

Quelques réflexions sur l'irrecevabilité de l'action publique

MICHEL FRANCHIMONT
Professeur émérite de l'Université de Liège

ANN JACOBS
Professeur à l'Université de Liège

Introduction

L'irrecevabilité de l'action publique fait assurément partie des outils d'utilisation courante des cours et tribunaux et des pénalistes. Elle constitue, en règle, une garantie de la qualité procédurale. Pourtant, à y regarder de plus près, nulle part n'est énoncée une règle ou une théorie générale de l'irrecevabilité de l'action publique ou des poursuites, et dans la pratique, elle recouvre des cas les plus divers. La jurisprudence des juridictions de fond en est témoin, tandis que la Cour de cassation intervient généralement pour écarter cette sanction radicale. Ce sont ces constatations qui ont attisé notre curiosité...

L'absence de repères en la matière explique sans doute la demande du président de la Commission de la Justice du Sénat, lors de l'examen du projet de Code de procédure pénale, d'étudier la possibilité de rédiger des dispositions générales sur la recevabilité de l'action publique à l'instar des dispositions relatives à l'action civile diligentée devant les juridictions répressives (art. 17 et 18 du C.J. et art. 4 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale).

Les quelques pages qui suivent n'ont assurément pas l'ambition d'exposer une théorie générale de l'irrecevabilité de l'action publique ou des poursuites, mais simplement d'identifier les données du problème et de mettre en place quelques jalons susceptibles de clarifier les choses, *de lege lata* ou *de lege ferenda*.

I Position du problème

L'irrecevabilité de l'action publique ou des poursuites constitue, a priori, la sanction de circonstances qui font obstacle à la poursuite de l'action ou de la procédure, à quelque stade que ce soit. L'irrecevabilité peut tout autant être constatée par les juridictions d'instruction que de jugement.

La première question venant à l'esprit, après avoir énoncé qu'il s'agissait d'une sanction, est celle de savoir si cette sanction est irrémédiable ou si l'action publique ou les poursuites peuvent être reprises, moyennant éventuellement correction du défaut qui a enrayé la procédure. Nous verrons que, sans que la question trouve une réponse décisive, cela dépendra en grande partie de la cause de l'irrecevabilité.

La deuxième question est évidemment de savoir quelles sont les causes d'irrecevabilité de l'action publique ou des poursuites. Certaines – rares – sont prévues par le législateur; d'autres touchent à la loyauté du procès, principalement sous l'angle des preuves et des droits de la défense, notion fondamentale dans le procès pénal, en particulier dans la récolte des preuves, sous peine notamment de faire perdre à la procédure pénale la fonction didactique qui doit être la sienne.

L'irrecevabilité de l'action publique ou des poursuites entretient des liens, plus ou moins ambigus, avec d'autres notions, telles l'extinction de l'action publique et les nullités. Il y a d'ailleurs tout lieu de penser qu'une théorie générale de l'irrecevabilité de l'action publique ou des poursuites sera toujours à la traîne d'une théorie générale des nullités qui fait si cruellement défaut dans notre droit de la procédure pénale. Comme pour les nullités, l'examen de la jurisprudence donne une impression de vaste casuistique, au gré des hypothèses concrètes soumises aux juridictions, dans laquelle chaque juge tente de faire prévaloir les quelques lignes de force qu'il estime essentielles avec les moyens dont il dispose.

II L'irrecevabilité de l'action publique et l'irrecevabilité des poursuites

Comme en toute matière procédurale, il y a lieu de distinguer la compétence qui, si problème il y a, peut donner lieu à un jugement d'incompétence, la recevabilité qui retiendra notre attention et le fondement de l'action qui se concrétise soit par une décision d'acquiescement, soit par une décision de condamnation. En d'autres termes, un jugement d'incompétence est donc étranger à la question de la recevabilité, de même qu'un jugement constatant le manque de fondement ou de preuves.

Une autre distinction fondamentale peut éclairer notre propos: l'action ne peut être confondue avec son exercice. L'*action* existe en effet même si elle n'est pas intentée; elle se fonde sur la seule violation de la loi pénale, le terme « action » étant compris dans le même sens qu'en droit judiciaire: l'action est le pouvoir de soumettre une prétention à un juge, le droit processuel d'obtenir une décision sur le fond d'une prétention¹. De même qu'en droit judiciaire, l'on distingue l'action et la demande, il faut en procédure pénale distinguer l'action publique née de l'infraction de l'exercice de celle-ci que l'on nomme généralement la poursuite.

Dès lors, l'irrecevabilité pourra toucher soit l'action, soit les poursuites.

¹ Voy. sur cette question M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier 2009, p. 33; H. MOTULSKY, note sous Cass., 6 juin 1962, *J.C.P.*, 1963, 2, 13191, cité par A. FETTWEIS, A. KOHL, G. DE LEVAL, *Droit judiciaire privé*, 4^e éd., éd. Fac. dr. Liège, 1976, p. 103, n° 172; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., éd. Fac. dr. Liège, 1987, p. 33, n° 19. Voy. aussi J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, Larcier, 1972, p. 1-22 et particulièrement p. 22; G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 15.

