décision d'incompétence relative à la seule prévention qui l'intéresse et dont son adversaire a été acquitté, pourquoi ne pas recevoir l'appel, alors qu'il est manifeste que cette partie ne peut rien viser d'autre que cette unique décision (Cass., 13 novembre 2019, P.19.0684.F) ?

Dans cette matière, il y a lieu de signaler l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 20 novembre 2019.

Si le prévenu n'a pas coché la case « culpabilité », il ne peut pas, lui-même, démontrer son innocence devant le juge d'appel.

En revanche, selon l'arrêt susdit, si le prévenu n'a pas coché la case « culpabilité », cela ne peut pas empêcher la cour d'appel, en cas de survenance d'un élément nouveau, de relever d'office son innocence, ou de modifier d'office la qualification des faits.

En cas d'appels conjoints du prévenu et du ministère public, il peut être intéressant de regarder comment le parquet a rempli son formulaire. S'il indique qu'il « *suit* » l'appel du prévenu, cela veut dire que la cour d'appel n'est saisie que des dispositions défavorables au prévenu, autrement dit qu'elle ne peut pas réformer un acquittement.

6. *Le juge excède ses pouvoirs ou sa compétence*

La distinction est bien connue : il y a incompétence lorsqu'un tribunal a connu d'une affaire que la loi réserve à un autre tribunal ; il y a excès de pouvoir lorsqu'il s'est arrogé des droits qui n'appartiennent à aucune juridiction (Gustave Beltjens, « *Encyclopédie du droit criminel belge* », seconde partie, Le Code d'instruction criminelle, T.II, Bruxelles, 1903, p. 43, n° 3 et 4).

a. L'excès de pouvoir

Il arrive que la juridiction dont émane la décision attaquée commette un **excès de pouvoir** et ce parce que le juge a empiété sur les pouvoirs d'une autre autorité ou parce qu'il a transgressé les limites du litige. L'excès de pouvoir est un motif de cassation qui se rattache à l'illégalité formelle de la décision.

Commet un excès de pouvoir

- le juge qui, sans exprimer de conviction autonome, se fonde uniquement sur un précédent jugement auquel il attribue de la sorte le caractère d'une disposition générale et réglementaire (Cass., 21 mai 2001, Pas., n° 297 ; Cass., 28 novembre 2000, Bull., n° 650 ; Cass., 24 juin 1998, Bull., n° 337). Le juge a parfaitement le droit, en revanche, d'évoquer un précédent jurisprudentiel à l'appui de l'interprétation d'une loi (Cass., 27 septembre 2000, Bull., n° 495). Mais il s'expose à la censure s'il se fonde

sur un barème prédéterminé par sa juridiction pour fixer le taux de la peine ou le montant des dommages et intérêts.

- le juge qui ordonne au ministère public de communiquer au tribunal une copie d'un dossier répressif (Cass., 21 juin 1974, Pas., p. 1096) ou qui lui adresse une injonction quelconque (Cass., 17 septembre 1990, Bull., 1991, n° 27);
- le juge d'appel qui retient à charge du prévenu un fait autre que celui dont le premier juge était saisi, alors que le prévenu n'a pas déclaré, devant le premier juge, comparaître volontairement pour être jugé aussi de ce chef (Cass., 12 novembre 1980, Pas., 1981, p. 310 ; R.D.P., 1981, p. 212) ;
- le juge d'appel qui, sur l'acquiescement décidé par le premier juge, prononce une condamnation pénale et civile alors que la partie civile n'avait pas suivi l'appel du ministère public (Cass., 17 mai 1965, Pas., p. 1001) ou qui, sur cet acquiescement, inflige une peine alors que seule la partie civile avait interjeté appel (Cass., 18 janvier 1965, p. 481) ;
- le juge qui statue sur une question litigieuse dont il n'est plus saisi dès lors qu'il a déjà définitivement jugé celle-ci dans la même cause et entre les mêmes parties (Cass., 19 avril 2001, Pas., n° 215 ; Cass., 26 juin 1992, Pas., n° 571 ; Cass., 26 février 2014, P.13.1637.F).

Voici un exemple pour illustrer le dernier cas.

Le tribunal de police doit statuer sur l'indemnisation du dommage causé par l'infraction. Dans un motif qui a valeur décisive, le tribunal dit que les pièces fournies par la partie civile n'établissent pas le préjudice allégué à concurrence du montant postulé. Le tribunal accorde une indemnité provisionnelle et désigne un expert. C'est un jugement interlocutoire. Il n'est pas frappé d'appel.

L'expertise est déposée. L'affaire revient devant le tribunal de police. Il décide, pour un motif x ou y, peu importe, d'écarter l'expertise. Et il dit que l'indemnité provisionnelle suffit pour réparer le dommage. La partie civile n'aura rien de plus.

Le jugement définitif est frappé d'appel. Le tribunal correctionnel, siégeant en degré d'appel, décide à son tour d'écarter l'expertise. Mais il alloue à la partie civile l'entièreté de ce qu'elle avait réclamé, en disant que les pièces produites par cette partie établissent son dommage à concurrence du montant postulé.

Le juge d'appel décide donc le contraire de ce que le premier juge avait dit dans une décision non frappée d'appel. C'est une violation de l'article 19 du Code judiciaire. L'exemple est intéressant parce qu'il permet d'apercevoir que

l'interdiction de revenir sur une question litigieuse déjà tranchée s'applique non seulement au juge par rapport à lui-même mais aussi au juge d'appel par rapport au juge d'instance, en ce qui concerne une décision non frappée d'appel (Cass., 19 février 2020, P.19.0159.F).

Un cas voisin d'ouverture à cassation est l'article 23 du Code judiciaire, le respect de l'autorité de la chose jugée. C'est cet article qu'il faut invoquer lorsque le juge décide le contraire de ce qui a été définitivement jugé, dans la même cause et entre les mêmes parties, par une autre juridiction.

Par contre, le juge de la prévention étant en principe le juge de la régularité de la preuve, il peut statuer sur celle-ci, et donc sur le fondement de l'action publique, sans être nécessairement tenu d'attendre l'issue d'une instruction distincte ouverte à la requête d'une partie qui, par exemple, alléguerait des faits de violence ou de faux en écritures à charge de l'autorité de police ou à charge de son adversaire. Le juge du fond apprécie en fait dans quelle mesure cette instruction est nécessaire pour former sa conviction quant aux faits dont il est saisi ; il n'excède pas ses pouvoirs en décidant, le cas échéant, de poursuivre sans désenrayer l'examen de la cause (Cass., 7 janvier 2004, RG n° P.03.1092.F ; Cass., 15 octobre 2003, Pas., n° 4).

b. L'incompétence

Le juge doit également vérifier sa **compétence**.

Il est impossible de faire l'économie du débat sur la compétence du tribunal saisi avant d'aborder le fond du litige. En revanche, lorsque le juge s'est déclaré incompétent, il est inutile qu'il émette des considérations sur la recevabilité ou le fondement de la demande. Ces considérations ne bénéficieront même pas de l'autorité de la chose jugée entre parties puisque cette autorité ne s'attache qu'à ce qui fait l'objet de la décision (article 23 du Code judiciaire) et qu'un juge incompétent ne peut décider qu'une chose : qu'il est incompétent (Martine Regout, « *La rédaction de l'arrêt : techniques et méthodologie* », Formation pour les magistrats siégeant en degré d'appel, Service public fédéral Justice, 3/FORM/2002.21, 28 mai 2002, p. 10).

L'étendue de l'obligation de vérifier la compétence varie selon qu'on se trouve au pénal ou au civil. En matière répressive, le juge doit, dans tous les cas, effectuer cette vérification d'office.

Depuis l'entrée en vigueur, le 26 juin 2008, de l'article 9 de la loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses (II), ajoutant un alinéa 3 à l'article 3 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, le juge

correctionnel ne doit plus se déclarer incompétent lorsque la chambre du conseil le saisit d'un crime pour lequel aucune circonstance atténuante n'est relevée ou si l'ordonnance énonce une circonstance atténuante qui n'existe manifestement pas, par exemple l'absence d'antécédent judiciaire alors que le dossier contient une copie de la décision établissant la récidive. En vertu de la loi précitée, la juridiction de jugement peut se déclarer compétente en admettant elle-même les circonstances atténuantes lorsqu'elle constate que le crime dont elle a été saisie n'a pas été correctionnalisé *et qu'il peut l'être en vertu de l'article 2, alinéa 3, de la loi*.

« *Et qu'il peut l'être* » : l'article 2, alinéa 3, précité, contenait en effet la liste des crimes passibles de correctionnalisation. Un crime non repris sur la liste restait donc appartenir à la compétence exclusive de la cour d'assises. L'article 121 de la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale a abrogé purement et simplement l'alinéa 3 de l'article 2 susdit, avec pour conséquence que, désormais, tout crime pouvait être correctionnalisé. Par un arrêt n°148/2017 du 21 décembre 2017, la Cour constitutionnelle a annulé cette abrogation ; il faut en déduire que, la liste ayant repris vie, les tribunaux correctionnels ne sont pas compétents pour connaître, sous prétexte de leur correctionnalisation, de crimes autres que ceux qui y sont mentionnés.

En autorisant l'admission, par le juge du fond, de circonstances atténuantes non visées par l'ordonnance de renvoi, le législateur a-t-il entendu donner la même faculté à la juridiction de jugement saisie par citation du ministère public ? La réponse est affirmative, le but de la loi étant de simplifier la procédure. La référence aux circonstances atténuantes non visées par le ministère public apparaît d'ailleurs à l'article 5, alinéa 3, de la loi du 4 octobre 1867.

Lorsque la correctionnalisation d'un crime a été proposée par le parquet, le tribunal peut se déclarer compétent mais il peut aussi décliner sa compétence s'il estime qu'il n'y pas lieu d'admettre les circonstances atténuantes invoquées par la partie poursuivante.

Le juge correctionnel doit se déclarer incompétent si les faits visés dans la citation, l'ordonnance ou la convocation par procès-verbal n'ont pas été commis dans son arrondissement¹¹, que le prévenu n'y a pas été trouvé et n'y a pas sa résidence (attention, cependant, aux infractions complexes), si l'infraction visée relève de la compétence du tribunal de police, ou encore si le prévenu a été renvoyé pour un fait commis avant l'âge de dix-huit ans, sans qu'il y ait eu

¹¹ La réforme du paysage judiciaire a élargi la dimension territoriale des arrondissements en les faisant passer de 27 à 13.

application de l'article 38 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse.

Lorsqu'un prévenu est renvoyé devant le tribunal correctionnel du chef d'infractions commises tant avant qu'après son dix-huitième anniversaire, le juge du fond doit limiter sa décision d'incompétence aux préventions antérieures à la majorité pénale. Il ne peut pas décliner sa compétence à l'égard des faits commis après celle-ci. Des faits ressortissant à la compétence du tribunal de la jeunesse ne sauraient, en effet, être connexes à des faits relevant de la compétence du tribunal correctionnel, dès lors que la connexité suppose que le même juge puisse être compétent pour statuer sur l'ensemble des faits qui lui sont soumis (Cass., 22 septembre 2004, Pas., n° 427).

En vertu des articles 3 et 4 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale, le juge répressif ne peut allouer des dommages et intérêts à la partie civile que dans la mesure où l'action exercée par celle-ci a pour objet la réparation du dommage causé par une infraction. L'obligation d'indemnisation instituée, en faveur de la victime de dommages corporels, par l'article 29 bis de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs existe en l'absence de preuve d'une responsabilité quelconque de l'assuré et n'est pas fondée sur une infraction commise par celui-ci. Viole dès lors les règles d'ordre public relatives à la compétence des juridictions pénales, le juge correctionnel ou de police qui statue sur une demande d'indemnisation fondée sur l'article 29 bis précité (Cass., 28 mars 2000, Bull., n° 206 ; Cass., 21 juin 2000, Bull., n° 388 ; R.G.A.R., 2001, 13.331, et note R.O.D.).

La décision d'incompétence du juge répressif peut résulter, le cas échéant, d'une requalification des faits. Par exemple, le tribunal requalifie en entrave méchante à la circulation ayant entraîné la mort de la victime (article 408 du Code pénal), crime non correctionnalisable, des faits initialement présentés comme constituant le délit d'homicide involontaire.

Si la requalification fait passer l'infraction de la catégorie *délit* à la catégorie *crime correctionnalisable*, le tribunal peut se déclarer compétent en admettant lui-même les circonstances atténuantes.

Et si le tribunal est saisi d'un crime correctionnalisé par une ordonnance de la chambre du conseil admettant les circonstances atténuantes, la requalification de ce crime en un autre, même plus grave, n'entraîne pas d'incompétence : les circonstances atténuantes admises pour l'un continuent à valoir pour l'autre, pour autant bien sûr que ce dernier soit correctionnalisable.

L'obligation faite au juge de donner aux faits leur exacte qualification, ne lui permet pas de censurer la décision de la chambre du conseil. Lorsque celle-ci a admis les circonstances atténuantes ou une cause d'excuse, cette décision s'impose, en principe, au juge du fond. Saisi par une ordonnance de renvoi de la connaissance d'un meurtre provoqué, le tribunal correctionnel ne peut pas se déclarer incompétent sous prétexte qu'il y va, selon lui, d'un meurtre pur et simple, sans provocation. L'admission de la cause d'excuse ou des circonstances atténuantes, dès lors qu'elle est formellement correcte, lie la juridiction de jugement.

La décision qu'un juge rend à propos de sa propre compétence peut être viciée parce que ce juge interprète mal la loi définissant les matières ressortissant à celle-ci. On se trouve alors en présence d'une ouverture à cassation relevant de la fausse application de la loi (voir *infra*). En voici un exemple.

Une poursuite est engagée contre le responsable d'un accident mettant en cause un tracteur agricole ; le prévenu conduisait un tracteur tirant en remorque une machine destinée à l'arrachage des pommes de terre. L'accident s'est produit dans le champ : une personne a été happée par la machine, et tuée. Le juge saisi est le tribunal correctionnel. Celui-ci se déclare incompétent au motif qu'il s'agit d'un accident de la circulation et que l'affaire est donc du ressort du tribunal de police.

Il est exact qu'en vertu de l'article 138, 6° bis, du Code d'instruction criminelle, le tribunal de police connaît des délits prévus aux articles 418 à 420 du Code pénal lorsque l'homicide, les coups ou blessures résultent soit d'un accident de la circulation routière impliquant des piétons ou des moyens de transport par terre empruntant la voie publique, soit d'un tel accident survenu sur un terrain ouvert au public ou sur un terrain non public mais ouvert à un certain nombre de personnes.

Un champ cultivé, qui constitue une propriété privée, n'est pas assimilable à un terrain non public mais ouvert à un certain nombre de personnes. Il ne s'agit donc pas d'un accident de la circulation, de sorte que l'affaire était bel et bien de la compétence du tribunal correctionnel, dont la décision d'incompétence encourt dès lors la cassation (Cass., 7 février 2001, Pas., n° 76 ; R.D.P., 2001, p. 751 et note).

B. L'IRREGULARITE INHERENTE A LA CONSTATATION DU FAIT

L'article 147 de la Constitution dispose qu'il y a, pour toute la Belgique, une Cour de cassation, et que cette Cour ne connaît pas du fond des affaires.

Lorsqu'elle est saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation ne connaît pas du fond : elle ne vérifie pas si le juge s'est trompé quant aux faits, elle ne constitue pas un troisième degré de juridiction, elle n'a pas le pouvoir de terminer le litige par une sentence qui permettrait à une des parties de disposer d'un titre contre l'autre partie.

Les seules questions soumises au contrôle de la Cour, outre la régularité de la procédure, ce sont les questions de droit.

Toutefois, le droit est rarement détachable du fait, de sorte que la Cour, si elle ne connaît pas du *fond*, peut et doit avoir égard aux *faits* que le juge a constatés et à partir desquels il a décidé d'appliquer ou d'écarter telle règle de droit.

