

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La capacité à se pourvoir en cassation

Raneri, Gian-Franco

Published in:

Revue de droit pénal et de criminologie

Publication date:

2002

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Raneri, G-F 2002, 'La capacité à se pourvoir en cassation: note sous Cass., 3 octobre 2001', *Revue de droit pénal et de criminologie*, pp. 350 -360.

General rights

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

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

Take down policy

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

Cour de cassation
(2e ch., F.)
3 octobre 2001
P.01.1271.F.

Président: M. Lahousse, président de section
Rapporteur: M. de Codt, conseiller
Ministère public: M. Loop, avocat général
Pl.: M^c A. Kilolo Musamba Lubemba (barreau de Bruxelles).

1° Etrangers – privation de liberté – mesure administrative – recours auprès du pouvoir judiciaire – limite.

2° Cassation – pourvoi – recevabilité – étranger – mineur d'âge – recevabilité.

1^o Seul l'étranger qui fait l'objet d'une des mesures privatives de liberté visées à l'article 71 de la loi du 15 décembre 1980 peut introduire, contre cette mesure, le recours prévu audit article; est sans objet et, partant, irrecevable le recours introduit par un étranger qui n'a pas fait l'objet personnellement d'une telle mesure.

2^o Le pourvoi formé par l'étranger, mineur d'âge, autorisé dans un but humanitaire à résider avec sa mère privée de liberté par une décision ministérielle prise en exécution de l'article 71 de la loi du 15 décembre 1980 est recevable (solution implicite).

(en c. S.)

ARRET

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 4 septembre 2001 par la Cour d'appel de Bruxelles, chambre des mises en accusation;

Sur le grief invoqué dans le mémoire annexé au présent arrêt, en copie certifiée conforme:

Attendu que l'étranger qui fait l'objet d'une des mesures privatives de liberté visées à l'article 71 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers peut introduire, contre cette mesure, le recours prévu audit article;

Attendu que l'arrêt constate que la demanderesse, mineure d'âge, n'a pas fait l'objet d'une telle mesure «mais est autorisée, dans un but humanitaire, à résider avec sa mère», laquelle a été privée de liberté par une décision ministérielle dont la cour d'appel, par arrêt du 31 août 2001, a vérifié la légalité;

JURISPRUDENCE

Que, de ces constatations, l'arrêt déduit légalement que le recours de la demanderesse n'a pas d'objet;

Que le grief ne peut être accueilli;

Et attendu que les formalités substantielles ou prescrites à peine de nullité ont été observées et que la décision est conforme à la loi;

PAR CES MOTIFS,

Rejette le pourvoi;

(...)

Note

La capacité à se pourvoir en cassation

1. La recevabilité du pourvoi en cassation en matière répressive¹ est notamment conditionnée par la capacité du demandeur². Les causes d'irrecevabilité découlant du défaut de capacité peuvent être de divers ordres, qu'il importe de sérier³; nous en envisagerons trois, à savoir, la problématique de la personnalité juridique, celle de l'autorisation requise dans le

(1) Cette notion de « matière répressive » est, ici, prise au sens le plus large, c'est-à-dire au sens du contentieux de la liberté individuelle soumis au contrôle de la 2^e chambre de la Cour de cassation. Elle englobe notamment les mesures protectionnelles, les mesures privatives de liberté prises sur pied de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

(2) *R.P.D.B.*, V^o « Pourvoi en cassation en matière répressive », 1938, 688, n^o 63. Voy. également J. DE CODT, « Les fins de non-recevoir du pourvoi en matière répressive », in *Liber amicorum Jean DU JARDIN*, Deurne, Kluwer, 2001, 168 à 174, n^{os} 15 à 25 (plus spéc., 170, n^{os} 18 et 19); S. SONCK, *Le pourvoi en cassation en matière pénale*, Gand, Mys & Breesch, 2000, 13 à 17.

Une autre question est celle de la responsabilité pénale, celle-ci étant « étrangère à l'incapacité juridique. Elle s'apprécie en fait, relativement à l'état mental, au regard des causes de justification, dites subjectives ou de non-imputabilité, prévues par l'article 71 du Code pénal (démence au moment du fait ou contrainte à laquelle on ne peut résister) et par la loi du 1^{er} juillet 1964 de défense sociale (dont les dispositions ont remplacé celles de la loi du 9 avril 1930) (état de démence, état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale, qui rend l'individu incapable de contrôler ses actions) » (P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », in *Rép. not.*, T. I, Livre III, Bruxelles, Larcier, 1998, 94 et 95, n^o 16; voy. également Cass., 17 octobre 1995, *Pas.*, 1995, I, 992).