Ainsi, il ne peut y avoir d'*exercice* de l'action publique lorsqu'*avant* tout acte de poursuite, l'action publique est éteinte en raison du décès de l'auteur présumé des faits, de l'amnistie, de l'abrogation de la loi pénale, de l'autorité de la chose jugée (*non bis in idem*), de la transaction, de la médiation pénale et de la prescription de l'action publique. Dans ces différentes hypothèses, une action publique a bien existé, elle aurait pu être diligentée, mais elle éteinte: les *poursuites* en deviennent irrecevables.

Dans tous ces cas, une décision constatant l'irrecevabilité des poursuites fera obstacle à une nouvelle procédure.

En revanche, si la poursuite a été légalement entamée et que la cause d'extinction intervient *au cours* de la procédure, l'action publique est évidemment recevable; le juge se contentera de constater son extinction. Tel sera le cas du décès de la personne poursuivie, de l'amnistie, de l'abrogation de la loi pénale et de la prescription. Aucune action publique ne pourra plus être intentée sur les mêmes bases.

III Les cas d'irrecevabilité prévus par la loi

Le législateur a, par la loi du 27 décembre 2005, lui-même prévu un cas, limité, d'irrecevabilité de l'action publique: la provocation policière à commettre une infraction (art. 30 T.P.C.P.P.). Un autre cas peut, à notre estime, être déduit de l'article 29, al. 2 C.I.C. en l'absence d'autorisation du directeur régional en matière fiscale. Enfin, l'article 462 du Code pénal introduit une cause d'irrecevabilité limitée de l'action publique en cas de vol entre époux. Nous nous attacherons un instant à ces trois hypothèses, mais on pourrait en voir d'autres dans les articles 6 et suivants du Titre préliminaire du Code de procédure pénale: ainsi, à titre d'exemples parmi d'autres, l'article 6, 3^o requiert comme préalable aux poursuites un avis officiel donné par l'autorité étrangère, l'article 7 exige notamment que la condition de la double incrimination soit rencontrée. Ces dispositions rassemblent à la fois des questions de compétence et de recevabilité.

L'on peut également se demander si lorsqu'une plainte préalable à l'exercice de l'action publique est requise, il ne s'agit pas d'une condition de recevabilité²; l'article 450 du Code pénal relatif aux atteintes portées à l'honneur ou à la considération des personnes en est un exemple.

2 Voy. sur cette question et sur la possibilité d'utiliser, dans une procédure ultérieure, les preuves recueillies dans le cadre de poursuites déclarées irrecevables corr., Bruxelles, 10 juin 2008, *J.T.*, 2009, p. 86 et obs. F. LUGENTZ.

A *La provocation policière*

L'article 30 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale énonce formellement l'interdiction de la provocation policière qu'il définit, en précisant qu' « en cas de provocation, l'action publique est irrecevable en ce qui concerne ces faits »³.

L'on se rappellera que pendant des années, cette cause d'irrecevabilité des poursuites n'était que jurisprudentielle ; elle a ensuite été introduite dans le Code d'instruction criminelle par la loi du 6 janvier 2003 relative aux méthodes particulières de recherche, avec une définition restrictive de la provocation et seulement pour ce qui concernait ces méthodes; annulé par la Cour d'arbitrage – aujourd'hui Cour constitutionnelle – l'article 47^{quater}, al. 1^{er} du Code d'instruction criminelle a fait place à la disposition générale de l'article 30 du Titre préliminaire.

Les méthodes particulières de recherche, et en particulier l'infiltration, constituent l'hypothèse-type dans laquelle il peut y avoir provocation policière: la frontière entre la création d'un cadre de constat d'une infraction en flagrant délit et le coup de pouce à commettre l'infraction est souvent ténue. Il n'est donc pas étonnant que ce soit en cette matière que s'est forgée la première jurisprudence relative à la provocation et que ce soit aussi en cette matière que soit intervenue la première – et seule – disposition légale consacrant explicitement une cause d'irrecevabilité de l'action publique.

Observons que, selon les termes de la loi, il s'agit bien d'une cause d'irrecevabilité de l'action. Le vice est tellement radical qu'il en fait disparaître l'action en vue de la répression de l'infraction.

Que peut-on en déduire? En pareille hypothèse, l'irrecevabilité de l'action publique est fondamentalement liée à la loyauté du procès pénal, en particulier dans la récolte des preuves. C'est bien parce que, en vue de rassembler des preuves ou de constater une infraction, les enquêteurs ont contribué eux-mêmes à la commission de cette infraction que la sanction tombe, aussi radicale que la déloyauté.

B *L'absence d'autorisation du directeur régional en matière fiscale (art. 29, al. 2 C.I.C.)*

L'article 29, al. 2 C.I.C. prévoit que les fonctionnaires des administrations fiscales ne peuvent, sans autorisation du directeur régional dont ils dépendent, porter à la connaissance du procureur du Roi les faits pénalement punissables aux termes des lois fiscales et de leurs arrêtés d'exécution.

³ Voy. sur cette question M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, op. cit., p. 88-90 et les références citées.

Cette disposition⁴ est considérée par la jurisprudence comme un obstacle à l'intentement des poursuites sur la seule base d'une dénonciation de l'autorité fiscale et par conséquent comme une cause d'irrecevabilité des poursuites⁵.