Les cours et tribunaux apprécient souverainement les éléments de la cause : la Cour ne peut pas censurer cette appréciation souveraine.

En revanche, il est évident qu'un contrôle existe quant à la manière dont le juge sélectionne les faits pertinents pour la solution du litige.

Il existe, autrement dit, des vices qui peuvent entacher la constatation du fait et, à ce titre, donner ouverture à cassation. La Cour contrôle la légalité du « jugement » du fait et elle casse la décision qui enfreint le principe dispositif (1), qui méconnaît le principe du contradictoire ou celui du respect des droits de la défense (2), qui ne respecte pas la répartition légale du fardeau de la preuve ou se fonde sur une preuve administrée illégalement (3), ou encore, qui viole la foi due aux actes (4).

1. *Le principe dispositif*

Ce principe est étranger à l'action publique mais s'applique, en revanche, à l'action civile exercée devant le juge pénal. Le droit judiciaire privé repose sur un postulat : la direction du procès appartient aux parties. Il en résulte que le juge

- ne peut pas se fonder sur un fait non allégué par les parties,

- ne peut pas se déterminer d'après ses connaissances personnelles,
- ne peut pas se soustraire à la constatation d'un fait sur la réalité duquel s'accordent les parties en cause,
- est lié par l'objet de la demande, en manière telle qu'il ne peut statuer *ultra petita* ou omettre de statuer sur un chef de demande,
- est lié par la cause de la demande, la cause ayant longtemps été définie comme étant le fait juridique servant de base aux différents chefs de la demande. Par exemple, le demandeur postulait que le défendeur soit condamné à lui payer une somme d'argent ; cette prétention pouvait reposer sur l'existence d'un prêt dont il réclamait le remboursement, ou d'un contrat dont il poursuivait la résolution avec dommages et intérêts, ou d'un accident dont il avait été victime. La cause, c'était le prêt, le contrat ou l'accident.

Le juge est lié par les faits invoqués à l'appui de la demande. S'il condamne, il ne peut pas motiver la condamnation en appliquant une règle de droit dont l'hypothèse ne correspond pas aux faits allégués par le demandeur.

Parce qu'elle est jugée *indicible*, la notion de fait juridique comme concept clef de la théorie de la cause, a fini par s'effacer devant la notion de faits matériels invoqués ou allégués par les parties indépendamment du canevas juridique tissé par elles. Dans cette optique, pour autant que les droits de la défense soient saufs et qu'il ne s'appuie pas sur des faits que les parties n'ont ni invoqués ni allégués, le juge ne modifie pas la cause de la prétention et ne méconnaît donc pas le principe dispositif s'il rectifie le fondement ou la qualification inopportunément avancés à l'appui de la demande (J.-Fr. van Drooghenbroeck, « *La théorie de la cause en voie de dénouement* », obs., sous Cass., 18 novembre 2004, J.T., 2005, p. 160).

Selon l'arrêt précité du 18 novembre 2004, le juge qui fonde sa décision sur des faits que les parties n'ont pas invoqués, modifie la cause de la demande et méconnaît le principe dispositif. Par contre, le juge peut suppléer d'office aux motifs proposés par les parties en s'appuyant sur des faits qui ont été régulièrement soumis à son appréciation, même si ces faits n'ont pas été spécialement mis en exergue (Cass., 24 mars 2006, R.C.J.B., 2008, p. 5, et note M. Grégoire).

D'après l'arrêt du 14 avril 2005, le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable ; il a l'obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions (Cass., 14 avril 2005, Pas., n° 225, J.T., 2005, p. 659, note J. Van Compernelle, J.L.M.B., 2005, p. 856, note G. de Leval ; Cass.,

14 décembre 2012, C.12.0018.N ; Cass., 17 mars 2016, C.15.0235.N ; voir également le rapport annuel de la Cour, 2005, p. 90), ou même par les faits que le juge déduit des éléments qui lui ont été régulièrement soumis (Cass., 14 septembre 2017, C.16.0526.N).

Le nouvel article 23 du Code judiciaire¹² apparaît comme la contrepartie de ce rôle actif du juge dans l'application de la règle de droit : il y a dorénavant chose jugée si la demande repose sur la même cause, quelle que soit le fondement juridique invoqué. Il n'est donc plus possible de réitérer une prétention fondée sur les mêmes faits, en leur donnant un autre soutènement juridique.

Les parties elles-mêmes peuvent changer la cause, aux conditions stipulées à l'article 807 du Code judiciaire : les conclusions nouvelles, prises contradictoirement, doivent être fondées sur un fait ou un acte invoqué dans la citation, même si le demandeur n'en avait alors tiré aucune conséquence quant au bien-fondé de sa demande (Cass., 28 avril 1994, Pas., p. 418 ; S. Mosselmans, *La modification de la demande dans le cadre de l'article 807 du Code judiciaire*, in Rapport annuel 2002 de la Cour, éd. du moniteur belge, pp. 177 et suiv.).

Beaucoup de pourvois en cassation reprochent au juge du fond une méconnaissance du principe dispositif. Selon la Cour, le moyen n'est pas fondé aussi longtemps que le juge du fond s'est abstenu de statuer sur des faits non soumis à son appréciation, de juger une chose qui ne lui était pas demandée, ou de soulever une contestation entre les parties alors que leur accord, non contraire à une disposition d'ordre public, excluait l'existence de cette contestation (voir par exemple Cass., 30 novembre 2000, Bull., n° 657).

La formule actuellement la plus utilisée par la Cour concernant l'office du juge est libellée dans les termes suivants :

« Le juge est tenu de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il a l'obligation d'examiner la nature juridique des faits et actes invoqués par les parties et, quelle que soit la qualification juridique que celles-ci leur ont donnée, peut suppléer d'office aux motifs invoqués devant lui, pour autant qu'il n'existe aucune contestation dont les parties ont exclu l'existence par voie de conclusions, qu'il se fonde uniquement sur des éléments régulièrement soumis à son appréciation, qu'il ne modifie pas l'objet de la demande et qu'il ne méconnaisse pas les droits de la défense ».

¹² modifié par l'article 2 de la loi du 19 octobre 2015.

Il n'est plus précisé dans cette formule que le juge ne peut pas modifier *la cause* de la demande. Ceci résulte du fait que dans la conception factuelle de la cause, consacrée par la Cour depuis son arrêt précité du 14 avril 2005, la cause de la demande est constituée par l'ensemble des faits du dossier. Dire que le juge ne peut modifier la cause de la demande fait, dans la conception factuelle de la cause, double emploi avec la règle suivant laquelle le juge ne peut se fonder que sur les éléments régulièrement soumis à son appréciation (concl. de M. l'avocat général Henkes, précédant Cass., 28 mai 2009, Pas., p. 1359, n° 29).

Un jeune automobiliste, qui n'avait pas de permis de conduire, perd le contrôle de sa voiture et va s'écraser contre un arbre. Le passager, qui ne portait pas la ceinture de sécurité, est grièvement blessé. Le juge doit statuer sur les dommages et intérêts réclamés pour le passager blessé.

Le premier juge condamne pénalement le conducteur et, au civil, il alloue une indemnité provisionnelle ; toutefois, avant de statuer sur le surplus, il désigne un expert et le charge non seulement de faire rapport sur les séquelles de l'accident mais également de dire si le fait de n'avoir pas mis la ceinture de sécurité a, ou non, aggravé le dommage et, dans l'affirmative, de préciser dans quelle mesure.

Les parties vont en appel. Devant les juges d'appel, la partie civile demande la confirmation du premier jugement. Elle ne conteste pas la décision du premier juge de soumettre à expertise la question de savoir si l'absence de ceinture de sécurité a aggravé le dommage. Le prévenu n'élève évidemment aucune contestation à ce sujet non plus, il ne demande pas davantage de retenir d'ores et déjà le principe d'un partage de responsabilité.

Les juges d'appel modifient cependant la mission de l'expert. Ils considèrent en effet que le véhicule est tellement démoli à la suite de l'accident que, la ceinture eût elle été portée ou non, cela n'aurait de toute manière rien changé pour la victime. Pour les juges d'appel, l'absence de ceinture de sécurité est donc une faute dénuée de tout lien causal non seulement avec la survenance de l'accident mais également avec ses conséquences dommageables. Les juges d'appel décident donc que l'expert ne devra *pas* examiner l'incidence, sur le dommage, du fait que la victime ne portait pas la ceinture de sécurité.

Cette décision viole l'article 1138, 2°, du Code judiciaire : les juges ont élevé une contestation, étrangère à l'ordre public, dont les conclusions des parties excluaient l'existence (Cass., 24 septembre 1997, RG n° P.97.0577.F).

Si le juge constate qu'il doit appliquer aux faits de la cause une disposition légale non invoquée par les parties, il ne peut le faire, outre le cas où

la matière est d'ordre public, qu'à la condition de ne pas « surprendre » les parties ; il peut inviter celles-ci à s'expliquer et, le cas échéant, ordonner une réouverture des débats à cette fin.

Du principe dispositif, il résulte que le juge ne peut allouer plus, ni autre chose que ce qui a été demandé (article 1138, 2°, du Code judiciaire).

En voici quelques applications.

- La victime de l'accident dirige son action civile contre le prévenu. Le juge alloue l'indemnité réclamée en condamnant solidairement tant le prévenu que son assureur. Ce dernier est fondé à demander la cassation pour violation du principe dispositif parce que le juge met à charge de l'assureur une indemnité que la partie civile ne lui avait pas réclamée (Cass., 28 septembre 2011, P.11.0626.F).

- Une partie civile, appelons-la Sophie, obtient la réparation de son dommage, évalué à 10.000 euros. Le premier juge décide que Yves, responsable dans la proportion de $\frac{3}{4}$, doit payer trois quarts de la somme, tandis que Vincent ne doit à Sophie que le quart restant¹³.

Yves et Vincent interjettent appel. Sophie, partie civile, n'interjette pas appel. Dans ses conclusions, elle se contente de demander la confirmation du premier jugement, soit trois quarts de 10.000 euros à charge d' Yves, et le quart restant à charge de Vincent.

Les juges d'appel réforment la décision en ce sens que, pour eux, seul Yves est responsable. En ce qui concerne Vincent, les faits ne sont pas établis. Ensuite de quoi, l'arrêt met à charge d'Yves non plus les trois quarts de 10.000 euros mais l'entièreté de la somme.

Jugé que cette décision viole l'article 1138, 2°, du Code judiciaire : les juges d'appel ont adjugé à Sophie, à l'égard d'Yves, davantage que ce qu'elle demandait (Cass., 11 mars 1998, RG n° P.97.1570.F).

- Dans ses conclusions, une partie civile réclame pour le dommage matériel résultant de l'incapacité temporaire de travail subie du 1^{er} janvier 1991 au 4 juillet 1996, une indemnité de 100.000 euros sous déduction des indemnités versées par la mutuelle. Le montant de l'indemnité réclamée était calculé sur la base d'un revenu annuel net de 20.000 euros, la victime soutenant qu'à partir du 1^{er} janvier 1991, ses deux enfants ayant atteint l'âge de scolarité, elle aurait

¹³ Pareille manière de juger viole la théorie de l'équivalence des conditions, mais ceci est un autre problème.

repris, s'il n'y avait pas eu l'accident, son activité professionnelle d'infirmière indépendante à temps plein.

Le juge considère que cette partie civile n'apporte aucun élément suffisamment certain qui pourrait laisser croire qu'elle aurait repris une activité à temps plein à dater du 1^{er} janvier 1991. Il calcule l'indemnité pour le dommage matériel pendant toute la durée de l'incapacité temporaire de travail sur la base d'un revenu annuel net de 10.000 euros. Mais ensuite, le juge alloue en outre à la victime une indemnité de 12.500 euros, estimée *ex æquo et bono*, pour « *la perte d'une chance de reprendre (à partir du 1^{er} janvier 1991) une activité à temps plein, dont la probabilité était envisageable, à défaut d'être certaine, compte tenu de sa situation professionnelle et familiale* ».

La Cour estimait qu'en statuant de la sorte, le juge modifie l'objet de la demande, dès lors qu'il substitue à une prétention une autre qui n'avait pas été formulée par la partie civile. La cassation était alors encourue pour méconnaissance du principe dispositif consacré par l'article 1138, 2°, du Code judiciaire (Cass., 20 février 2002, P.01.1045.F).

Cette jurisprudence est obsolète depuis l'audience plénière du 14 décembre 2017. L'objet de la demande est vu désormais comme le résultat factuel visé par le demandeur. Est cassée la décision qui, alors que les éléments de la cause s'y prêtent, refuse de placer le débat lié à l'indemnisation du dommage sur le terrain de la perte d'une chance d'obtenir un avantage ou d'éviter une perte (Cass., aud.plén., 14 décembre 2017, Pas., n° 713, et rapport annuel de la Cour, 2017, p. 109).

Du principe dispositif, il résulte également que doivent être cassés (ou rectifiés) le jugement ou l'arrêt qui omettent de statuer sur un chef de demande : c'est ce que précise l'article 1138, 3°, du Code judiciaire.¹⁴

Qu'est-ce qu'un chef de demande ? Une demande de devoirs complémentaires sur laquelle le juge est resté muet, est-ce un chef de demande ? La réponse est négative. Un chef de demande, c'est un élément de l'objet de la demande.

¹⁴ Comme dit plus haut, la juridiction qui a omis de statuer sur un chef de demande peut désormais réparer cette omission, ce qui n'exclut pas la possibilité d'un pourvoi en cassation pour autant que ce soit en combinaison avec d'autres griefs. En vertu de l'article 797 du Code judiciaire, tel que modifié par la loi du 25 mai 2018, cette voie de recours ne peut, en effet, tendre *exclusivement* à la réparation de l'omission de statuer sur un chef de demande. Selon l'article 794, alinéa 2, dudit code, la demande de réparation de l'omission par la juridiction qui l'a commise doit, à peine de déchéance, être présentée un an au plus tard après que la décision est passée en force de chose jugée.

Par exemple, le demandeur qui a intenté une action en réparation d'un dommage sollicite le bénéfice des réserves fiscales concernant la taxation des indemnités perçues et à percevoir ; il souhaite ainsi se voir reconnaître le droit de récupérer, à charge de l'auteur du dommage, les taxes qui pourraient être levées sur les montants qu'il a obtenus. Violent l'article 1138, 3°, du Code judiciaire le jugement qui ne statue pas sur ce point, ne réserve pas à statuer, n'ordonne aucune réouverture des débats, laisse cette question non tranchée (Cass., 20 février 2002, Pas., n° 122 ; Cass., 24 mars 1999, Pas., n° 176).

Toute omission de statuer ne s'analyse pas, faut-il le dire, en une violation de l'article 1138, 3°, précité. Il peut s'agir, tout simplement, d'une méconnaissance de l'acte de saisine. Par exemple, la chambre des mises en accusation qui, télescopant deux étapes de la procédure d'extradition, émet un avis favorable à celle-ci alors qu'elle n'était saisie que d'un appel interjeté contre une ordonnance d'*exequatur*, omet de se prononcer formellement sur la recevabilité et le fondement de l'appel dont elle est saisie, méconnaissant ainsi l'effet dévolutif du recours.

L'omission de statuer prêtée à un jugement ou à un arrêt est une critique qu'il est possible, parfois, de neutraliser en appliquant la théorie suivant laquelle toute décision du juge sur une contestation est un dispositif, quelle que soit la place de cette décision dans le texte du jugement ou de l'arrêt, et quelle que soit la forme dans laquelle elle est exprimée. Dès lors qu'aucune disposition légale ne règle la place que doit occuper ni la forme dans laquelle doit être exprimée cette partie du jugement que constitue ce que le juge a décidé sur la contestation, il importe peu, pourvu qu'il exprime cette décision, que le dispositif se trouve, parmi les énonciations du jugement, au même rang que les motifs qui le portent (Cass., 5 octobre 2005, P.05.1265.F ; Cass., 29 mars 2001, Pas., n° 180).