(3) Un certain rapprochement avec le droit civil peut transparaître en filigrane. Il semble ressortir de l'enseignement jurisprudentiel que les causes d'irrecevabilité étudiées peuvent être rattachées, comme en matière civile, soit à l'inaptitude à être titulaire de droits et obligations (l'incapacité de jouissance), soit à l'inaptitude juridique à exercer ses droits personnellement, en son nom et pour son propre compte, sans représentation, habilitation ou assistance (l'incapacité d'exercice).

chef de certaines personnes morales de droit public et celle liée à l'état de minorité⁴.

2. Parmi les causes d'irrecevabilité, la première est liée à la problématique de la *personnalité juridique*, ce qui vise, tout d'abord, l'absence d'une telle personnalité. Ainsi, la Cour de cassation a eu l'occasion de décider qu'une administration qui n'a pas la personnalité juridique, en l'espèce l'administration des «ponts et chaussées», est irrecevable à introduire un pourvoi en cassation⁵. Il en va de même pour le gouvernement wallon – qui, contrairement à la Région wallonne (art. 3 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980), ne dispose pas de la personnalité juridique⁶ –, ou encore pour une association de fait⁷.

La première cause d'irrecevabilité vise, en outre, l'hypothèse de la fin de la personnalité juridique, tant il est vrai que le pourvoi formé au nom

(4) Le cas du délinquant anormal faisant l'objet d'un internement de défense sociale, décidé en application de la loi de défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et des auteurs de certains délits sexuels du 1^{er} juillet 1964, ne semble pas soulever une question de capacité à se pourvoir en cassation. En effet, la décision d'internement ne rend pas l'interné incapable – pas plus qu'elle ne crée d'ailleurs de présomption de démente – (P. MARCHAL, *op. cit.*, 268 et 269, n^o 353), sous réserve notamment de ce que l'article 19bis de la loi de défense sociale – disposition introduite par une loi du 10 février 1998 (*M.B.*, 18 mars 1998, 7616) – énonce que seul l'avocat de l'interné – et non, l'interné – peut, en cas de rejet de la demande de mise en liberté par la commission de défense sociale, interjeter appel. Depuis cette loi du 18 février 1998, une voie d'appel a été ouverte à l'interné, mais son exercice en a été réservé, par mesure de protection, à l'avocat qui assiste l'interné, ce qui implique indirectement que ce dernier n'a pas la capacité juridique d'interjeter appel. Une telle disposition n'a toutefois pas d'équivalent pour l'instance en cassation. Ainsi, la Cour de cassation reçoit le pourvoi formé par l'anormal faisant l'objet d'une mesure de défense sociale (Cass., 27 juin 2001, *cette Revue*, février 2002, avec note). Rappelons (note sous Cass., 27 juin 2001, *cette Revue*, février 2002) que dans le rapport annuel de la Cour de cassation 1999-2000 (Bruxelles, éd. Moniteur belge, 2000, 153 et 154), le Ministère public près cette Cour a formulé une proposition *de lege ferenda*, à l'effet de prévoir que le pourvoi en cassation dirigé contre la commission supérieure de défense sociale peut être introduit uniquement par l'avocat de l'interné, en vue d'assurer à l'interné une défense de qualité, qualité qui pourrait être altérée, à défaut de représentation ou d'assistance d'un avocat, en raison de son état mental. Deux propositions de loi ont été déposées en ce sens, une au Sénat le 13 février 2001 (Doc. 2-653) et l'autre à la Chambre des représentants le 25 octobre 2001 (Doc. 50 1475/001).

(5) Cass., 27 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, 1120.

(6) Cass., 17 mai 1992, *cette Revue*, 1992, 1004.

(7) Cass., 30 mai 1960, *Pas.*, 1960, I, 1124. Au sujet d'une «firme commerciale», sans indication dans la déclaration de pourvoi que la firme constitue une personne morale ou désigne une personne physique, voy. Cass., 2 mars 1953, *Pas.*, 1953, I, 504.

JURISPRUDENCE

d'un défunt contre la décision sur l'action publique est irrecevable⁸. En cas de décès du prévenu avant l'introduction du pourvoi, il ne peut être remédié à cette irrecevabilité par la reprise de l'instance par les héritiers⁹, dans la mesure où les peines sont strictement personnelles¹⁰. «Il n'en va pas de même pour les frais dont le recouvrement peut être poursuivi contre les héritiers du condamné, ce qui donnerait à penser qu'à cet égard, le recours en cassation demeurerait ouvert (...)»¹¹. Par ailleurs, le décès du prévenu, demandeur en cassation, survenu pendant l'instance en cassation, avant que la décision attaquée ne passe en force de chose jugée, entraîne l'extinction de l'action publique (article 20 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle), de sorte que la décision rendue sur l'action publique est sans effet et que le pourvoi dirigé contre celle-ci devient sans objet¹². Il n'en va pas de même pour le pourvoi contre la décision rendue sur l'action civile, qui conserve donc son objet¹³.