C *Le vol entre époux*

L'article 462 du Code pénal prévoit que « ne donneront lieu qu'à des réparations civiles les vols commis par les époux au préjudice de leurs conjoints (...) »⁶. Cette disposition est comprise par la doctrine comme faisant obstacle à l'intentement même de toute action pénale à l'encontre d'un époux accusé de vol au préjudice de son conjoint et donc comme créant une cause d'irrecevabilité de l'action publique⁷. Seule une action en réparation devant le juge civil peut être introduite. Cette irrecevabilité de l'action publique est toutefois limitée dès lors que rien ne fait obstacle à ce que des poursuites soient intentées à l'encontre de toute autre personne que le conjoint⁸.

IV Quelques causes jurisprudentielles avérées d'irrecevabilité

La jurisprudence se montre hésitante dans l'identification des causes d'irrecevabilité en matière pénale. La Cour de cassation admet pourtant que l'action publique peut légalement être déclarée irrecevable pour d'autres motifs que ceux prévus par des dispositions légales précises⁹.

Le caractère équitable d'un procès doit s'apprécier au regard de l'ensemble de la procédure ; on peut cependant se trouver face à de telles violations de la légalité, de la régularité ou de la loyauté de la procédure, avant même les décisions des juridictions d'instruction ou du juge du fond, qu'il y a lieu de déclarer les poursuites voire l'action irrecevables. Il en va de même si ces manquements sont révélés devant les juridictions de fond.

Certaines irrégularités, omissions ou causes de nullité affectant un acte d'instruction ou l'obtention de la preuve peuvent donner lieu à annulation de l'acte et de tout ou partie de la procédure par la chambre du conseil (art. 131 C.I.C.) et par la chambre des mises en accusation en vertu des articles 235*bis*, 235*ter* et 235*quater* C.I.C. Après annulation d'un ou de certains actes, la procédure peut

4 L'article 29, al. 2 C.I.C. a fait l'objet d'une modification par la loi du 23 mars 1999 mais sans que celle-ci n'altère la nature du mécanisme.

5 En ce sens, R. DECLERCQ, *Beginselen van Strafrechtspleging*, 3^e éd., Malines, Kluwer, 2003, p. 38, n^o 63; Cass., 28 janvier 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 120; Cass., 23 juin 1995, *F.J.F.*, 1996, p. 4. Pour plus de détails sur l'application de cette jurisprudence, voy. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, op. cit., p. 90 et les références citées à la note 25.

6 Il en est de même pour l'abus de confiance (art. 492 C.P.), l'escroquerie et la tromperie (art. 504 C.P.).

7 Voy. A. LORENT, « L'immunité familiale en matière d'atteintes à la propriété », *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, p. 135-187.

8 Et les personnes visées par l'article 462, à savoir le veuf ou la veuve, les descendants et ascendants et les alliés au même degré.

9 Cass., 6 mai 1993, *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, p. 91 et note H.-D. BOSLY, *Pas.*, 1993, I, p. 452, *J.T.*, 1994, p. 39, *R.W.*, 1993-1994, p. 382.

éventuellement se poursuivre mais sans que soient prises en considération les pièces annulées¹⁰; de nouvelles investigations étant théoriquement possibles, c'est ce qui explique que les moyens tirés de la nullité ou de l'irrecevabilité doivent être soulevés le plus tôt possible¹¹. En revanche, lorsque la juridiction d'instruction conclut à l'irrecevabilité des poursuites, cela se traduit par une ordonnance ou un arrêt de non-lieu¹².

Le juge du fond peut pareillement écarter les actes de procédure qu'il considère nuls ou irréguliers, même si, ce faisant, le dossier fond comme neige au soleil.

Dans tous ces cas, l'exercice de l'action publique reste donc recevable, à moins que la déloyauté ou l'irrégularité soit telle qu'elle empêche le maintien de la poursuite.

A *La récolte des preuves*

Le domaine de la récolte des preuves est évidemment un moment sensible de la procédure pénale qui touche de près la question de l'irrecevabilité des poursuites. En effet, à côté des causes directes d'irrecevabilité, l'on peut identifier des causes indirectes.

Lorsque des irrégularités majeures – en particulier des infractions – sont à la base des poursuites¹³, telle une violation du secret professionnel¹⁴ ou un vol commis par les enquêteurs¹⁵, il s'impose de déclarer les poursuites irrecevables. Il y a là une cause directe d'irrecevabilité.

L'on peut voir une cause indirecte d'irrecevabilité des poursuites lorsque des preuves nulles contaminent toute la procédure, par exemple des écoutes téléphoniques¹⁶ ou une infiltration pratiquées en dehors des conditions légales¹⁷ ou des perquisitions illégales se trouvant à la base de toutes les preuves rassem-

10 Sauf si elles sont invoquées par la défense; voy. C.A., arrêt 86/2002 du 8 mai 2002, *J.T.*, 2002, p. 514, *J.L.M.B.*, 2002, p. 988, *T. Strafr.*, 2003, p. 246 et note P. DE HERT; voy. sur cette problématique O. KLEES, note sous Cass., 9 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 368.

11 Voy. l'article 235bis, § 5 C.I.C.

12 Cass., 8 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 127 et note.

13 Pour un cas où l'audition au mépris du secret professionnel ne constitue qu'un élément marginal et n'entraîne donc pas l'irrecevabilité des poursuites, voy. Liège (mis. acc.), 10 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1419; la chambre des mises en accusation considère que les droits de la défense seront respectés par le fait que les parties auront la possibilité de faire entendre les témoins liés par le secret professionnel comme témoins devant le juge du fond, comme le permet l'article 458 C.P.