Si le principe dispositif régit le droit judiciaire privé, en ce compris l'action civile portée devant le juge répressif, et sous réserve des exceptions qu'appelle l'ordre public, le procès pénal n'est pas régi par ce principe :

- le ministère public comme le prévenu sont sans pouvoir sur l'action une fois que celle-ci est engagée¹⁵ ;
- la constatation des faits échappe à tout accord de volontés, elle est l'œuvre du juge (Cass., 10 mai 2017, P.16.0991.F) ;

¹⁵ Sauf, en ce qui concerne le ministère public, application de l'article 216 *bis*, § 2, du Code d'instruction criminelle, permettant la transaction nonobstant la saisine du juge. Autre bémol au principe classique de l'indisponibilité de l'action publique : depuis l'entrée en vigueur de l'article 91 de la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, le ministère public également peut se désister de l'appel, en vertu de l'article 206, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle.

- l'aveu en matière répressive n'est qu'une présomption déferée à la libre appréciation du juge, alors que l'aveu en matière civile est une déclaration de volonté dont la force contraignante est liée au principe dispositif.

Il peut arriver, cependant, que la décision rendue sur l'action publique soit tributaire d'une manifestation de la volonté du prévenu. Ainsi, doit être cassé le jugement qui octroie la suspension du prononcé alors qu'il n'apparaît pas des pièces de la procédure que le prévenu ait marqué son accord pour bénéficier d'une telle mesure (Cass., 7 novembre 2001, J.T., 2001, p. 923, et les obs. d'Anne-Marie Zahner et Olivier Klees)¹⁶.

Il existe par ailleurs une peine qui, contrairement à toutes les autres, ne peut être infligée que de l'accord du prévenu : c'est la nouvelle peine du travail (article 37 ter, § 3, du Code pénal, inséré par la loi du 17 avril 2002 instaurant la peine de travail comme peine autonome en matière correctionnelle et de police). L'accord préalable du prévenu est motivé par le respect de l'article 4.2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, selon lequel nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire.

2. Le principe du contradictoire et le respect des droits de la défense

Comme le souligne le procureur général du Jardin dans le discours qu'il a prononcé à l'audience solennelle de rentrée du 1^{er} septembre 2003 (J.T., 2003, pp. 609-623 ; rapport annuel de la Cour, 2003, éd. du Moniteur belge, pp. 524-586), le concept « droit de défense » exprime l'idée « que nul ne peut être juge dans sa propre affaire, que nul ne peut se faire justice à soi-même et surtout qu'il est interdit au juge de statuer sans avoir écouté l'argumentation des parties ».

Le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense implique donc, notamment, que s'il estime devoir, en qualifiant les faits qui lui ont été régulièrement déférés, retenir une règle de droit à propos de laquelle les parties n'ont pas débattu, le juge doit inviter celles-ci à faire valoir leurs moyens quant à ce.

Un cycliste qui a fait une chute à bicyclette intente une action en responsabilité contre la commune du lieu de l'accident, reprochant à celle-ci le mauvais entretien de la piste cyclable sur laquelle il est tombé. La commune se défend en plaçant que la piste était en bon état. Le juge du fond peut-il débouter le cycliste en relevant que l'accotement, n'étant pas muni du signal « D.7 », n'était pas une piste cyclable obligatoire et que la défenderesse n'avait

¹⁶ La cassation est prononcée pour violation de l'article 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 29 juin 1964, qui subordonne l'octroi de la suspension à l'accord de l'inculpé ; la cassation n'est évidemment pas rattachée à l'article 1138 du Code judiciaire qui ne s'applique pas à l'action publique.

dès lors pas l'obligation de la rendre praticable ? Autrement dit, le juge peut-il, d'office, appliquer la disposition du code de la route en vertu de laquelle la piste litigieuse n'était pas cyclable ? La réponse est négative : le juge ne pourra substituer, à la qualification « piste cyclable » retenue par les parties, la qualification « accotement » que les parties n'avaient pas retenues, qu'après avoir donné à celles-ci la possibilité de faire valoir leurs observations à ce sujet.

Il n'y a pas de violation des droits de la défense lorsque l'objection soulevée par le juge n'a pas été invoquée comme telle par les parties mais aurait pu l'être en ce sens qu'elle fait partie intégrante des conditions d'application de la règle de droit invoquée.

Un médecin est poursuivi en raison d'une erreur de diagnostic ou de traitement qui a causé la mort d'un patient. Ce médecin, qui travaille pour une clinique, invoque que les faits se sont produits dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail, et il invoque l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. Cette disposition crée, pour le travailleur, une immunité civile : le travailleur ne répond que de sa faute lourde, de son dol ou de sa faute légère mais habituelle dans son chef.

La partie civile conteste que l'article 18 précité soit applicable : elle soutient que le médecin n'a pas agi dans le cadre du lien de subordination qui caractérise le contrat de travail.

Le juge écarte lui aussi l'article 18, et donc condamne le médecin, mais il écarte cet article pour un autre motif, non invoqué par les parties : il considère en effet que la faute du médecin EST une faute lourde.

Pourvoi du médecin invoquant la violation de ses droits de défense : jamais, la partie civile ne lui a reproché une faute lourde ; il n'a donc pas pu se défendre à cet égard.

La Cour a rejeté ce pourvoi : en réclamant le bénéfice de l'immunité prévue à l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978, le médecin a implicitement invoqué que le dommage ne résultait ni d'un dol, ni d'une faute lourde, ni d'une faute légère présentant un caractère habituel. Il ne peut donc pas se prétendre surpris du fait qu'on lui oppose que la règle qu'il a lui-même invoquée comme étant applicable, ne l'est pas parce qu'une de ses conditions d'application n'est pas remplie (Cass., 6 mai 1998, RG n° P.98.0135.F ; Cass., 5 septembre 1996, Bull., n° 293).

Cet exemple montre que la Cour opère une distinction entre le « motif » qui n'oblige pas à ordonner la réouverture des débats, et le « moyen », au sens

de fondement juridique, à propos duquel le juge doit inviter les parties à s'expliquer.

Les motifs que le juge peut suppléer d'office, ce sont de simples arguments de droit qui complètent la thèse d'une des parties et qui se déduisent des faits et des pièces dans le débat. Ces arguments ne constituent pas des moyens distincts parce qu'ils sont inclus dans les prétentions des parties. Le juge peut donc s'en servir sans ordonner la réouverture des débats.

Par contre, celle-ci s'impose lorsque le juge entend s'appuyer sur une norme ou un fondement juridique de nature à bouleverser le système de défense d'une partie, ou s'il entend déduire du dossier des conséquences imprévisibles à propos desquelles aucun débat n'a eu lieu, ou s'il croit devoir faire application d'un usage ou d'une règle de droit étranger dont la mise en œuvre n'a pas été sollicitée.

Il est évident que le juge ne méconnaît pas des droits de la défense du seul fait qu'il adopte un raisonnement distinct de celui tenu par les parties. Outre que le juge n'est pas tenu de soumettre à leur contradiction le raisonnement par lequel il s'est convaincu, il faut rappeler que le dossier de la procédure ne se réduit pas aux conclusions ou réquisitions des parties et que le juge peut fonder sa conviction sur tout autre élément du dossier que celles-ci ont pu librement contredire (Cass., 10 novembre 1999, Bull., n° 599).

En somme, le critère décisif serait la prévisibilité de la mise en jeu de la règle de droit (Dominique Léonard, « *La distinction entre le motif et le moyen, invoqués d'office par le juge, du point de vue des droits de la défense, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation* », in Mélanges Kirkpatrick, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 495-514).

Le respect du principe du contradictoire entraîne, comme corollaire, l'interdiction pour le juge de se fonder sur des données qui ressortissent à sa connaissance personnelle.

Par exemple, dans une affaire de roulage, le juge énonce qu'« à l'heure de l'accident, soit vers 17.00 Hr, il peut être tenu pour certain que l'entrée dans la rue Royale était encombrée par des voitures arrêtées le long du trottoir ». Par cette énonciation, le juge se fonde sur la généralisation d'un fait d'expérience : à telle heure, telle rue du centre de la ville est encombrée. Le juge le sait parce qu'il est bruxellois. Et il en déduit qu'il *devait* en être ainsi au moment des faits. Pareille manière de juger est illégale (Cass., 25 septembre 1959, Pas., 1960, p. 123).

Il n'y a, par contre, aucune difficulté pour le juge à s'appuyer sur un procès-verbal qui relate l'encombrement, ou sur un procès-verbal opérant lui-même la généralisation décrite ci-dessus : en effet, ce procès-verbal a été soumis à la contradiction des parties. L'interdiction de se fonder sur des connaissances personnelles exprime donc uniquement l'idée que le jugement ne peut prendre appui sur des éléments de fait qui n'ont pas pu être contredits.

Si le juge ne peut pas se fonder sur des données ressortissant à sa connaissance personnelle, en revanche, il peut s'appuyer sur des circonstances notoirement connues, sur des faits d'expérience notoire (conclusions du ministère public précédant Cass., 26 juin 2002, R.D.P., 2002, p. 1080, et les références citées).

Circulant à bord d'un véhicule de couleur grise, le prévenu entre en collision avec une autre voiture et prend la fuite. Identifié et poursuivi, le fuyard conteste la prévention et soutient, notamment, que la seule trace laissée par le véhicule tamponneur sur la voiture de la victime, est une trace de couleur rouge. Le juge écarte cette défense et condamne le prévenu au motif « *qu'il est connu que les véhicules ont en dessous de la couche de peinture apparente, d'autres couches de peinture de couleur souvent différentes* ». Cette motivation n'est pas illégale (Cass., 25 octobre 2000, Journal des procès, n° 412, du 6 avril 2001, p. 30, et les observations de John Kirkpatrick, qui n'approuve pas l'arrêt).

Une cour d'appel condamne un détenu soupçonné d'avoir, au départ de la prison, utilisé à de multiples reprises l'infrastructure publique de télécommunication afin d'importuner deux personnes, lesquelles se sont constituées parties civiles contre lui. Les juges disent la prévention établie en faisant état du témoignage d'un gardien de prison attestant que le prévenu a téléphoné à plusieurs reprises en utilisant le téléphone de la prison, accessible à tel moment de la journée. Les juges ajoutent que, par ailleurs, « *il n'est pas impossible de téléphoner en dehors des heures imposées ; il est en effet de commune renommée que des GSM circulent au sein des établissements pénitentiaires* ». Peut-on suivre ces juges dans l'affirmation que la circonstance invoquée est notoire ? Oui, répond la Cour, et elle rejette le pourvoi (Cass., 25 octobre 2000, Bull., n° 575).

Il en va encore de même pour l'énoncé suivant lequel « *il est habituel que des toxicomanes refusent d'être confrontés à leur dealer, par crainte de représailles* » (Cass., 4 mai 2005, RG n° P.05.0410.F).

Il faut être attentif, par ailleurs, aux pièces qui arrivent après la clôture des débats. Si l'on se contente de les enlasser au dossier et de rendre le jugement comme si de rien n'était, il y aura cassation : en pareil cas, les parties ne peuvent

pas exclure, en effet, que le juge se soit fondé sur ces pièces, lesquelles n'ont pas été soumises à la contradiction (Cass., 14 février 2001, Pas., n° 92, R.D.P., 2001, p. 753 ; Cass., 20 novembre 2002, RG n° P.02.0708.F). La cassation n'est cependant encourue que si les pièces en question paraissent susceptibles de contribuer à la conviction du juge, ce que l'arrêt précité du 20 novembre 2002 prend soin de vérifier ; il ne s'agit donc pas des pièces purement formelles ou dénuées de tout rapport avec l'affaire.

Le juge qui reçoit des pièces après la clôture des débats doit donc, en principe, soit les écarter formellement dans sa décision, en énonçant qu'il n'y a pas égard, soit ordonner la réouverture des débats.

3. Les règles de la preuve

En matière répressive, si la force probante d'un mode de preuve n'est pas réglée par la loi, le juge apprécie librement la force de conviction qui s'en dégage. Dès que la preuve est libre, le juge du fond a le pouvoir de décider souverainement si la version des faits qui se dégage de tel mode de preuve est conforme à la réalité. L'appréciation personnelle et subjective, par le magistrat, des éléments de preuve qui lui sont soumis, et que les parties ont pu librement contredire, est une œuvre qui, sauf violation de la foi due aux actes, échappe au contrôle de la Cour. Le juge, par exemple, apprécie souverainement la crédibilité des témoins, il choisit souverainement, parmi les différentes déclarations faites par une même personne, de retenir telle version plutôt que telle autre ; il peut aussi diviser l'aveu, contrairement au principe appliqué devant le juge civil.

Si les preuves sont insuffisantes, le juge peut acquitter le prévenu sans être tenu de suppléer d'office aux carences de l'instruction. Le juge pénal dispose, certes, d'un droit d'initiative quant aux preuves à recueillir, et notamment du droit d'ordonner des expertises. En revanche, il n'existe pas « un principe général du droit relatif au caractère inquisitoire de la procédure pénale ». La procédure d'audience est, au contraire, de type accusatoire. Le pouvoir discrétionnaire que l'article 281, § 2, du Code d'instruction criminelle confère au président de la cour d'assises, est personnel à ce magistrat et n'existe qu'en matière criminelle (Cass., 26 mai 1999, Pas., n° 311).

Ce qu'aucun juge ne peut faire, c'est renverser la charge de la preuve.

Un conducteur est poursuivi du chef de délit de fuite. Lors d'un croisement dans un passage étroit, son véhicule a frôlé une autre voiture, à la suite de quoi le rétroviseur latéral gauche a été endommagé. Le prévenu conteste la prévention : il soutient qu'il ne s'est pas rendu compte du choc, qu'il

n'a rien entendu, qu'il est atteint de surdité relative et que sa radio de bord fonctionnait. Le juge condamne ce prévenu au motif « *qu'il n'apporte pas la preuve de ses allégations* ». Ce jugement a évidemment été cassé : le prévenu n'a rien à prouver (Cass., 10 mars 1999, RG n° P.98.1278.F).

Lorsqu'une action en justice est fondée sur une infraction à la loi pénale, c'est à la partie poursuivante qu'incombe la preuve de l'imputabilité de cette infraction au défendeur ; et si ce dernier invoque une cause de justification, c'est au demandeur toujours d'en établir l'inexistence, à moins que l'allégation du défendeur soit dépourvue de tout élément permettant de lui accorder crédit, élément dont l'existence ou l'inexistence relève de l'appréciation en fait du juge du fond (Cass., 12 septembre 2001, P.01.0609.F ; Cass., 22 décembre 1995, Pas., n° 564 ; Cass., 4 décembre 1992, Bull., n° 769 ; R. Declercq, *Beginselen van strafrechtspleging*, Kluwer, 2003, 3^{ème} éd., pp. 664-665, n° 1433).

Ne renverse pas la charge de la preuve, la juridiction qui énonce « *qu'il n'est pas suffisamment démontré à ce stade que l'audition du témoin protégé aurait été recueillie en méconnaissance des dispositions légales en vigueur ou engendrerait des effets incompatibles avec le respect des droits de la défense* » ; par ces énonciations, le juge se borne à réfuter les allégations formulées par le prévenu à ce sujet, en constatant qu'elles ne reposent sur aucun élément de nature à leur accorder crédit (Cass., 22 janvier 2003, P.03.0057.F).