14 Voy. corr., Liège, 3 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1434. Ceci, dans la mesure où est établi un lien causal entre l'irrégularité commise et la transmission du renseignement à l'autorité judiciaire ou de police (Cass., 1er février 2006, P.05.1432.F).

15 Voy. Cass., 27 février 1985, *Rev. dr. pén. crim.*, 1985, p. 694, *J.T.*, 1985, p. 728.

16 Pour ce qui est des repérages téléphoniques, voy. Cass., 15 juin 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 1117; les irrégularités susceptibles d'entacher le repérage des communications téléphoniques ne sont pas sanctionnées par l'irrecevabilité des poursuites.

17 Ou une infiltration pratiquée sans autorisation du procureur du Roi ou du juge d'instruction?

blées par la suite¹⁸. Les poursuites doivent, en pareille hypothèse, être déclarées irrecevables. Il en serait autrement si les preuves nulles étaient plus ou moins isolées, de telle sorte qu'il en subsiste certaines; soit celles-ci sont suffisantes et permettent de poursuivre le jugement, soit elles ne le sont pas et donnent lieu à un acquittement.

Nous n'ignorons évidemment pas que dire qu'une perquisition pratiquée en violation de la loi et qui est à la source de toutes les autres preuves emporte l'irrecevabilité des poursuites va à l'encontre de la « jurisprudence Antigone » en matière de preuve irrégulière¹⁹. Il n'en reste pas moins que cette jurisprudence est éminemment critiquable tant elle relativise les garanties prévues par la loi au bénéfice de la personne poursuivie; en outre, on ne peut admettre, dans une société démocratique, que seuls les citoyens ordinaires, à l'exception des autorités policières et judiciaires, soient tenus au respect de la loi et que la recherche et la constatation des infractions justifient la mise entre parenthèses des garanties légales. Même une balance d'intérêts ne peut fonder, à nos yeux, cette jurisprudence tant la balance risque de pencher toujours dans le même sens, attestant d'un puissant courant sécuritaire.

Il ne faut de toute manière pas perdre de vue que la Cour de cassation réserve les hypothèses où l'obtention de la preuve est affectée d'un vice de nature à lui ôter sa fiabilité ou à compromettre le droit à un procès équitable, soit a été reçue en violation d'une forme prescrite à peine de nullité²⁰; dans ces cas, la nullité de la preuve s'impose et peut éventuellement gangrener l'intégralité du procès.

Il convient de s'interroger sur les conséquences de l'absence de contrôle des méthodes particulières de recherche. La Cour de cassation considère que ce con-

18 Il en est de même lorsqu'un expert se substitue au juge : son rapport et tout ce qui en découle doit être annulé ou écarté des débats, même si cela conduit à l'irrecevabilité des poursuites; voy. corr., Marché-en-Famenne, 18 juin 1993, *J.T.*, 1993, p. 654 confirmé par Liège, 29 avril 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 208; corr. Namur, 15 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1468; corr., Bruxelles, 18 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1329.

19 Cass., 14 octobre 2003, *R.W.*, 2003-2004, p. 814 avec les conclusions de l'Avocat général M. DE SWAEF, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 617. L'enseignement de cet arrêt a été suivi par Cass., 23 mars 2004, P. 04.0012.N; Cass., 9 juin 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 1260; Cass., 16 novembre 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 665 et note Ch. DE VALKENEER., *T. Strafr.*, 2005, p. 285, avec les conclusions du ministère public et note R. VERSTRAETEN et S. DE DECKER; Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211, *Journ. proc.*, 2005, n° 499 et obs. Ph. TOUSSAINT; Cass., 12 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 585, *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 211, *J.T.*, 2006, p. 109, *T. Strafr.*, 2006, p. 25 et note F. VERBRUGGEN; Cass., 8 novembre 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 672, *R.A.B.G.*, 2006, p. 928 et note S. BENEMAN, *T. Strafr.*, 2006, p. 85 et note; Cass., 31 octobre 2006, *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, p. 616, *T. Strafr.*, 2007, p. 53 et note J. VAN GAEVER et note F. SCHUERMANS, *N.C.*, 2007, p. 62; Cass., 21 novembre 2006, P.06.0806.N. Sur les nuances et limites à apporter à cette jurisprudence, voy. J. DE CODT, « Des précautions à prendre par la loi pour que le citoyen coupable ne soit frappé que par elle », *J.T.*, 2008, p. 650-654.

20 Voy. not. Cass., 12 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 585, *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, p. 211, *J.T.*, 2006, p. 109. Cette formulation relativement claire fait suite à quelques tâtonnements que l'on peut suivre au fil des arrêts suivants: Cass., 14 octobre 2003, *R.W.*, 2003-2004, p. 814 avec les conclusions de l'Avocat général M. DE SWAEF, *Rev. dr. pén. crim.*, 2004, p. 617; Cass., 23 mars 2004, P. 04.0012.N; Cass., 16 novembre 2004, P. 04.0644.N et P. 04.1127.N; Cass., 2 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086 et note M.-A. BEERNAERT, *Journ. proc.*, 2005, n° 499 et obs. Ph. TOUSSAINT; sur cette évolution, voy. M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *J.L.M.B.*, 2005, p. 1098-1102.

trôle est obligatoire²¹; l'on peut en déduire qu'à défaut, les preuves ainsi recueillies doivent être écartées des débats et que si les poursuites reposent entièrement ou principalement sur ces preuves, elles ne pourront qu'être déclarées irrecevables²².

B La violation des droits de la défense

Les mêmes principes prévalent en cas de violation des droits de la défense à la base des poursuites²³. Ainsi, si une personne suspectée ou inculpée est obligée de témoigner sous la foi du serment²⁴ ou en cas de violences physiques ou morales en vue d'obtenir des aveux, il y a lieu de considérer que la violation des droits de défense est telle que l'action publique en devient irrecevable avec pour conséquence que la valeur probante des éléments invoqués à l'appui de cette action ne peut plus être examinée²⁵ et que de nouvelles poursuites ne pourront plus être introduites²⁶.

Une violation caractérisée de la présomption d'innocence dans le chef des autorités judiciaires pourrait également emporter l'irrecevabilité des poursuites²⁷. A notre estime, il en serait de même, pour ne prendre qu'un exemple supplémentaire, d'une enquête menée entièrement à charge à l'issue de laquelle il appartiendrait davantage au prévenu de prouver son innocence qu'au ministère public d'établir sa culpabilité²⁸.

21 Cass., 14 octobre 2008 (aud. plén.), *J.T.*, 2008, p. 755, et note B. DEJEMEPPE, *N.C.*, 2008, p. 458, concl. Avocat général TIMPERMAN; Cass., 19 mars 2008, *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, p. 827, concl. Avocat général D. VANDERMEERSCH, *N.C.*, 2008, p. 212.

22 L'hypothèse risque toutefois de devenir cas d'école en raison de la loi du 16 janvier 2009 modifiant les articles 189ter, 235ter, 335bis et 416 C.I.C. qui permet un « rattrapage » à tout moment, y compris après saisine de la Cour de cassation, en cas d'omission de ce contrôle en temps utile.

23 Corr., Liège, 17 septembre 2003 parle de violation irréparable des droits de la défense, notion ainsi précisée: « Il y a violation irréparable des droits de la défense dès que les prévenus ne jouissent plus, devant le juge du fond, de l'exercice entier de leurs droits de défense, c'est-à-dire lorsqu'ils n'ont plus la possibilité de contester la recevabilité des poursuites et le bien-fondé des préventions, de faire valoir tout moyen de défense et de présenter toutes demandes utiles au jugement de la cause » (*J.L.M.B.*, 2003, p. 1542, *Journ. proc.*, 2003, n° 465, p. 19 et n° 466, p. 26, *J.D.S.C.*, 2004, p. 348 et note M. DELVAUX).

24 Cass., 6 mai 1993, *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, p. 91 et note H.-D. BOSLY, *Pas.*, 1993, I, p. 452, *J.T.*, 1994, p. 39, *R.W.*, 1993-1994, p. 382 (il est à noter que, dans ce cas, la Cour ne sanctionne pas l'arrêt entrepris qui parle tantôt d'irrégularité des poursuites tantôt d'irrecevabilité de l'action publique). La Cour de cassation précise toutefois qu'il faut un lien de causalité entre les déclarations frappées de nullité et les charges de culpabilité éventuellement révélées par l'instruction dans le chef dudit inculpé (Cass., 18 avril 2001, P.01.0033.F).

25 Cass., 6 mai 1993, *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, p. 91 et note H.-D. BOSLY, *Pas.*, 1993, I, p. 452, *J.T.*, 1994, p. 39, *R.W.*, 1993-1994, p. 382, précité.

26 L'irrecevabilité peut se communiquer aux causes connexes qui ne peuvent être jugées sans le support des éléments irrégulièrement recueillis dans la première cause (Bruxelles, 28 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 440)

27 Voy. corr., Neufchâteau (ch. cons.), 12 mai 2000, *J.T.*, 2000, p. 704, *J.L.M.B.*, 2000, p. 963 (déclaration d'un ministre s'exprimant au nom du gouvernement lors d'une réunion officielle, largement repercutée dans les médias, conduisant à la culpabilité certaine des prévenus).

C Le non-respect du délai raisonnable

L'article 21^{ter} du Titre préliminaire du Code de procédure pénale détermine la sanction d'un dépassement du délai raisonnable, sanction qu'il situe sur le registre de la peine. La Cour de cassation écarte en principe l'irrecevabilité des poursuites²⁹. Toutefois, elle admet que si le dépassement du délai raisonnable rend impossible l'exercice des droits de la défense, il y a lieu de constater l'irrecevabilité des poursuites³⁰. Tel serait le cas s'il s'imposait de réentendre un témoin décédé entre-temps ou si le prévenu avançait de manière circonstanciée que les agendas dont il ne dispose plus, sans faute de sa part, lui auraient permis de rendre compte de manière décisive de son emploi du temps. En revanche, si l'écoulement du temps a altéré ou détruit des preuves à charge au point que la culpabilité du prévenu n'est pas établie, le juge prononcera l'acquittement.

La Cour de cassation a toujours écarté l'extinction de l'action publique au titre de sanction du dépassement du délai raisonnable³¹, et l'on peut s'interroger sur cette position: la sanction du dépassement du délai raisonnable et de la prescription ne doivent-elles pas être semblables, l'un et l'autre tendant à contenir le procès pénal dans des limites de temps respectueuses de la qualité des preuves et de la capacité de se défendre en dépit de l'écoulement du temps? C'est en ce sens que le projet de Code de procédure pénale donne la possibilité au juge de constater l'extinction des poursuites³².