Ce que le juge ne peut pas faire non plus, c'est se fonder sur une preuve illégalement rapportée. Il existe, en matière pénale, une jurisprudence très abondante à cet égard : des illégalités peuvent se produire au niveau du repérage et de l'enregistrement des communications téléphoniques, au niveau des perquisitions, des saisies, de l'expertise, de l'audition des témoins, de l'emploi des langues, du droit au silence, etc ... Il faut y ajouter toute la problématique très complexe de la preuve obtenue par la commission d'un délit. Si le juge du fond n'a pas écarté des débats la preuve irrégulièrement administrée, la nullité de celle-ci peut se communiquer à la décision elle-même ; ce sera le cas si le juge s'approprie la nullité, par exemple en se fondant expressément sur la pièce obtenue de manière critiquable. Toutefois, le juge du fond n'est pas tenu, sauf conclusions, d'indiquer les moyens de preuve qui ont emporté sa conviction. En l'absence de précision à cet égard dans la décision attaquée, le grief soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation sera jugé irrecevable.

L'écartement de la preuve n'est cependant plus une conséquence automatique de l'irrégularité qui entache son obtention. Il appartient au juge d'en décider en fonction du contexte de la violation, de son objet, de son incidence sur la fiabilité de la preuve ou sur le droit à un procès équitable, en faisant le cas échéant la balance entre la gravité de l'infraction et celle de

l'irrégularité commise. Cette pondération n'est pas contraire aux standards européens (Cour eur.D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davies c/Belgique*, qui approuve la jurisprudence dite « *Antigone* »), et le législateur en a fait une norme inscrite à l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, inséré par la loi du 24 octobre 2013¹⁷.

Le juge ne peut pas non plus méconnaître ou dénaturer la notion juridique de présomption de l'homme. On est ici dans quelque chose qui ressemble à un contrôle de la logique du raisonnement judiciaire. La Cour vérifie si, des faits que le juge a souverainement constatés, il n'a pas déduit des conséquences qui, en réalité, n'ont aucun lien avec ces faits ou qui ne seraient susceptibles, sur leur fondement, d'aucune justification (Cass., 28 janvier 1999, Bull., n° 52 ; 19 juin 1998, n° 325 ; 17 avril 1998, n° 198 ; 16 mars 1995, n° 153 ; 6 novembre 1992, n° 720, etc ...).

Par exemple, un prévenu est poursuivi du chef d'avoir volontairement dégradé le véhicule de son voisin. Celui-ci demande des dommages et intérêts. Le prévenu soutient que l'action exercée par le demandeur est irrecevable car le véhicule endommagé ne lui appartient pas mais appartient à sa mère. Le juge écarte cette défense en affirmant « *que la qualité de propriétaire ne peut être contestée dans le chef du demandeur, sa mère étant la preneuse d'assurance* ».

Ce jugement a été cassé : du seul fait que la police d'assurance a été souscrite par la mère du demandeur, il ne se déduit évidemment pas que ce dernier est le propriétaire du véhicule assuré (Cass., 20 décembre 2000, Pas., n° 712).

4. *La foi due aux actes*

En vertu des articles 1319 à 1322 du Code civil, il est interdit au juge de violer la foi due à tout acte.

La foi qui est due à un acte, c'est le respect que l'on doit attacher à ce qui y est constaté par écrit, à ce que les auteurs ont entendu y consigner.

Peut-on violer la foi due à une photographie ? Cela n'est possible que s'il s'agit d'un cliché qui, annexé à un écrit, forme un ensemble avec le texte qui le commente (Cass., 29 janvier 1985, Pas., n° 315 ; Cass., 3 novembre 2004, RG n° P.04.0957.F ; Cass., 26 janvier 2005, RG n° p.04.0928.F). Par exemple, le juge dit qu'il résulte de la photo et du procès-verbal que le véhicule était garé

¹⁷ J. de Codt, *La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile ?* R.D.P., 2014, pp. 245-266.

avec deux roues sur le trottoir, alors que la photo et le procès-verbal font apparaître que les quatre roues sont sur la chaussée.

On viole la foi due lorsqu'on donne à tout écrit – un procès-verbal d'interrogatoire, des conclusions des parties, un rapport d'expertise – un sens et une portée qui méconnaissent ce que le ou les auteurs ont voulu exprimer par écrit. Violer la foi due à un acte, c'est donc lui faire dire autre chose que ce qu'il exprime, en bref « *le faire mentir* » (F. Dumon, « *De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes* », discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1^{er} septembre 1978, J.T., 1978, p. 470, n° 14).

Le juge ne viole donc pas la foi due aux actes lorsqu'il dit le contraire de ce qui est écrit dans un document auquel il ne se réfère pas.

Voici un exemple.

Poursuivi du chef d'accident de roulage avec délit de fuite, le prévenu plaide l'état de nécessité. Il dépose une attestation de son épouse disant qu'elle lui a téléphoné le jour des faits, *dans l'après-midi*, pour lui dire qu'elle ne se sentait pas bien après avoir absorbé trop de médicaments. Le tribunal écarte la cause de justification alléguée, en disant : « *L'attestation de l'épouse du prévenu révèle que l'appel téléphonique qui l'aurait contraint à quitter d'urgence une réunion professionnelle a été donné le matin alors que l'accident est survenu à 17.55 Hr* ».

Le tribunal viole la foi due à cette attestation qui fait état d'un appel téléphonique donné l'après-midi et non le matin.

Il ne faut évidemment pas confondre la foi due avec la force probante d'une pièce. Le juge apprécie souverainement les éléments qu'on lui soumet et il n'est pas obligé de croire tout ce qu'on lui dit ; il peut parfaitement rejeter un témoignage qu'il n'estime pas crédible, mais il ne peut jamais faire dire à un témoin ce qu'il ne dit pas.

Par ailleurs, le juge ne viole pas la foi due à un acte *en l'interprétant*.

Des époux veulent divorcer par consentement mutuel. Selon l'acte notarié contenant la convention préalable au divorce, le mari payera une pension alimentaire à la femme, étant entendu que cette pension ne serait plus due en cas de remariage de celle-ci.

Quelques années plus tard, l'ex-mari apprend que la femme vit en concubinage avec un tiers. Il cesse de payer la pension. Un procès lui est aussitôt intenté.

Le juge constate qu'en effet, la femme cohabite de façon permanente avec un autre homme. Sans doute n'y a-t-il pas de remariage. Mais, dit le juge, les termes de l'acte authentique ne correspondent pas entièrement à la véritable intention commune des parties. Quelle était cette intention ? Ce que les parties ont voulu, c'est faire cesser les versements au profit de l'ex-épouse dès qu'une autre personne se chargerait de l'obligation d'entretien. Le juge décide donc que la pension alimentaire n'est plus due.

Une telle décision n'emporte aucune violation de la foi due à la convention préalable au divorce : le juge ne viole pas la foi due à cet acte en l'interprétant (Cass., 1^{er} février 1980, Pas., p. 645).

Imaginons un autre exemple. Un propriétaire de luna park engage un gérant pour tenir son établissement. Le contrat conclu à cet effet donne à ce gérant un statut d'indépendant. Dans la réalité des faits, le propriétaire donne des instructions au gérant, il lui rappelle qu'il faut nettoyer le café, il lui dicte des heures d'ouverture et de fermeture, il lui demande de retirer tel appareil de jeu qui n'est pas rentable, il prélève de l'argent dans la caisse, etc... Le juge peut évidemment, sur la base de ces éléments extrinsèques, conclure à l'existence d'un lien de subordination, caractéristique du contrat de travail, et cela nonobstant les termes du contrat conclu entre les parties.

C. LA FAUSSE APPLICATION DE LA LOI

Après que le juge ait correctement sélectionné les faits pertinents de la cause, il doit déterminer la règle dont ces faits constituent l'hypothèse ; autrement dit, il doit qualifier la situation litigieuse.

Les étudiants en droit apprennent très vite à distinguer, dans une règle de droit, les deux éléments qui la composent : d'une part, l'hypothèse, ou situation de vie, faits, actes conditionnant l'application de la règle, d'autre part, le dispositif ou la solution, à savoir l'effet juridique attaché par la loi à la réalisation de l'hypothèse.

Le raisonnement juridique ressemble donc à un syllogisme où H est l'hypothèse, f, la situation litigieuse et S, la solution :

- majeure : H entraîne S,

- mineure : f est H,
- conclusion : f entraîne S.

La mineure (f est H) résulte elle-même d'un syllogisme :

- $a + b + c = H$,
- $f = a + b + c$,
- $f = H$.

Traduit en droit pénal, cela donne ceci :

- la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui est un vol,
- l'acte imputé au prévenu constitue une soustraction frauduleuse de la chose d'autrui,
- l'acte en question est un vol.

Il y a fausse application de la loi (au sens large : la loi mais aussi tout ce que la jurisprudence a dit être la loi) lorsque les éléments de fait légalement déclarés établis ne correspondent pas à l'hypothèse légale.

Ainsi, $a + b$ n'est pas égal à H. Il manque un élément. Ou encore : $a + b + c + d$ n'est pas non plus égal à H, en ce sens qu'il y a un élément en trop : on ajoute à la loi.

La Cour contrôle la qualification. Ce contrôle est d'autant plus nécessaire que si la loi définit explicitement certaines notions, comme la vente, ou l'hypothèque, d'autres notions, elles, ne sont pas définies.

Par exemple, il n'y a pas de définition de la notion « endroit le moins dommageable » qui est nécessaire pour fixer l'assiette du droit de passage dont jouit le fonds enclavé (articles 683 et 684 du Code civil). Ou encore, l'article 1054 du Code judiciaire ne définit pas les conditions auxquelles une partie peut se prétendre « intimée » au sens de cette disposition.

Le droit pénal, lui, est construit sur un réseau de qualifications très rigoureux. Tout n'y est pas défini pour autant : dans l'infraction « outrage public aux mœurs », la loi ne définit pas ce qu'il faut entendre par « public ».

La Cour de cassation se reconnaît le pouvoir d'interpréter les notions que le législateur n'a pas définies.

Exemples :

- Un arrêté-loi du 14 novembre 1939 punit « l'ivresse publique » ; par un arrêt du 18 janvier 1954 (Pas., p. 429, et note), la Cour énonce qu'est en état d'ivresse « *la personne qui se trouve sous l'influence de la boisson au point de n'avoir plus le contrôle permanent de ses actes, sans avoir nécessairement perdu la conscience de ceux-ci* ».
- La Cour décide qu'une partie n'est « intimée » au sens de l'article 1054 du Code judiciaire que « *lorsqu'un appel principal ou incident est dirigé contre elle, ce qui implique qu'une partie appelante a formulé devant le juge d'appel une prétention, autre qu'une demande en déclaration d'arrêt commun, qui est de nature à porter atteinte à ses intérêts* » (Cass., 19 septembre 2003, RG n° C.02.0490.F).
- La Cour casse un arrêt qui avait fait dépendre la publicité requise pour l'existence du délit d'outrage public aux mœurs, prévu à l'article 385 du Code pénal, de la seule présence, dans le lieu privé que constituait un cabinet de consultation médicale, de la victime des actes immoraux : la seule présence de la victime ne réalise pas la publicité nécessaire, il faut que les faits aient pu être aperçus par un témoin sans que l'état des lieux doive être modifié à cette fin (Cass., 23 avril 1951, Pas., p. 572).
- La Cour annule, dans une procédure en règlement de juges, la décision qui confond le bris de clôture avec la destruction totale ou partielle d'un immeuble, réprimée par l'article 521, alinéa 1^{er}, du Code pénal : par cette disposition, la loi a voulu atteindre la ruine des édifices, la démolition totale ou partielle des constructions, l'acte grave portant, lorsqu'il est consommé, une atteinte définitive à la propriété, et non une simple dégradation, un bris de clôture ou un dommage mineur ou facilement réparable (Cass., 23 juin 2004, RG n° P.04.0812.F ; Cass., 3 mars 1856, Pas., p. 157 : le fait d'arracher les gouttières d'une maison ne peut, *sans donner aux mots une signification inusitée*, être qualifié de destruction au sens de l'article 521, alinéa 1^{er}, précité).

L'étendue du contrôle de la qualification dépend de la motivation de la décision attaquée.

Exemple : deux débits de boisson font l'objet de poursuites du chef de tapage nocturne. Le gérant du premier est acquitté au motif que personne ne se plaint d'un bruit nocturne provenant du café : cette décision est inattaquable car elle relève de l'appréciation souveraine du juge ; celui-ci justifie légalement l'acquittement. Par contre, le gérant du second établissement est acquitté au motif que « *le bruit qui s'en dégage est nécessairement lié à l'exercice normal, c'est-à-dire l'exercice habituel et non excessif du droit d'exploiter pareil établissement* ». C'est un motif de droit consistant à retrancher, de la qualification « tapage nocturne » visée par l'article 561, 1°, du Code pénal, le bruit « justifié » par l'exploitation normale et licite d'un café. Jugé illégal, ce motif a provoqué la cassation (Cass., 28 octobre 1963, Pas., 1964, p. 223).

Le motif de fait échappe donc au contrôle de légalité tandis que le motif de droit encourt la censure.

Etant saisi d'un fait et astreint à donner à ce fait la qualification prévue par la loi, le juge peut être amené à devoir modifier toute qualification qui, donnée en amont de son intervention, lui paraîtrait inexacte. Cette obligation lui incombe quel que soit l'acte qui le saisit (Cass., 4 septembre 1990, Bull., n° 5) et elle vaut aussi bien en première instance qu'en degré d'appel (Cass., 16 octobre 1985, Bull., n° 100).

Le changement de qualification est subordonné à la condition, d'une part, que le fait reste le même que celui dont le juge est saisi et, d'autre part, que les droits de la défense aient été respectés, autrement dit que le prévenu ait eu la possibilité de se défendre quant à la nouvelle qualification attribuée à ses actes. La Cour vérifie si l'avertissement requis a été donné à la personne poursuivie. La régularité de la procédure à cet égard peut s'apprécier en fonction des mentions figurant dans le procès-verbal ou dans le jugement. Si ces pièces sont muettes mais qu'il apparaît des conclusions du prévenu qu'il s'est effectivement défendu sur la nouvelle qualification, la procédure sera jugée sur ce point conforme à la loi.

Sur le seul appel du prévenu ou sur son opposition, le juge peut certes, en principe, adapter la qualification mais c'est à la condition supplémentaire de ne pas aggraver la situation de l'appelant ou de l'opposant. Il faut cependant bien préciser ce qu'on entend par là.

Ce que le juge statuant en appel ou sur opposition ne peut pas faire, c'est compléter la qualification de manière à rendre punissable un fait qui ne l'était pas. Par exemple, un prévenu est poursuivi et condamné en première instance pour avoir frauduleusement soustrait un véhicule. Il interjette appel. La cour constate que le fait, *tel qu'il est qualifié*, n'est pas punissable : la soustraction

frauduleuse n'est un vol que si elle porte sur la chose d'autrui, élément qui n'est pas repris à charge du prévenu. Obviant à cette qualification défectueuse, la cour constate que l'objet soustrait appartient à un tiers. Elle déclare ainsi établi un nouvel élément de fait et transforme la qualification initiale en prévention d'un fait punissable. La cassation est encourue pour aggravation de la situation du prévenu *sur son seul appel* (Cass., 4 novembre 1935, Pas., 1936, p. 36).

Ce cas ne doit pas être confondu avec l'affaire suivante. Le tenancier d'un hôtel est poursuivi du chef d'attentat à la pudeur avec violences ou menaces : il a installé dans une chambre de son établissement, dissimulée derrière un miroir, une caméra filmant à leur insu les ébats amoureux des couples illégitimes qu'il dirige spécialement dans cette chambre.

La qualification comprend ici tous les éléments d'une infraction punissable. Le problème est que la description du fait ne permet pas de le faire rentrer dans le champ d'application de cette infraction. Le voyeurisme n'est pas un attentat à la pudeur avec violences ou menaces. Que peut faire le juge d'appel saisi du seul appel du prévenu ? Lui est-il loisible de constater que le fait, à défaut de constituer un attentat à la pudeur, tombe sous le coup, par exemple, de l'article 314*bis* du Code pénal¹⁸ qui réprime l'enregistrement, à l'aide d'un appareil quelconque, des communications privées auxquelles l'auteur ne prend pas part et sans le consentement des personnes ainsi enregistrées ?