Si le dépassement du délai raisonnable est constaté par la Cour européenne des droits de l'homme, cela signifie que le droit à un procès équitable est irrémédiablement violé, à savoir que cette violation ne peut plus être surmontée par la suite. Ne faut-il pas traduire ce constat par une irrecevabilité des poursuites en cours, en dépit de la jurisprudence de la Cour de cassation? Et l'on peut se demander si toute violation caractérisée et insurmontable du droit à un procès équitable ne doit pas être considérée comme une cause d'irrecevabilité – voire d'extinction – des poursuites.

D Autres cas jurisprudentiels d'irrecevabilité

En ce qui concerne la saisine du juge du fond, celui-ci apprécie souverainement si la citation permet au prévenu de connaître de façon suffisante l'objet de la

28 Bruxelles, 28 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 440.

29 Cass., 2 février 2000, *Pas.*, 2000, p. 87; Cass., 27 avril 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 947; Cass., 28 mai 2008, P.08.0216.F et les conclusions de l'Avocat général D. VANDERMEERSCH; voy. également F. KUTY, « Dépassement du délai raisonnable, peine inférieure au minimum légal et irrecevabilité des poursuites », *J.T.*, 2001, p. 41.

30 Voy. Cass., 31 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 44; dans le même sens, Cass., 17 octobre 2001, *Rev. dr. pén. crim.*, 2002, p. 445 (jurisprudence constante); *adde* corr., Mons (ch. cons.), 23 décembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 629; voy. également F. KUTY, « Dépassement du délai raisonnable, peine inférieure au minimum légal et irrecevabilité des poursuites », *J.T.*, 2001, p. 41.

31 Cass., 10 décembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2384; voy. également F. KUTY, « Tendances récentes en matière de délai raisonnable », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, p. 132 et s.

32 *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2005-2006, n° 3-450/21, art. 36.

prévention et d'assurer ainsi sa défense³³, à défaut de quoi il doit conclure à l'irrecevabilité des poursuites³⁴. La Cour européenne des droits de l'homme se montre exigeante quant à l'information donnée au prévenu, non seulement quant aux faits pour lesquels il est prévenu mais également quant à leur qualification³⁵. La Cour de cassation, dans sa jurisprudence récente, nuance néanmoins le propos en considérant qu'il n'existe pas de fin de non-recevoir de l'action publique pour manque de précision de la prévention: lorsque celle-ci manque de précision à défaut d'indiquer clairement le fait qu'elle vise ou à défaut d'indiquer précisément la loi pénale à laquelle ce fait contrevient, il appartient au juge de veiller à ce que cette prévention soit précisée, de sorte que le prévenu soit informé de ce qui lui est reproché³⁶. Certes, pour que la jurisprudence de la Cour de cassation s'applique, il s'impose que le juge soit régulièrement saisi, mais n'y a-t-il pas un risque, à vouloir constamment élargir le pouvoir du juge de préciser la prévention, de lui permettre de déterminer lui-même l'ampleur et les contours de sa saisine?

Il n'en reste pas moins que si l'acte de saisine du juge est à ce point imprécis que celui-ci ne peut identifier les faits reprochés au prévenu, nous maintenons qu'il ne lui reste d'autre possibilité que de constater l'irrecevabilité des poursuites³⁷, irrecevabilité qui pourrait être surmontée par un nouvel acte introductif d'instance suffisamment clair et précis.

Cette cause d'irrecevabilité des poursuites s'explique par une répartition des rôles, indispensable à l'équilibre du procès pénal: au ministère public ou à la partie civile de saisir le juge, à celui-ci de juger les faits dont il est saisi.

C'est sans doute cette même répartition des rôles qui explique l'irrecevabilité de l'action publique introduite par une partie civile ne pouvant justifier de sa qualité ou d'un intérêt légitime à agir, si le ministère public n'a pas repris les poursuites à son compte ; il en est de même lorsque le juge d'instruction se saisit lui-même de faits non visés par le réquisitoire de mise à l'instruction ou par la constitution de partie civile³⁸.

33 Cass., 18 décembre 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 485, *R.W.*, 1985-1986, col. 1481 et note; Cass., 13 février 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 207; Bruxelles, 26 juin 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1135, *J.T.*, 1991, p. 106; Cass., 31 octobre 2000, *J.T.*, 2001, p. 545.

34 Voy. Cass., 12 mars 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 717; Cass., 23 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 61, *A.J.T.*, 1998-1999, n° 21, *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 393 (dans cet arrêt, la Cour de cassation examine le moyen tiré de l'obscurité de la citation parmi les causes d'irrecevabilité des poursuites).

35 Cour eur. D. H., 25 mars 1999, *Pélessier et Sassi c. France*, *Rev. trim. D.H.*, 2000, p. 281 et obs. Th. MASSIS et G. FLECHEUX, *J.T.*, 1999, p. 545 et obs. P. LAMBERT; Cour eur. D. H., *Mattocia c. Italie*, 25 juillet 2000; Cour eur. D.H., *Sipavicius c. Lituanie*, 21 février 2002; Cour eur. D.H., *Michalakis Kiprianou c. Chypre*, 27 janvier 2004.