Pour autant bien sûr que les éléments du dossier le permettent, cette disqualification est permise. Donner aux faits l'étiquette qui leur revient ne constitue pas, en soi, une aggravation de la situation du prévenu, même si l'infraction comporte des éléments plus étendus et même si elle est, en droit, punissable d'une peine plus grave, à condition bien sûr que la sanction infligée en appel ne soit pas effectivement plus grave que celle décidée en première instance. Il appartient au juge d'appel de restituer aux faits de la prévention leur véritable nom pénal mais il lui revient aussi de circonscrire les conséquences pénales de cette opération dans les termes du jugement de premier ressort (P. Morlet, *Changement de qualification – Droits et devoirs du juge*, R.D.P., 1990, p. 561 [580]).

D. L'ILLEGALITE INTRINSEQUE DU DISPOSITIF ATTAQUE

Le juge peut avoir correctement sélectionné les faits pertinents. Sa qualification peut également être exacte. Mais une illégalité apparaît en ce sens que la solution que le juge applique n'est pas celle que la loi prévoit.

¹⁸ La loi du 1^{er} février 2016 a résolu la difficulté en incorporant, dans le Code pénal, un article réprimant spécifiquement le voyeurisme. C'est l'article 371/1.

En matière répressive, c'est fréquemment sur la peine ou ses modalités que l'illégalité ira se nicher¹⁹ :

- Le juge ne prononce qu'une peine d'emprisonnement alors que la loi prévoit obligatoirement l'emprisonnement et l'amende (c'est le cas notamment pour le meurtre excusé, le faux en écritures, la tentative d'escroquerie, le vol simple, etc...).
- Le juge prononce une amende mais oublie de l'assortir de l'emprisonnement subsidiaire prévu à l'article 40 du Code pénal.
- Le juge octroie un sursis ou la suspension du prononcé alors que les antécédents du condamné l'interdisent.
- Le juge prononce une confiscation pour un délit involontaire (Cass., 18 décembre 1984, Bull., 1985, n° 245 ; Cass., 11 février 1957, Pas., p. 693).
- Le juge inflige une peine que la loi ne prévoit pas : il condamne un prévenu, du chef de meurtre excusé et coups volontaires avec récidive, à une peine d'emprisonnement et d'amende ainsi qu'à l'interdiction des droits prévue à l'article 31 du Code pénal, alors que l'interdiction n'est pas prévue par les article 56, 398 et 414 dudit code.
- Le juge ordonne qu'il sera sursis à l'exécution de sa décision pendant un délai d'épreuve qu'il fixe à cinq ans alors que l'emprisonnement infligé ne dépasse pas six mois (article 8, § 1^{er}, alinéa 4, de la loi du 29 juin 1964 modifiée par l'article 7 de la loi du 9 janvier 1991).
- Sous prétexte que le délai raisonnable est dépassé, le juge condamne le prévenu à un emprisonnement de sept ans, avec sursis partiel, alors que l'article 8, § 1^{er}, de la loi du 29 juin 1964 ne permet pas le sursis pour une peine dépassant cinq ans, et que l'article 21^{ter} du titre préliminaire du Code de procédure pénale n'autorise pas à déroger aux modalités légales d'exécution de la peine (Cass., 28 septembre 2011, RG n° P.11.1080.F).
- Le juge inflige une peine supérieure au maximum légal, par exemple six ans d'emprisonnement du chef de tentative d'importation illicite de stupéfiants avec la circonstance que les faits constituent un acte de participation à l'activité d'une association ; cette infraction est, en réalité, punie de la réclusion de cinq à dix ans soit, après correctionnalisation,

¹⁹ C'est dans cette matière qu'en raison du faible visa des avocats et du ministère public, le moyen d'office se rencontre le plus souvent. Ce contrôle prend la forme visible de la cassation ou la forme discrète de la formule pénale atténuée, lorsqu'il s'agit d'une illégalité qui « profite » au prévenu, seul demandeur en cassation.

d'une peine d'un mois à cinq ans. Le jugement viole dès lors l'article 25 du Code pénal, selon lequel la durée de l'emprisonnement correctionnel est, en pareil cas, de cinq ans au plus. Le tribunal ne peut dépasser cinq ans, récidive exceptée, que lorsqu'il est saisi par la correctionnalisation d'un crime puni de ce qu'on appelait, avant l'abolition de la peine de mort, « les travaux forcés » (article 25, alinéas 3, 4 et 5).

- Tout en admettant des circonstances atténuantes, le juge inflige le maximum de la peine prévue par la loi (Cass., 22 juin 1959, Pas., p. 1094).
- Le juge inflige une amende correctionnelle comme peine de substitution à une peine de travail de police, ou prononce un emprisonnement subsidiaire à l'amende infligée comme peine de substitution, ce que la loi ne prévoit pas (Cass., 19 mai 2004, RG n° P.03.1550.F).
- Alors que la peine de substitution à prévoir en cas de non-exécution d'une peine de travail est soit un emprisonnement, soit une amende, le juge inflige les deux sanctions à la fois, violant ainsi l'article 37ter, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code pénal (Cass., 27 avril 2004, J.L.M.B., 2005, p. 1080 et obs. F. Close).
- Alors que le jugement rendu par défaut n'avait pas été frappé d'appel par le ministère public, le juge d'appel, statuant sur les appels interjetés par le ministère public et par le prévenu contre le jugement rendu sur l'opposition du prévenu, aggrave la peine prononcée par le jugement par défaut, méconnaissant ainsi l'effet relatif de l'opposition (Cass., 23 juin 2004, Pas., n° 348 ; Cass., 3 juin 1997, Pas., n° 256).

Il ne paraît en revanche pas possible de censurer une peine au regard d'un principe de proportionnalité. Le juge détermine souverainement, certes dans les limites établies par la loi et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment son article 3, la peine qu'il estime proportionnée à la gravité de l'infraction déclarée établie (Cass., 5 mars 2003, Pas., n° 151 ; Cass., 10 juin 1998, Bull., n° 296). Il ne faut pas perdre de vue en effet que le contrôle opéré par la Cour de cassation ne s'effectue que par rapport aux motifs de la décision et non par rapport aux éléments de fait de la cause²⁰.

Est également entaché d'une illégalité intrinsèque de son dispositif, l'arrêt qui scinde la décision sur la culpabilité et sur la peine (Cass., 17 février 1998, Pas., n° 95 et 96), par exemple en déclarant les préventions établies et en

²⁰ Sur la différence entre ces deux contrôles, voyez J. Verhaegen, « Le contrôle conceptuel des motifs du jugement pénal et les appréciations souveraines du juge du fond », J.T., 1977, p. 326.

ordonnant, avant de statuer sur la peine, la réouverture des débats aux fins d'entendre le prévenu quant à l'exécution éventuelle d'une peine de travail (Cass., 27 avril 2005, R.D.P., p. 938, et note « *L'unicité du procès pénal et le pourvoi en cassation immédiat* »). Pareille décision peut être immédiatement déférée à la censure de la Cour, nonobstant le caractère non définitif – et pour cause ! – de la décision rendue sur l'action publique. Les dispositions applicables à la procédure en matière correctionnelle et de police lient si intimement l'appréciation de la culpabilité et celle de la peine qu'il ne peut être statué, en règle²¹, par des décisions distinctes sur, d'une part, la culpabilité et, d'autre part, la peine à infliger.

Le juge pénal ne peut pas davantage scinder la décision sur les divers éléments de la peine ; il ne lui est pas permis de prononcer séparément les différentes sanctions qui la constituent (R. Declercq, « *Procédure pénale* », R.P.D.B., compl., T. IX, Bruxelles, 2004, p. 736, n° 2001).

L'interdiction de scinder ne concerne pas les mesures de sécurité comme, par exemple, la déchéance du droit de conduire fondée sur l'incapacité physique du prévenu (Cass., 24 janvier 1977, Pas., p. 577, et note R.-A. D.).

Le juge peut déclarer le prévenu seul responsable d'un accident de la circulation routière puis ordonner, avant dire droit, une expertise aux fins de vérifier le lien causal entre la faute de ce prévenu et le décès de l'autre conducteur impliqué dans l'accident. Ce tribunal scinde-t-il la décision sur la culpabilité et sur la peine en condamnant ensuite le prévenu, sur la base des conclusions de l'expert, du chef d'homicide involontaire ? La réponse est négative. Ce tribunal n'a pas versé dans la scission prohibée parce que l'affirmation, contenue dans le premier jugement, que l'accident est imputable à la faute du prévenu n'implique pas qu'il a commis l'homicide involontaire qui lui était reproché (Cass., 12 décembre 2007, RG n° P.07.0785.F).

E. LE CONTRÔLE DE LA MOTIVATION

Comme l'écrivait plaisamment Garraud, « *quand on est condamné, on aime à savoir pourquoi* ».

Le juge doit motiver sa décision : c'est la règle édictée par l'article 149 de la Constitution. Le but de cette règle est de contribuer à éviter l'arbitraire, d'obliger le juge à bien peser sa décision, de permettre aux parties d'apercevoir

²¹ Parfois, la césure est permise : c'est le cas pour le juge du fond qui statue comme juridiction de renvoi ensuite d'une cassation limitée à la peine, ou pour le juge qui statue en application des articles 13 et 14 de la loi du 29 juin 1964 (révocation de la suspension ou du sursis) ou en application des articles 524*bis* et 524*ter* du Code d'instruction criminelle.

pourquoi la décision est ce qu'elle est, de donner aux juges d'appel le moyen d'apprécier en fait et en droit la décision entreprise, de mettre la Cour de cassation en mesure de contrôler si le jugement viole ou non le droit positif.

L'obligation de motiver est liée aux droits de la défense qui comprennent le droit de déposer des conclusions. A quoi servirait-il d'en déposer si le juge ne devait pas y répondre ?

Le juge doit donc donner ses motifs.

Les motifs sont l'exposé des raisons de droit et de fait que le juge donne en vue de justifier légalement la décision, c'est-à-dire le dispositif.

La mission du juge consiste à trancher un ou plusieurs litiges entre parties. Il n'y a donc pas « jugement » au sens des articles 149 de la Constitution et 780, 3°, du Code judiciaire lorsque les parties ne sont pas en conflit ou lorsque la décision rendue ne résout pas un litige qui les opposerait.

Ce qui doit être motivé, c'est donc la décision du juge sur le litige. S'il n'y a pas de décision, par exemple parce qu'il n'y a pas de demande au sens de l'article 1138, 3°, du Code judiciaire, la motivation est sans objet (Cass., 30 janvier 1998, Pas., n° 53 : l'intention exprimée par une partie de déposer de nouvelles conclusions en cas de non confirmation du jugement dont appel ne constitue pas un chef de demande, de sorte que le juge d'appel ne doit pas en tenir compte ni motiver sa décision à cet égard ; Cass., 21 mai 1993, Pas., n° 251 : parce qu'il ne s'agit pas d'un chef de demande au sens de l'article 1138, 3°, précité, le juge ne doit pas motiver le rejet de la requête tendant à ce qu'il ordonne la réouverture des débats s'il devait estimer insuffisante la preuve rapportée jusqu'alors).

La demande de réserver à statuer sur la demande n'est pas, elle-même, un chef de demande de sorte que le refus de la surséance sollicitée ne doit pas être, comme tel, motivé.

Les motifs doivent permettre de discerner la raison pour laquelle le juge a décidé comme il l'a fait. Pour qu'un motif soit suffisant, il faut

1. qu'il soit clair, c'est-à-dire que la pensée du juge se dégage nettement,
2. qu'il soit « pertinent », c'est-à-dire en rapport avec le dispositif. Une motivation sans rapport avec la décision prise est inutile.

L'article 149 de la Constitution est une règle de forme. Il impose que la décision soit motivée. Il ne dit pas que les motifs doivent être « bons ». Si un

jugement ou un arrêt est motivé mais que les motifs sont illégaux, le demandeur en cassation qui se borne à invoquer une violation de l'article 149 de la Constitution n'obtiendra pas, sur cette seule base, l'annulation de la décision qu'il attaque.

Il ne faut pas confondre deux niveaux de contrôle :

1. Y a-t-il des motifs ? Dans l'affirmative, la Cour jugera que la décision est « régulièrement motivée » (contrôle externe).
2. Ces motifs sont-ils légaux ? Dans l'affirmative la Cour jugera que la décision est « légalement justifiée » (contrôle interne).

Règle purement formelle, l'obligation de motiver est méconnue lorsque

- il n'y a pas de motif,
- il y a des motifs mais ils se contredisent,
- il y a des motifs mais ils sont ambigus,
- il n'y a pas de réponse aux conclusions.

1. Le défaut de motif

L'absence totale de motif appartient aux cas d'école. Serait entachée d'une telle omission l'ordonnance de la chambre du conseil qui, par exemple, renverrait un inculpé devant le tribunal correctionnel sans constater l'existence de charges suffisantes.

Il peut arriver que certains motifs essentiels fassent défaut, au point de violer l'article 149 de la Constitution. C'est le cas, en matière répressive, lorsque la décision de condamnation omet d'indiquer les dispositions légales qui déterminent les éléments constitutifs de l'infraction mise à charge du prévenu et celles qui édictent une peine (article 195, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle).

Ainsi, la Cour casse :

- la décision condamnant le prévenu du chef de coups ou blessures volontaires avec incapacité permanente de travail, en visant les articles 398 et 400 du Code pénal mais en omettant de viser l'article 392, qui définit l'élément moral de l'infraction (Cass., 18 juin 2003, RG n° P.03.0269.F) ;
- la décision qui condamne le prévenu du chef de vol à l'aide de violences ou de menaces avec plusieurs circonstances aggravantes, et qui vise les

articles 468, 471 et 472 du Code pénal, mais omet l'article 461 (Cass., 27 janvier 1999, RG n° P.98.1083.F) ;

- la décision qui condamne l'acquéreur d'un bois pour avoir déboisé une parcelle sans autorisation préalable et pour avoir maintenu ladite parcelle déboisée en cet état, sans viser l'article 66 du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine (Cass., 19 mai 1999, Bull., n° 292).

En revanche, la Cour refuse de casser l'arrêt qui, condamnant un prévenu du chef de viol, prononce l'interdiction pendant cinq ans des droits énumérés à l'article 31 du Code pénal en omettant uniquement de viser l'article 33 dudit code, relatif à la durée de cette peine accessoire (Cass., 8 avril 1998, Bull., n° 195).

La mention des articles 66 et 67 du Code pénal n'est pas non plus considérée comme légalement requise (Cass., 9 février 2005, RG n° P.04.1387.F ; Cass., 14 janvier 1997, Bull., n° 29 ; Cass., 13 décembre 1978, Pas., 1979, p. 437).

En vertu de l'article 422 du Code d'instruction criminelle, lorsque la peine prononcée est la même que celle portée par la loi, nul ne peut demander l'annulation de l'arrêt ou du jugement sous le prétexte qu'il y aurait erreur dans la citation du texte de la loi (Cass., 3 mai 2000, Bull., n° 268).

La motivation sera dès lors considérée comme valable si l'on trouve, parmi les dispositions légales appliquées, celles qui contiennent les éléments de l'infraction ainsi qu'une disposition, fût-elle inexacte, qui correspond à la peine infligée (Cass., 15 novembre 2006, RG n° P.06.0025.F ; Cass., 8 novembre 2006, RG n° P.06.0817.F ; Cass., 14 janvier 1957, Pas., p. 531).