36 Cass. 17 avril 2007, P.07.0063.N; voy. aussi O. MICHELS, « La qualification imprécise face au droit à l'information du prévenu », note sous corr., Bruxelles, 15 mai 2008, *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, p. 227-234.

37 En ce sens, O. MICHELS, « La qualification imprécise face au droit à l'information du prévenu », note sous corr., Bruxelles, 15 mai 2008, *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, p. 227-234.

38 Liège, 2 février 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 652.

D'autres causes d'irrecevabilité pourraient être envisagées, telle une violation du secret de l'instruction si les poursuites pénales étaient fondées sur ladite violation ou si les preuves avaient été recueillies à sa suite³⁹, ou encore l'illégalité de l'arrêté royal à la base des poursuites⁴⁰.

Parmi les causes d'irrecevabilité retenues par les juges du fond ou revendiquées par les parties et que la Cour de cassation écarte, l'on peut citer pêle-mêle et sans prétendre à l'exhaustivité:

- la nullité d'un procès-verbal qui est à la base de la saisine du juge d'instruction, lorsque la mise à l'instruction est justifiée par d'autres procès-verbaux⁴¹;
- la présence au dossier répressif d'un procès-verbal consignait des renseignements dont la source n'est pas identifiée⁴²;
- le non-respect des délais de citation, qui n'entraîne pas l'irrecevabilité des poursuites mais bien la nullité de la condamnation par défaut⁴³;
- la mention au bulletin de renseignements de condamnations ayant fait l'objet d'un effacement⁴⁴;
- la contestation d'un élément constitutif de l'infraction⁴⁵, une cause de justification ou une circonstance absolutoire spéciale⁴⁶ (sous réserve du cas du vol entre époux visé par l'article 462 du Code pénal), la démen-
ce⁴⁷, ou le refus d'accorder la suspension du prononcé⁴⁸;
- l'absence de consignation des frais de procédure par la partie civile, qui n'entraîne ni la nullité de la citation, ni l'irrecevabilité des actions publique et civile⁴⁹.

IV Conséquences de l'irrecevabilité de l'action publique ou des poursuites au point de vue pénal

Comme on l'a vu, lorsque les poursuites sont déclarées irrecevables en raison d'une cause d'extinction de l'action publique avérée avant toute poursuite, de nouvelles poursuites ne sont plus possibles.

En cas de provocation policière ou de déloyauté caractérisée dans la récolte des preuves (par exemple lorsque des infractions sont à la base des preuves), ainsi

39 Voy. cass., 23 février 2005, P.04.1702.F (hypothèse écartée dans cette affaire); dans le même sens, voy. Bruxelles (mis. acc.), 22 janvier 2001, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 457.

40 Corr., Namur, 28 avril 2008 (10^e ch.), à paraître dans *J.L.M.B.*, 2009.

41 Cass., 5 avril 1996 (ch. réunies), *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, p. 634 et p. 712 et note H.-D. BOSLY.

42 Cass., 16 juin 2004, P.04.0281.F.

43 Liège, 25 avril 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 57.

44 Corr., Verviers, 27 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1400.

45 Cass., 3 mai 2000, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 120.

46 D. VANDERMEERSCH et O. KLEES, « La réforme Franchimont. Commentaire de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction », *J.T.*, 1998, p. 442; Cass., 4 septembre 2001, P. 01.0685.N, *T. Strafr.*, 2002, p. 40 et note R. VERSTRINGHE.

47 Cass., 9 mars 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 1306.

48 Liège (mis. acc.), 9 mars 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 1306.

49 Cass., 13 novembre 1990, Cass., 13 novembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 273 et note. A. LORENT, « Les frais de justice répressive », *Rev. dr. pén. crim.*, 1983, p. 650 et s.; A. VANDEPLAS, « De consignatie van de burgerlijke partij », *R.W.*, 1978-1979, col. 2017.

que lorsque les droits de la défense ont été irrémédiablement violés et que cette violation se trouve à la source des poursuites (par exemple en cas d'aveux extorqués par la violence), l'action publique en devient irrecevable, ce qui fait obstacle à toute nouvelle poursuite pour les mêmes faits. En revanche, si seules certaines preuves sont nulles mais entraînent l'irrecevabilité des poursuites par une sorte de contamination, d'un point de vue théorique, cette irrecevabilité n'empêcherait pas de nouvelles poursuites sur la base d'autres preuves recueillies de manière régulière.

Observons que, même dans les premières hypothèses, une nouvelle procédure n'est pas exclue lorsqu'une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme a été constatée par la Cour européenne des droits de l'homme, et ce au bénéfice de l'article 442*bis* C.I.C.; toutefois, dans ce cas, il ne s'agit pas à proprement parler de nouvelles poursuites, mais d'un mode de réparation du préjudice subi par le prévenu ou l'accusé inégalement condamné: le nouveau procès ne peut que lui être favorable.

Il semble évident qu'une fois qu'une juridiction interne a constaté le dépassement du délai raisonnable avec pour corollaire une violation insurmontable des droits de la défenses et l'irrecevabilité des poursuites, aucune poursuite ne peut plus avoir lieu. Il devrait en être de même lorsque la Cour européenne des droits de l'homme a condamné l'État pour violation du droit à un procès équitable en raison d'un dépassement du délai raisonnable en cours de procédure; en effet, en pareille hypothèse, elle a considéré que la violation du droit à un procès équitable ne peut être réparée d'aucune manière par la suite de la procédure. Telle n'est cependant pas la position de la Cour de cassation qui estime que, même si le constat intervient en cours d'instruction, il ne fait pas obstacle au renvoi: il n'y a donc pas lieu d'interrompre les poursuites en les déclarant irrecevables, dès lors qu'il appartiendra au juge du fond d'apprécier les conséquences du dépassement du délai raisonnable⁵⁰. Cette optique ne manque pas d'étonner dès lors que cela signifie que l'on peut juger quelqu'un en violation du droit à un procès équitable⁵¹.