Si la loi a changé entre la date de l'infraction et celle de son jugement, la juridiction doit viser tant les articles anciens que nouveaux, dès lors qu'une condamnation suppose que les faits punissables sous l'empire de la loi en vigueur à l'époque où ils furent commis soient toujours punissables sous le régime applicable au temps du jugement (Cass., 26 janvier 1988, Pas., n° 319).

Par ailleurs, lorsqu'il statue uniquement sur les intérêts civils et qu'il n'est saisi d'aucune contestation concernant la disposition légale érigeant en infraction le fait sur lequel l'action civile prend appui, le juge pénal n'est pas tenu d'indiquer cette disposition légale (Cass., 11 juin 2003, RG n° P.03.0385.F ; Cass., 9 octobre 1991, Bull., 1992, n° 75).

Le juge pénal doit constater l'existence des éléments constitutifs de l'infraction. Pour remplir cette obligation, il a longtemps été enseigné qu'il suffisait de dire les faits établis tels que qualifiés ; cela n'était suffisant, bien sûr, que dans la mesure où cette qualification était correcte, et pour autant que le prévenu n'ait pas conclu, auquel cas l'obligation de motivation s'alourdissait en fonction des moyens invoqués.

Sous l'influence de la jurisprudence européenne, la Cour décide dorénavant que le droit à un procès équitable implique une motivation *concrète* de la décision, même s'il n'y a pas eu de conclusions (Cass., 8 juin 2011, J.T., 2011, p. 490, avec les conclusions de M. l'avocat général Vandermeersch, et note).

L'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique que la décision rendue sur l'action publique, qu'elle ait été prise par des jurés ou par des juges professionnels, mette en avant les considérations ayant convaincu le juge de la culpabilité ou de l'innocence du prévenu et qu'elle indique au moins les principales raisons pour lesquelles la prévention a été déclarée établie ou non.

On le voit, cette motivation autre que purement formelle est exigée tant pour un acquittement que pour une condamnation. Le droit au procès équitable n'est pas garanti uniquement à la personne poursuivie mais à toutes les parties. Parce qu'il y va d'une formulation abstraite applicable à toutes les causes, la seule référence au *doute* ou à l'absence de doute n'est plus considérée comme un motif suffisant pour justifier l'acquittement ou la condamnation (Cass., 20 septembre 2010, RG n° P.10.0705.F).

Cette évolution jurisprudentielle alourdit le travail du juge du fond et l'expose à un contrôle accru de la Cour de cassation. Ainsi, l'admission de la cause d'excuse déduite de la provocation prêtée à la victime d'un meurtre a-t-elle pu être cassée, parce que la motivation a révélé la prise en compte d'un critère purement subjectiviste, en l'espèce la sensibilité exacerbée du meurtrier, sans pondération entre la gravité de la violence provocatrice et celle de la réaction qui a suivi (Cass., 22 juin 2011, Pas., n° 420).

Cette évolution n'est pas non plus sans incidence sur le travail des magistrats siégeant dans les juridictions d'instruction. La Cour de cassation a longtemps affirmé que ces juridictions motivaient suffisamment leurs décisions de renvoi ou de non-lieu par la seule constatation que des charges suffisantes existent ou n'existent pas. Voilà une doctrine qui a du plomb dans l'aile. Le procès équitable impliquant désormais une motivation à tout le moins succincte même en l'absence de conclusions, et le non-lieu signifiant pour la partie civile

la fin de ses espérances, il est désormais requis de la chambre du conseil et de la chambre des mises en accusation, lorsqu'elles décident n'y avoir lieu à poursuivre, qu'elles expliquent au moins sommairement pourquoi, même si le plaignant n'a pas conclu (Cass., 12 septembre 2012, RG n° P.12.0544.F).

Le juge doit aussi préciser le lieu et la date de l'infraction. Ces informations ne sont pas des éléments substantiels de la poursuite mais ils peuvent avoir de l'importance pour apprécier la compétence, la prescription ou l'état de récidive éventuel. Une condamnation du chef d'infraction dont la date n'est pas ou est insuffisamment précisée sera cassée si l'imprécision empêche la Cour de vérifier la prescription de l'action publique (Cass., 22 novembre 1989, Pas., n° 186 ; Cass., 16 mars 1988, Pas., n° 444). En revanche, s'il n'a pas été saisi de conclusions sur ce point, le juge n'est pas tenu d'indiquer par quels actes d'instruction, la prescription a été interrompue (Cass., 26 juin 1990, Pas., n° 630) ou pour quelle raison elle a été suspendue (Cass., 25 janvier 1977, Pas., p. 559).

L'omission d'une disposition légale de procédure n'entraîne pas la cassation (Cass., 16 juin 2004, Pas., n° 332 ; Cass., 16 mai 2000, Pas., n° 296). Ainsi, s'il est impératif que les juges d'appel mentionnent, en cas d'aggravation de la peine, que la décision a été prise à l'unanimité (Cass., 16 avril 1985, Pas., n° 482), il n'est pas requis qu'en plus de cette mention, l'arrêt cite l'article 211*bis* du Code d'instruction criminelle.

La loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire prescrit, en son article 41, l'indication dans le jugement ou l'arrêt, des dispositions de la loi dont il a été fait application. Mais la nullité comminée par l'article 40 pour la violation des « règles qui précèdent » ne s'applique pas à la règle édictée par l'article 41 (Cass., 24 août 2004, Pas., n° 373 ; R.D.P., 2005, p. 205 et note).

L'absence de motif n'est pas sanctionnée lorsqu'elle concerne les condamnations accessoires qui ne sont que la conséquence juridique de la décision sur le fond du litige, telles les condamnations aux frais et dépens (Cass., 11 mai 1989, Bull., n° 518 ; il en va autrement en cas de conclusions des parties sur ce point), ou encore les mesures destinées à assurer l'exécution du jugement et la condamnation aux intérêts à partir du jour de la demande (Martine Regout, op. cit., p. 8, et les références citées).

Il n'y a pas non plus d'obligation de motiver les dispositions que le juge prend en vertu de son pouvoir d'administration ou de son pouvoir discrétionnaire (Cass., 25 janvier 1991, Bull., n° 279 : la requête d'une partie litigante tendant à la jonction de diverses causes du chef de leur connexité, au

sens de l'article 30 du Code judiciaire, ne constitue pas une demande, défense ou exception à propos de laquelle le juge est tenu de motiver plus amplement sa décision).

Equivaut à une absence de motifs la motivation par voie de référence pure et simple à une décision rendue dans une autre instance, sans rappeler les motifs de cette autre décision (voir infra).

Le défaut de motif peut n'être qu'apparent. Une décision judiciaire doit être lue dans son ensemble. Les raisons de la décision s'éclairent mutuellement et le dispositif doit s'analyser à la lumière de cet éclairage réciproque. Des considérations relatives à un point litigieux peuvent motiver régulièrement la décision sur un autre point litigieux.

2. Les motifs contradictoires

Donnent ouverture à cassation les contradictions entre les motifs, ou entre les motifs et le dispositif, ou entre les dispositifs d'une même décision (article 1138, 4°, du Code judiciaire).

En voici quelques exemples :

- L'arrêt condamne le prévenu à une peine unique du chef de recel de deux armes de défense, prévention dont il identifie les victimes, et du chef de détention illégale desdites armes ; les juges d'appel en prononcent ensuite la confiscation spéciale en relevant qu'elles appartiennent au prévenu. Cette décision est contradictoire : un receleur ne peut pas être le propriétaire légitime des objets recelés. La cassation est totale (Cass., 9 février 2000, Bull., n° 103).
- L'arrêt condamne le prévenu du chef de coups volontaires avec incapacité permanente de travail personnel et, au civil, désigne un expert avec pour mission, notamment, de dire si les blessures ont causé une incapacité permanente (Cass., 12 novembre 1997, Bull., n° 469).
- Le tribunal correctionnel déclare les préventions établies à charge du prévenu mais inflige les peines qui y sont attachées à la partie civile (Cass., 23 janvier 2004, RG n° P.04.0426.F, Martinet Dominique & Yvon).
- Les juges déclarent que le taux de l'amende doit être augmenté en raison de la gravité de la faute commise. Mais sur l'action civile, l'arrêt énonce que le prévenu n'a commis qu'une faute légère occasionnelle lui

permettant de bénéficier de l'immunité accordée aux travailleurs par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail (Cass., 30 avril 1997, Pas., n° 208).

- Les juges infligent des peines distinctes après avoir retenu l'unité d'intention et déclaré ne vouloir prononcer, pour cette raison, qu'une seule peine (Cass., 11 mai 1999, Pas., n° 275).
- Dans son dispositif, l'arrêt confirme le premier jugement qui a dit toutes les préventions établies. Dans les motifs, il est affirmé que certaines ne le sont pas (Cass., 12 février 1986, Pas., n° 378). C'est souvent la juxtaposition de motifs propres et de motifs adoptés, qui crée la contradiction. Pour éviter ce péril, certains magistrats d'appel utilisent la formule « *par ces motifs et ceux, non contraires, du premier juge* ».

Une éventuelle contradiction entre un motif du jugement et un élément du dossier, ou entre deux arrêts interlocutoires rendus successivement dans la même cause, ne donne pas ouverture à cassation sur la base de l'article 149 de la Constitution (Cass., 22 janvier 2003, RG n° P.02.1391.F ; Cass., 16 juin 2004, RG n° P.04.0281.F).

3. *Les motifs ambigus*

Est ambigu le motif susceptible de deux interprétations : dans l'une, le jugement est légal, dans l'autre, il ne l'est pas (Cass., 12 juillet 2001, RG n° C.99.0506.F).

Une cour d'assises condamne un accusé à la réclusion à perpétuité du chef de l'assassinat de son épouse. L'arrêt énonce que, certes, l'accusé a fait preuve d'un commencement d'amendement, il n'a pas d'antécédent judiciaire, il est issu d'un milieu défavorisé qui ne lui a pas permis d'intégrer les valeurs du mariage ; toutefois, dit l'arrêt, ces circonstances ne peuvent faire obstacle à l'application de la peine de réclusion à perpétuité.

Deux interprétations sont possibles : ou bien les juges décident que les circonstances qu'ils énumèrent ne sont pas des circonstances atténuantes, et en ce cas, l'arrêt est légal ; ou bien ils décident que ce sont des circonstances atténuantes mais que l'existence de celles-ci n'interdit pas à la cour d'assises d'infliger la réclusion à perpétuité, et en ce cas l'arrêt est illégal.

La Cour casse, dès lors, en raison de l'ambiguïté de la motivation (Cass., 14 mars 2001, Pas., n° 131).

Qu'en est-il du contrôle de la Cour sur la « logique » du raisonnement soumis à sa censure ?

La logique est l'acte de bien penser, de bien conduire sa raison dans la connaissance des choses. La Cour peut-elle censurer les opérations de l'intelligence, la manière dont les idées s'enchaînent, découlent les unes des autres ? Selon certains auteurs, la cohérence du raisonnement judiciaire devrait être élevée au rang de principe général du droit et être susceptible de faire comme telle l'objet d'un contrôle conceptuel de la Cour de cassation.

La circonstance qu'un motif serait peu « logique » ne constitue pas une violation de l'article 149 de la Constitution (Cass., 18 décembre 1972, Pas., 1973, p. 384).

Ou bien le juge déduit en droit une affirmation qui ne peut se déduire des faits constatés et il viole alors non pas l'article 149 mais la disposition légale mal ou faussement appliquée. Ou bien il tire des éléments de fait qu'il constate, une conséquence qui, en fait, ne s'en déduit pas, et il viole alors l'article 1353 du Code civil et la notion légale de présomption de l'homme.

4. La réponse aux conclusions

Le juge doit répondre aux conclusions des parties. Cette obligation n'est cependant pas absolue :

- il ne doit pas répondre à ce qui ne constitue pas des conclusions ni à certaines conclusions déposées tardivement (limites formelles à l'obligation de répondre) ;
- il ne doit pas nécessairement répondre à tout ce qui est allégué dans les conclusions (limites matérielles).

a. Limites formelles à l'obligation de répondre

Selon la définition traditionnelle, doivent être considérés comme des conclusions, les écrits signés par une partie ou son conseil, soumis au juge au cours des débats à l'audience²², visés par lui, et dans lesquels cette partie invoque des moyens à l'appui de sa demande ou de sa défense (note F.D., sous Cass., 7 décembre 1972, Bull., n° 1973, p. 328).

²² Ou au greffe en cas d'application de l'article 152, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle.

Cette définition des conclusions vaut au pénal comme au civil, avec la précision toutefois qu'en matière civile, les conclusions peuvent être adressées ou déposées au greffe, conformément à l'article 742 du Code judiciaire, ce qui n'était pas possible, autrefois, devant les juridictions répressives (Cass., 6 décembre 1988, Bull., 1989, n° 200). Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 février 2016, les parties peuvent demander à l'audience d'introduction de fixer des délais pour conclure : *en pareil cas*, le juge fixe les délais dans lesquels les conclusions doivent être déposées *au greffe* (art. 152, § 1^{er}, alinéas 1 et 2, du Code d'instruction criminelle).

En matière répressive, l'écrit – même intitulé « note » - qui, suivant les mentions du procès-verbal de l'audience a été soumis au juge par une partie ou son conseil au cours des débats, qui est visé et signé par le greffier, et qui invoque un moyen à l'appui d'une demande, d'une défense ou d'une exception, constitue un écrit de conclusions, même s'il n'est pas signé par la partie ou son conseil (Cass., 12 mars 1986, R.D.P., 1986, p. 626, et note J. Sace ; Cass., 20 décembre 1983, Bull., n° 215).

Le juge ne doit pas répondre, en revanche,

- à une note d'audience non signée, déposée au cours des débats et contenant une simple affirmation,
- à l'écrit émanant d'une partie ou de son conseil, qui ne lui a pas été soumis au cours des débats à l'audience pénale mais lui a été envoyé par courrier postal (Cass., 29 mars 2000, Bull., n° 211),
- aux réquisitions écrites du ministère public, car il ne s'agit pas d'un écrit de conclusions (Cass., 11 octobre 2000, Bull., n° 540),
- à des moyens soulevés dans l'acte d'opposition (Cass., 16 juin 1999, Bull., n° 363), ou, en matière civile, dans l'acte d'appel lorsque l'appelant ne comparaît pas (Cass., 7 décembre 1972, Bull., p. 328),
- à des pièces déposées à l'audience et dont le contenu ne figure pas dans des conclusions (Cass., 16 janvier 1990, Pas., p. 581),
- à des conclusions qui n'ont pas été communiquées, avant l'expiration des délais fixés par le juge, soit au ministère public alors qu'elles ont trait à l'action publique, soit aux autres parties concernées (art. 152, § 1^{er}, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle).

Le justiciable peut-il se plaindre d'un défaut de réponse aux conclusions de son adversaire ? Oui, lorsque la solution de la contestation intéresse le litige existant entre eux (Cass., 24 octobre 1990, Pas., 1991, n° 103).

Le juge pénal doit répondre à des conclusions verbales lorsque le prévenu a demandé au tribunal de lui en donner acte (note L.C. sous Cass., 8 juin 1938,

Pas., p. 203). Toutefois, lorsque, de sa propre initiative, le greffier rapporte les termes d'une plaidoirie dans un procès-verbal de l'audience, la juridiction n'est pas saisie de conclusions auxquelles elle doit répondre.

Lorsque les débats ont été repris *ab initio* après changement de siège, cette reprise intégrale implique que les conclusions déposées devant le siège précédent sont présumées avoir été reprises par la partie présente, à moins qu'elle y ait renoncé (Cass., 7 février 2012, Pas., n° 91). Cette solution s'impose d'autant plus à la suite de l'introduction du nouvel article 152 du Code d'instruction criminelle qui prévoit la fixation, par le juge, de délais pour le dépôt des conclusions au greffe. Il serait contraire à l'économie de cette disposition d'imposer, en cas de changement de siège, un nouveau calendrier.

Le juge d'appel ne doit pas répondre à des conclusions prises devant le premier juge et non reprises devant lui ; un renvoi pur et simple, par le concluant, aux écrits de procédure pris devant le premier juge ne suffit pas (Cass., 27 mai 1992, Pas., n° 506). Quand bien même les conclusions ont été formellement reprises devant lui, le juge d'appel ne doit plus répondre à une défense qui s'y trouve et à laquelle le premier juge a déjà répondu, lorsqu'aucun grief n'est allégué en degré d'appel contre ladite réponse (Cass., 18 février 2003, Pas., n° 112).

Le juge statuant sur opposition ne doit pas non plus répondre aux conclusions déposées au cours de l'instance jugée par défaut, sauf si le concluant les reprend devant lui (Cass., 24 janvier 2001, Pas., n° 46).

Indépendamment des sanctions spécifiques prévues par les articles 747, § 2, 748, § 1^{er}, et 751 du Code judiciaire, le juge peut écarter des débats, sur la base de la théorie de l'abus de droit, des conclusions tardives qui empêchent la bonne administration de la justice, lèsent fautivement les droits de l'autre partie, portent atteinte au droit à un procès équitable (Georges de Leval, *Eléments de procédure civile*, Liège, 2003, pp. 142-143 et 169 ; en matière pénale, voyez Cass., 6 octobre 1993, Pas., n° 396 ; Cass., 16 juin 2004, RG n° P.04.0623.F).

Il convient d'ajouter que ni l'article 780 du Code judiciaire ni aucune autre disposition n'impose qu'une décision pénale fasse mention du dépôt de conclusions (Cass., 20 février 2002, RG n° P.01.1517.F ; Cass., 23 mai 1977, Pas., p. 969).

Par contre, si les écrits de la procédure établissent que des conclusions ont été déposées, mais que celles-ci ne figurent pas au dossier, il y aura cassation car la Cour, en pareil cas, n'est pas en mesure de vérifier s'il y a été répondu (Cass., 16 octobre 2002, RG n° P.02.0922.F ; Cass., 19 octobre 1992, Pas., n° 672).

b. Limites matérielles à l'obligation de répondre

Quels sont, dans des conclusions régulièrement déposées, les éléments auxquels le juge du fond doit une réponse ?

Il faut répondre à tout ce qui constitue un moyen. Répondre, c'est communiquer son opinion à celui qui la sollicite, en lui faisant connaître pourquoi ce qu'il dit doit emporter l'adhésion ou ne le peut pas. Une formule interchangeable, applicable à tout litige du même genre, n'est pas une réponse et peut, comme telle, être censurée, ce qui est arrivé dans le cas suivant.

Des conclusions avaient été déposées pour un motocycliste impliqué dans un accident. Il soutenait que l'entière responsabilité du sinistre incombait au conducteur d'une voiture qui lui avait coupé la route en effectuant un demi-tour sur la chaussée. Confirmant la décision du premier juge, le tribunal d'appel mit toute la responsabilité à charge du motocycliste, sur la base de considérations pouvant s'appliquer à tout accident de la circulation. Cette décision a été cassée (Cass., 18 février 1981, Pas., p. 680). Ce qui est sanctionné ici, c'est le simulacre consistant à reproduire le dispositif sous une autre forme, au lieu de motiver la décision. Le seul visa des documents de la cause, la seule référence aux débats, sans aucune analyse, le seul exposé de la prétention d'une partie sans fournir aucune motivation propre, ne satisfait pas à l'obligation prescrite par l'article 149 de la Constitution. La règle fondamentale est, en effet, qu'une décision de justice doit se suffire à elle-même, c'est-à-dire rendre directement accessible à celui qui la découvre, les éléments qui la fondent rationnellement.

Il suffit de se remémorer l'origine de l'obligation inscrite à l'article 149 : le Roi Louis XVI, monarque réformateur s'il en fut, a voulu mettre fin à ces arrêts des cours du parlement qui condamnaient les gens au supplice de la roue en ne motivant la sentence que par la formule « *pour les cas résultant du procès* », ou encore « *considérant ce qu'il faut considérer* ».

Le juge n'est tenu de répondre qu'aux véritables moyens. Il n'est donc pas tenu de rencontrer un argument ou une allégation (Cass., 7 septembre 2004, P.03.0986.N) ou une hypothèse (Cass., 29 avril 1963, Pas., p. 908).

Qu'est-ce qu'un moyen justifiant réponse ? C'est l'énonciation, par une partie, d'un fait, d'un acte ou d'un texte d'où, par un raisonnement juridique, cette partie prétend déduire le bien-fondé d'une demande, d'une défense ou d'une exception. Il y a donc trois éléments distincts, dont la présence est cumulativement exigée (j'emprunte les développements qui suivent à Jacques Boré, *La cassation en matière civile*, Sirey, 1980, p. 654, n° 2185 et suivants).

Premier élément : un fait ou un acte offert en preuve. Tout raisonnement juridique doit être fondé sur un fait ou sur un acte de la cause. Ce fait ou cet acte ne doit pas être invoqué de façon vague ou imprécise mais se justifier par des éléments de preuve appropriés. A défaut, il ne s'agit que de simples allégations. Le juge ne doit donc pas répondre à l'affirmation d'une partie, assignée en contrefaçon d'un brevet d'invention, qui se prévaut d'une antériorité sans verser aux débats le texte du brevet antérieur, ni à l'allégation d'une partie, qui invoque l'existence d'un usage professionnel dont elle promet seulement de rapporter la preuve, ni à des conclusions critiquant une expertise sans préciser en quoi les experts se seraient écartés de leur mission.

Une pure contestation de culpabilité ne doit pas faire l'objet d'une réponse autre que l'affirmation du contraire.

Le juge ne doit pas non plus répondre à des conclusions émises sous la forme de simples suppositions. Sont qualifiées telles les conclusions qui

- soutiennent que la mesure de déchéance de l'autorité parentale relative à l'enfant est détournée de sa finalité et est utilisée comme antichambre commode d'un projet d'adoption (Cass., 19 avril 1989, Bull., n° 471) ;
- reprochent à une disposition légale d'être discriminatoire en tant qu'elle fixe la même peine pour tous les contrevenants alors que, selon le concluant, certains sont plus dangereux que d'autres (Cass., 25 février 2004, Pas., n° 104) ;
- allèguent que la pathologie endurée par la victime laisse à penser que sa durée de vie risque d'être réduite par rapport aux normes habituelles même s'il est difficile de prévoir dans quelle mesure (Cass., 20 février 2002, Pas., n° 122) ;
- font valoir, pour un inculpé détenu préventivement, qu'en raison des devoirs complémentaires réclamés, il est à prévoir que la juridiction de jugement ne pourra rendre sa décision à court terme, en manière telle que la prolongation de la détention risque de violer l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Cass., 25 juillet 1990, Bull., n° 643).

De manière générale, le juge ne doit pas répondre à des considérations n'ayant aucun rapport avec ce qui est demandé dans le dispositif des conclusions, ou à des conclusions imprécises, ou à des conclusions qui, par leur incohérence intrinsèque, sont dépourvues de sens, ou à des conclusions contradictoires, ou à des affirmations qui, en raison de leur caractère général, ne sont pas susceptibles d'être réfutées (R. Declercq, *Procédure pénale*, R.P.D.B., compl., T. IX, Bruxelles, 2004, p. 665, n° 1500, et les références citées).

Deuxième élément : une déduction juridique. Sur le fait qu'elle invoque, la partie doit articuler un raisonnement juridique permettant de connaître la portée qu'elle entend lui attribuer. L'énonciation d'un fait qui n'est suivie d'aucune déduction juridique ne constitue qu'un argument ; les juges du fond ne sont pas tenus de suivre les parties dans le détail de leur argumentation (Cass., 8 décembre 1994, Pas., n° 542).

Dans un arrêt du 9 décembre 1994, la Cour européenne des droits de l'homme énonce que l'article 6.1 de la Convention oblige les tribunaux à motiver leurs décisions mais qu'il ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument (Cour eur.D.H., 9 décembre 1994, Ruiz Torija c/Espagne, A.303-A, § 29 de l'arrêt). La Cour de justice de l'Union européenne utilise également la distinction entre moyen et argument pour baliser l'étendue de l'obligation de réponse (C.J.C.E., 25 octobre 2007, affaire C-167/06 P, Komninou c/ Commission, pp. 11 et 12, §§ 22 et suivants).

Un prévenu est condamné à rembourser la partie civile à concurrence de la valeur des bijoux qu'il lui a dérobés. Il fait grief aux juges du fond de l'avoir condamné sans que la valeur des bagues volées ait été prouvée. Le juge répond que la victime établit cette valeur par les pièces qu'elle dépose. Cette réponse suffit. Les conclusions affirmant qu'il n'est pas habituel de porter des bijoux d'une telle valeur, ou relevant qu'au cours de l'enquête, la victime a varié dans ses déclarations relatives à la valeur des objets volés, ne soulèvent à cet égard que des arguments et non des moyens distincts (Cass., 16 novembre 2005, P.05.1020.F).

Troisième élément : un raisonnement de nature à influencer sur la solution du litige. Certes, le juge ne peut pas se dispenser de répondre à un moyen sous prétexte qu'il n'est pas performant ; il est tenu de s'expliquer sur les moyens qui lui sont proposés, quel qu'en soit le mérite. En revanche, il ne doit pas répondre à un moyen étranger à la contestation dont il est saisi ou à l'énonciation d'un fait indifférent à la solution du litige.

Le prévenu est poursuivi du chef de cel frauduleux de plusieurs bons de capitalisation. Il invoque l'irrecevabilité de la constitution de partie civile au motif que le plaignant n'a pas respecté le délai prévu par la loi pour introduire une demande en revendication des titres qu'il avait frappés d'opposition. Le juge n'a pas à répondre à cette défense qui ne concerne pas les conditions de recevabilité de l'action civile devant la juridiction répressive.

Une application de ce principe peut encore être trouvée dans le cas suivant. Devant la cour d'appel, le prévenu, qui entreprend un jugement de condamnation prononcé à sa charge, dépose des conclusions soutenant que les faits de la prévention étaient déjà prescrits avant même que l'action publique ne soit mise en mouvement. Or, il apparaît de la procédure que cette exception, le prévenu l'a déjà soulevée devant le tribunal correctionnel, lequel l'a écartée par un jugement avant dire droit dont aucune des parties n'a relevé appel. A peine de méconnaître l'effet dévolutif de l'appel dont ils sont saisis, les juges d'appel ne peuvent statuer à nouveau sur ladite exception et n'ont dès lors pas à répondre aux conclusions qui l'invoquent (Cass., 14 septembre 2005, P.05.0433.F). C'est bien l'effet dévolutif de l'appel qui justifie une telle solution et non l'autorité de la chose jugée : en matière répressive, une telle autorité n'est en principe pas reconnue à l'égard d'un jugement avant dire droit (Cass., 12 avril 2000, Bull., n° 249).

Le moyen peut être inopérant dès l'origine ; il arrive aussi qu'il le devienne par l'effet de la décision du juge. Ainsi, on ne peut pas faire grief au juge de rester muet sur le lien de causalité entre le fait et le dommage, invoqué par la victime, s'il décide qu'aucune faute ne doit être retenue dans le chef de la personne poursuivie.

De même, il est admis que le juge ne doit pas répondre à une fin de non-recevoir opposée par une partie alors qu'il donne satisfaction à celle-ci en statuant au fond. Comme l'écrit Martine Regout (op. cit., p. 10), cette dernière règle est particulièrement utile à connaître dans la mesure où la réponse aux fins de non-recevoir est parfois bien plus délicate que l'examen du fond de la demande. On retrouve le même pragmatisme dans la technique de cassation : la Cour n'écarte la fin de non-recevoir opposée au moyen que lorsqu'elle est amenée à se servir de celui-ci pour casser la décision attaquée.

Qu'en est-il de la motivation par référence ?

La méthode des références n'est pas prohibée en soi, mais uniquement en tant qu'elle est constitutive d'un défaut de motif et d'une atteinte au principe qu'une décision de justice doit se suffire à elle-même (conclusions de M. le premier avocat général Leclercq, précédant Cass., 8 octobre 2001, Pas., n° 532, spécialement n° 2, p. 1596). Le juge du fond peut donc parfaitement citer une jurisprudence ou une décision antérieure s'il en rappelle les motifs et constate en fait l'analogie des situations qui en justifie l'application à l'espèce (Jacques et Louis Boré, « *La cassation en matière civile* », 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2003, p. 373, n° 77.66).

Il est permis au juge de motiver sa décision en se référant à un acte précis de la procédure, qui est connu de toutes les parties et a été discuté par elles. Il peut donc adopter les motifs de l'assignation qu'il vise (Jacques et Louis Boré, op. cit., n° 77.245), se référer aux conclusions d'un expert judiciaire désigné en la cause (Martine Regout, op. cit., p. 10) ou même motiver sa décision par référence aux conclusions des parties, à condition d'indiquer avec précision le moyen auquel, selon lui, ces conclusions répondent (Martine Regout, op. cit., p. 11).

N'est pas régulièrement motivé l'arrêt qui se borne à s'approprier les motifs d'un arrêt rendu dans une autre cause, fût-ce entre les mêmes parties (Cass., ch. réunies, 24 juin 2004, RG n° C.02.0361.F, Communauté française de Belgique c/ Druetz Anne).

Est nul le jugement fondé sur une disposition d'un document libellé dans une langue autre que celle de la procédure, qu'il cite dans ladite langue, sans traduction ni reproduction de sa teneur dans la langue de la procédure (Cass., 2 avril 2003, Pas., n° 220).

5. *De quelques motivations spéciales*

Le législateur alourdit l'obligation de motivation en la prévoyant spécialement pour certaines décisions, telles que celles relatives au choix de la peine (art. 195, al. 2, et 211, C.I. cr.)²³, à la déchéance du droit de conduire (art. 163, al. 2, C.I. cr.), à la suspension du prononcé de la condamnation et au sursis à l'exécution de la peine (art. 3, al. 4 *in fine*, et 8, § 1^{er}, al. 1^{er} *in fine*, L. 29 juin 1964) au refus de la peine de travail (art. 37^{ter}, § 3, al. 2, C. pén.) ou à la mise à la disposition du gouvernement (art. 24 de la loi de défense sociale du 9 avril 1930).

Il est admis qu'en insérant ces obligations particulières dans la loi pénale, le législateur a dérogé au principe de l'indivisibilité traditionnelle entre la déclaration de culpabilité et la détermination de la peine. Par conséquent, lorsqu'une illégalité entache la justification formelle de la sanction infligée, cette illégalité n'entraînera que l'annulation de la peine, sans extension à la décision sur la culpabilité ni, *a fortiori*, à celle rendue sur l'action civile²⁴.

22 L'obligation de motivation spéciale que l'art. 195 impose au juge n'est pas applicable lorsque le tribunal statue en degré d'appel, sauf le cas où le jugement prononce une déchéance du droit de conduire (*cf.* le dernier al. de la disposition précitée).

23 Cass. (aud. plén.), 8 févr. 2000, *Bull.*, n° 98, note 1 ; Cass. fr., 26 oct. et 7 déc. 1995, *Bull. crim.*, n°s 324 et 374, pp. 908 et 1095 ; pour un inventaire des cas d'application de cette règle, voy. *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique 2003-II*, Bruxelles, éd. du Moniteur belge, 2004, pp. 73-83.

a) *La mesure de la peine*

La Cour de cassation sanctionne surtout l'absence de motif. Ne pouvant connaître du fond de l'affaire, elle ne peut censurer tout abus du pouvoir d'apprécier la peine. Elle ne peut, par exemple, aller jusqu'à considérer qu'il y a violation de la loi pénale parce que la peine, quoique légale, est manifestement disproportionnée par rapport à la gravité de l'infraction (Cass., 10 juin 1998, Bull., n° 296).