Il y a tout lieu de penser que les autres causes d'irrecevabilité, admises en droit positif ou potentielles, laissent la porte ouverte à de nouvelles poursuites, pour autant que celles-ci ne s'appuient pas sur l'irrégularité ayant donné lieu à l'irrecevabilité.

Il reste encore à s'interroger sur la possibilité d'utiliser les preuves recueillies au cours d'une procédure s'étant clôturée par une décision d'irrecevabilité dans le cadre d'une procédure ultérieure, celle-ci étant introduite selon les formes et règles requises ou sur une autre base juridique. Il semble que la question appelle

50 Cass., 28 mai 2008, P.08.0216.F et les conclusions de l'Avocat général D. VANDERMEERSCH; VOY. F. KUTY, « Le contrôle de l'exigence du délai raisonnable au stade de l'instruction », *J.T.*, 2009, p. 129-132.

51 En ce sens, O. KLEES, « Coup de gueule: du mythe à la réalité. À propos de la justice belge et des droits de l'homme », *J.T.*, 2008, p. 708.

la même réponse que celle de savoir si de nouvelles poursuites peuvent ou non être intentées après un constat d'irrecevabilité: s'il s'agit d'une irrecevabilité des poursuites, ouvrant la porte à de nouvelles poursuites éventuelles, l'utilisation des preuves déjà recueillies de manière régulière devrait être admise, dans la mesure où leur récolte n'était intrinsèquement pas affectée par le vice⁵²; en revanche, si de nouvelles poursuites sont exclues en raison d'un vice radical affectant la procédure (par exemple en cas de provocation policière), toute la procédure et chacun de ses aspects est touché, ce qui fera obstacle à l'utilisation du moindre élément de cette procédure ultérieurement.

V Conséquences de l'irrecevabilité de l'action publique ou des poursuites sur l'action civile

Dès que l'action publique ou les poursuites sont irrecevables, il devient, en principe, impossible à la partie civile d'introduire ou de poursuivre son action en réparation devant les juridictions répressives⁵³. Il en est ainsi face à une cause d'extinction des poursuites acquise avant toute poursuite.

En revanche, si les poursuites sont valablement introduites et si la constitution de partie civile ou la citation directe est intervenue en temps opportun mais que l'extinction de l'action publique est constatée par la suite, les poursuites pourront être déclarées éteintes, sans toutefois faire obstacle au jugement de l'action civile par le juge pénal. Il en est ainsi en cas d'amnistie ou de décès de l'inculpé ou du prévenu en cours de procédure⁵⁴.

Dans les autres cas d'irrecevabilité de l'action publique ou des poursuites, il ne pourra être statué sur la constitution de partie civile. La victime pourra se joindre à une nouvelle procédure pénale ou en introduire une si elle est admissible. En dehors de cette hypothèse, la partie civile devra nécessairement se tourner vers les juridictions civiles et l'on va se trouver devant un problème d'autorité de chose jugée du pénal sur le civil: généralement, il faudra considérer que, le juge pénal n'ayant pas statué au fond, sa décision concluant à l'irrecevabilité de l'action publique ou des poursuites n'a pas d'influence sur le jugement civil ultérieur. De manière générale, la victime risque cependant de se heurter à des problèmes de prescription de l'action civile.

52 En ce sens, corr., Bruxelles, 10 juin 2008, *J.T.*, 2009, p. 86; cette position n'est cependant pas indemne de toute critique et possibilité de fraude; voy. à ce sujet F. LUGENTZ, « L'irrégularité de la saisine du juge d'instruction et le sort des actes accomplis – Faut-il jeter le bébé avec l'eau du bain? », obs. sous corr., Bruxelles, 10 juin 2008, précité.

53 Cass., 6 mai 1993, *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, p. 91 et note H.-D. BOSLY, *Pas.*, 1993, I, p. 452, *J.T.*, 1994, p. 39, *R.W.*, 1993-1994, p. 382; Cass., 24 novembre 1992, *Pas.*, 1993, I, n° 749.

54 Voy. sur cette question M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, op. cit., p. 230-231.

Conclusion

Il nous faut bien constater, en conclusion de ce qui précède, qu'il est très difficile d'élaborer une théorie générale des causes d'irrecevabilité de l'action publique et de son exercice. Les causes d'irrecevabilité, en dehors des cas prévus par la loi ou des causes de technique juridique⁵⁵, se situent principalement dans le non-respect des règles relatives à la loyauté et à la régularité de la procédure, à savoir dans la violation des textes fondateurs de la procédure pénale que sont les articles 3, 6, 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

15 février 2009

55 Voy. par exemple l'article 40 de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire; pour un cas d'application, voy. Liège, 15 octobre 1987, *J.T.*, 1987, p. 663. Cette disposition peut se comprendre par le fait que l'emploi des langues touche directement aux droits de la défense.