On sait que l'obligation du juge est double. Il lui appartient d'expliquer le choix de la peine ou de la mesure d'une manière qui peut être succincte pourvu que la précision y soit. Mais il doit aussi justifier le taux de la sanction infligée au délinquant. Il va sans dire que cette double exigence s'ajoute, sans la supprimer, à la nécessité d'indiquer les dispositions légales érigeant le fait en infraction et établissant pour celui-ci une peine. D'autre part, on l'a vu, le juge doit former son appréciation sur la peine en même temps qu'il se détermine quant à la culpabilité.

L'obligation spéciale de motiver, prévue par l'article 195 du Code d'instruction criminelle, ne concerne que les peines que le juge choisit de prononcer, et non celles qu'il s'abstient d'infliger (Cass., 18 mars 1998, Bull., n° 154). Par ailleurs, cette obligation n'est imposée aux juridictions que dans la mesure où elles choisissent d'appliquer une sanction qu'elles n'étaient pas tenues de prononcer : il n'y a donc pas lieu de motiver spécialement la déchéance des droits prévue à titre de peine obligatoire dans les cas visés par l'article 378 du Code pénal, ni la confiscation spéciale quand la loi la rend obligatoire, ni l'amende que le juge ne peut pas ne pas infliger (art. 214, C. pén., p. ex.). De même, si l'emprisonnement est obligatoire, le juge ne doit pas motiver le « choix » de cette peine, puisque ce choix précisément n'existe pas (Cass., 2 mars 1988, J.L.M.B., p. 365).

Enfin, si le juge opte pour la solution la plus favorable au délinquant, l'obligation de motiver disparaît également. C'est le cas, par exemple, si le tribunal décide de ne condamner qu'à une amende pour une infraction punie d'une peine d'emprisonnement et/ou d'amende : il ne devra pas préciser les raisons du choix de cette peine (Cass., 6 novembre 1990, Pas., 1991, p. 248 ; R.W., 1990-1991, p. 1200 et note M. De Swaef). C'est encore le cas si le juge s'arrête au minimum légal de la peine : il ne devra pas en justifier le taux (Cass., 13 juin 1989, Pas., p.1104). On voit transparaître ici comme un écho de la volonté du législateur : retenir le désir de punir.

À l'inverse, il n'est pas satisfait à l'obligation de motiver la peine si le juge répressif n'indique pas les raisons pour lesquelles il prononce à la fois

l'emprisonnement et l'amende, alors que la loi lui laisse la possibilité de n'infliger qu'une seule de ces peines (Cass., 27 mai 1992, Pas., n° 505 ; R.W., 1992-1993, p. 537 et note S. Van Overbeke ; J.L.M.B., 1993, p. 2 ; Cass., 18 septembre 1991, Pas., 1992, n° 34).

Comment motiver la peine ?

Une formulation stéréotypée ne suffit pas. Se contenter d'affirmer que la peine « *sanctionne adéquatement le comportement culpeux du prévenu* » équivaut à une absence de motif (Cass., 22 janvier 1992, Pas., n° 264 ; Cass., 14 décembre 1988, Pas., 1989, p. 418 ; J.L.M.B., 1989, p. 290 et note P.H.).

Une contradiction dans les motifs équivaut également à une absence de motif, et la contradiction est manifeste lorsque le juge d'appel rejette une demande de suspension du prononcé de la condamnation en ayant égard au caractère gratuit de la violence exercée par le prévenu, après avoir néanmoins admis l'excuse de provocation pour justifier un partage de responsabilité (Cass., 3 décembre 1997, RG n° P.97.0755.F).

Enfin, le juge qui se borne à énumérer les éléments constitutifs de l'infraction ne motive pas non plus la peine qu'il y attache (Cass., 2 mars 1988 [4 arrêts], Pas., pp. 788, 790, 791 et 792).

Une seule et même motivation, pourvu qu'elle soit individualisée, peut justifier à la fois le choix de la sanction et le taux de la peine (Cass., 21 février 1989, Pas., p. 627). Par exemple, le juge peut parfaitement avoir égard à la gravité des faits (Cass., 1^{er} mars 1989, Bull., p. 671 ; Cass., 2 mars 1988, Bull., n° 405), pour autant que ce ne soit pas d'une manière générale ou abstraite (Cass., 27 juin 1990, Pas., p. 1239, J.L.M.B., p. 1375 et obs. M. Nève).

Les antécédents judiciaires du prévenu²⁵ peuvent également être pris en considération, à condition bien sûr d'écarter les condamnations antérieures qui ont été effacées en vertu de l'article 619 du Code d'instruction criminelle (Cass., 23 juin 1999, Bull., n° 387 ; Cass., 31 mars 1992, Bull., p. 697). Par contre, rien n'empêche de tenir compte, au niveau de la motivation des peines, d'une condamnation antérieure dont il est constaté qu'elle n'était pas encore passée en force de chose jugée au moment où fut commise l'infraction (Cass., 6 septembre 2000, RG n° P.00.0515.F ; Cass., 21 juin 1994, Pas., n° 322) ou même d'une condamnation intervenue après les faits (Cass., 8 octobre 1991, Pas., 1992, p.

24 Si le jugement prête, à tort, des antécédents à un prévenu dont le casier judiciaire est vierge, la cassation pourra être encourue sur la base d'un moyen pris de la violation de la foi due aux actes (Cass., 27 oct. 1999, R.G. n° P. 0718.F, *Martinot André*).

105), ou encore des mesures dont le prévenu a fait l'objet de la part du tribunal de la jeunesse (Cass., 11 octobre 2000, Bull., n° 542).

D'autres critères sont fréquemment retenus par la jurisprudence : le coût social de l'infraction, le nombre de faits commis par pur goût de lucre et les moyens financiers du prévenu, le degré de probabilité de son amendement, la valeur de l'objet du délit, les conséquences de la faute, les intérêts de la santé publique, etc. Tous ces critères valent motivation à condition de se rattacher explicitement aux circonstances de fait de la cause et/ou à la personnalité du prévenu concerné.

L'obligation de motiver la peine ne va cependant pas jusqu'à contraindre le juge à expliquer pourquoi sa décision n'est pas différente : selon la formule consacrée, il ne doit pas donner les motifs de ses motifs.

La Cour de cassation se montre par ailleurs attentive à censurer les motivations portant atteinte aux droits de la défense. Pour déterminer le taux de la peine, le juge n'a pas à prendre en considération le cynisme de la défense du prévenu, le fait qu'il préfère salir sa victime plutôt que reconnaître ses actes, la circonstance qu'il continue à nier ses pulsions pédophiles, son absence manifeste de sincérité, ou encore son refus de payer une transaction proposée par le parquet. Le juge n'a pas non plus à présumer de l'avenir délictueux du condamné en disant qu'il y a lieu d'empêcher qu'à l'avenir, il puisse encore bénéficier du sursis. La défaillance du prévenu, le mépris pour la Justice dont témoigne sa décision de ne pas comparaître, ne sont pas davantage des motifs justifiant valablement l'aggravation de la peine. En revanche, son comportement durant l'enquête, notamment à l'égard des témoins et des victimes, peut être stigmatisé dans les considérants relatifs au taux de la répression (Cass., 19 mai 1999, Bull., n° 294).

b) *La suspension et le sursis*

La décision ordonnant ou refusant le sursis, la suspension et, le cas échéant, la probation, doit être motivée conformément aux dispositions de l'article 195 du Code d'instruction criminelle. Le juge n'est cependant tenu à aucune obligation de motivation particulière lorsqu'il n'accorde pas une suspension ou un sursis qui n'ont pas été demandés. La juridiction doit y avoir été invitée expressément et le contrôle de la Cour de cassation ne pourra s'exercer, à cet égard, que si la demande tendant à l'octroi de la mesure ressort des pièces auxquelles elle peut avoir égard, comme par exemple des conclusions, un procès-verbal d'audience ou la décision attaquée elle-même.

En prononçant une peine ferme à charge d'un prévenu, la juridiction de jugement exclut que celui-ci puisse bénéficier du sursis ou de la suspension. Lorsque la nature et le taux de la peine sont légalement motivés, on peut admettre que les motifs justifiant son infliction valent aussi pour expliquer le rejet de la mesure de faveur réclamée (Cass., 26 févr. 2002, *Pas.*, n° 133 et note ; *Rev. dr. pén.*, 2003, p. 890 et note).

c) *La peine de travail*

La règle générale des articles 195, alinéa 2, et 211 du Code d'instruction criminelle s'applique à la décision de prononcer une peine de travail. De plus, l'article 37^{ter}, § 3, alinéa 2, du Code pénal impose au juge de motiver son refus d'appliquer une telle peine nonobstant la demande qui lui en a été faite par le ministère public ou la défense. En principe, il ne peut suffire d'infliger une peine distincte, régulièrement motivée, pour justifier le refus de la peine de travail. Il faut davantage, mais ce peut être une formule générale, l'article 37^{ter} précité ne requérant pas une motivation « précise » (*La motivation du refus d'appliquer la peine de travail*, note anonyme sous Cass., 12 février 2003, R.D.P., p. 921).

d) *La mise à la disposition du tribunal de l'application des peines*

Il s'agit d'une peine complémentaire qui, aux termes de l'article 34^{bis} du Code pénal, peut ou doit être prononcée par les cours et tribunaux dans les cas prévus par la loi aux fins de protection de la société à l'égard de personnes ayant commis certains faits graves portant atteinte à l'intégrité des victimes.

L'article 34^{quinquies} du Code pénal stipule que dans le cas où la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines n'est pas légalement obligatoire, les procédures relatives aux infractions formant la base de la récidive sont jointes au dossier de la poursuite et les motifs de la décision y sont spécifiés.

Déjà requise sous l'empire de l'ancienne mise à disposition du gouvernement, cette formalité de la jonction et de la motivation spécifique a été considérée par la Cour comme étant substantielle. (Cass., 17 octobre 2007, RG n° P.07.1142.F et 10 octobre 2007, RG n° P.07.1146.F).

ANNEXES

CHECKLIST MEMOIRE EN CASSATION (art. 429 du Code d'instruction criminelle)		
1	Le mémoire est-il pourvu d'une signature accompagnée du nom, lisible, du signataire ? Le document est-il bien un original ?	
2	Le mémoire mentionne-t-il que le signataire a la qualité d'avocat et dispose, en outre, de l'attestation requise ?	
3	Le mémoire mentionne-t-il l'identité du demandeur, le nom des parties contre lesquelles le pourvoi est dirigé, leurs qualités, leurs conseils, la décision attaquée par le pourvoi, le numéro du rôle général ?	
4	Le mémoire est-il entièrement écrit dans la langue de la procédure ? (Si des extraits dans une autre langue y sont repris, est-ce avec une traduction libre ou un résumé du contenu ?)	
5	Le dépôt du mémoire s'est-il effectué dans le respect du délai de réflexion (deux mois) et du délai d'anticipation (15 jours francs) ?	
6	Le mémoire a-t-il été notifié par recommandé au défendeur ? (sauf le pourvoi du prévenu contre la décision rendue sur l'action publique exercée à sa charge : il n'a rien à signifier ou à notifier au parquet qui l'a poursuivi)	
7	Les pièces établissant la notification aux parties contre lesquelles le pourvoi a été dirigé, ont-elles été déposées au greffe de la Cour dans le délai imparti pour la remise du mémoire ?	

CHECKLIST MOYEN DE CASSATION		
1	Le moyen est-il dirigé contre un dispositif contenu dans la décision visée par le pourvoi ?	
2	Le moyen est-il rédigé en suivant la structure quadripartite en usage ? - Dispositions légales violées et principes généraux du droit méconnus - Décision attaquée (“en ce que”) - Griefs (“alors que”) - Développement	
3	Le moyen identifie-t-il l’illégalité reprochée à la décision attaquée ?	
3.1	Le moyen cite-t-il la disposition légale ou le principe général du droit pertinents, dont il accuse la violation ?	
3.2	La règle de droit invoquée est-elle effectivement applicable ?	
3.3	Le principe général du droit mis en avant est-il reconnu comme tel par la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle ou le Conseil d’Etat ?	
3.4.	Le moyen explique-t-il pourquoi et comment la décision attaquée contrevient à la norme de référence ?	
4	La rubrique “<i>Décision attaquée</i>” reproduit-elle exactement le dispositif dont la cassation est postulée, ainsi que le ou les motifs qui le soutiennent ?	
5	La rubrique “<i>Griefs</i>” expose-t-elle les trois termes du syllogisme (la majeure, qui est la règle de droit et le sens qu’elle revêt ; la mineure qui est ce que le juge en a fait ; la conclusion qui fait apparaître l’illégalité ou l’irrégularité invoquée) ?	
6	Le développement donne-t-il un éclairage au moyen, ou contient-il des griefs qui s’en distinguent ?	
7	Le demandeur a-t-il un intérêt au moyen ?	
8	Le moyen est-il nouveau ?	
9	Le moyen oblige-t-il, pour son examen, à vérifier l’existence des faits, à prendre connaissance d’autres pièces que celles auxquelles la Cour peut avoir égard ?	
10	Le moyen revient-il à contester l’appréciation en fait des éléments de la cause ? Explique-t-il en quoi cette appréciation en fait viole une règle ou un principe général de droit ?	
11	Le moyen invite-t-il la Cour à procéder à un contrôle marginal de l’appréciation en fait des juges du fond ? Soutient-il que, des faits souverainement constatés par lui, le juge n’a pas pu déduire la conséquence qu’il en tire ? Respecte-t-il le caractère <i>marginal</i> du contrôle demandé ?	
12	Le moyen pris d’un défaut de motivation est-il assez précis ?	
12.1	Le moyen identifie-t-il la demande, la défense ou l’exception dûment invoqués devant le juge du fond et auxquelles celui-ci n’a pas été répondu ?	
12.2	Le moyen qui accuse la décision de se contredire, précise-t-il quelles sont les dispositions ou quels sont les motifs de la décision qui, en se contredisant, s’annulent mutuellement ?	

12.3	Le moyen pris de l'ambiguïté d'un motif, précise-t-il dans quelle interprétation le motif critiqué est légal et dans quelle autre il ne l'est pas ?	
13	Le moyen pris de la violation de la foi due aux actes correspond-il à la portée littérale que la Cour donne à ce concept ?	
13.1	S'agit-il de la violation d'un écrit auquel le juge s'est explicitement référé pour asseoir l'affirmation qu'il en tire ?	
13.2	Cet écrit est-il identifié avec précision par le moyen ?	
13.3	Le motif accusé de violation de la foi due est-il en lien nécessaire avec le dispositif visé ?	
13.4	Le grief ne prend-il pas pour une violation de la foi due ce qui n'est rien d'autre qu'une appréciation de la valeur probante ou de la force de conviction pouvant s'attacher à une pièce ?	
13.5	Le moyen précise-t-il quelle est l'interprétation qui, donnée par le juge du fond à l'écrit, est incompatible avec les termes de celui-ci ?	
14	Le moyen n'est-il pas dirigé contre un motif surabondant ? Combien de motifs indépendants les uns des autres soutiennent-ils le dispositif ? Et s'il y en a plusieurs, sont-ils tous visés par le ou les moyens ?	
15	Le moyen résiste-t-il à la théorie de la peine légalement justifiée ? La motivation de la peine fait-elle référence à la prévention critiquée ou à une circonstance de celle-ci ? (422 C.i.cr.)	
16	Le motif critiqué par le moyen peut-il être remplacé par un motif de pur droit, apte à fonder légalement le dispositif (substitution de motifs)	
17	Y a-t-il d'autres dispositions légales empêchant d'invoquer le moyen (art. 407, 435, al. 2, C.i.cr. et art. 40, al.2, de la loi sur l'emploi des langues en matière judiciaire)	