3. L'irrecevabilité pour défaut de capacité peut également résulter de l'absence de l'*autorisation* légalement requise, dans le chef de certaines personnes morales de droit public, pour ester en justice¹⁴. Il y a, tout d'abord, l'autorisation à délivrer par le conseil communal au collège des bourgmestre et échevins formant un pourvoi au nom de la commune, en

(8) Cass., 3 mai 2000, *Bull.*, 2000, I, 268; Cass., 13 janvier 1999, *Bull.*, 1999, I, 44 (cet arrêt précise en outre qu'une personne décédée ne peut pas se désister et, partant, qu'«il n'y a pas lieu de décréter le désistement» fait au nom d'une personne décédée); Cass., 3 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, 1218; Cass., 27 février 1980, *Pas.*, 1980, I, 786 (le jugement rendu en degré d'appel statuait uniquement sur l'action civile); Cass., 11 mars 1974, *Pas.*, 1974, I, 706 (le jugement rendu en degré d'appel statuait uniquement sur les intérêts civils).

(9) R. DECLERCQ, *Beginnselen van strafrechtspleging*, Deurne, Kluwer, 1999, 944, n° 2226. En matière fiscale, cf. Cass., 16 septembre 1994, *Pas.*, 1994, I, 736.

(10) J. DE CODT, *op. cit.*, 170, n° 18, note, 46.

(11) *Ibid.* Voy. notamment Cass. 13 janvier 1999, *Bull.*, 1999, 44 et les références citées au sommaire.

(12) Cass., 17 octobre 1995, *Pas.*, 1995, I, 924 (dans le dispositif, la Cour de cassation «constate que l'arrêt attaqué reste sans effet»); Cass., 26 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, 852 (solution implicite); Cass., 16 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, 163; Cass., 18 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, 58; Cass., 6 mars 1984, *Pas.*, 1984, I, 774 (dans cet arrêt, la Cour déclare «que le pourvoi n'a plus de raison d'être»); Cass., 28 février 1977, *Pas.*, 1977, I, 677; Cass., 9 septembre 1975, *Pas.*, 1976, I, 44; Cass., 14 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, 795; Cass., 3 novembre 1952, *Pas.*, 1953, I, 133.

(13) Solution implicite: Cass., 16 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, 163; Cass., 18 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, 58; Cass., 6 mars 1984, *Pas.*, 1984, I, 774; Cass., 28 février 1977, *Pas.*, 1977, I, 677; Cass., 9 septembre 1975, *Pas.*, 1976, I, 44; Cass., 14 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, 795; Cass., 3 novembre 1952, *Pas.*, 1953, I, 133.

(14) Ainsi, dans le chef de ces personnes morales de droit public, la loi instaure un régime dualiste des actions judiciaires. Par ailleurs, l'autorisation exigée est donc relative à la décision d'ester en justice, laquelle doit clairement être distinguée tant de «la conduite de l'instance» (Cass., 28 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, 314: matière sociale) que de la représentation en justice de ces personnes morales de droit public. Pour un aperçu de ce régime de l'autorisation, cf. Ch. HAVARD, *Manuel pratique de droit communal*, Brugge, La Chartre, 1999, n° 122 et n°s 401 et s.

application des articles 123, 8^o et 9^o, et 270 de la nouvelle loi communale¹⁵. A l'effet de pouvoir constituer une autorisation justifiant la recevabilité du pourvoi en cassation, elle doit remplir, à tout le moins, une double condition. Premièrement, elle doit, en principe, être délivrée préalablement à l'intentement du recours, le collège des bourgmestre et échevins pouvant néanmoins prendre, à titre conservatoire, l'initiative d'un recours en cassation^{16,17}. Deuxièmement, elle doit être «spécifique», en ce que, d'une part, elle «(...) doit être spéciale pour chaque affaire»¹⁸ (une « autorisation générale ne serait pas valable, alors même qu'elle serait relative à une série d'affaires de même nature»¹⁹) et, en ce que, d'autre part, elle est requise à chaque stade de la procédure (la décision du conseil communal doit, dès

(15) Cass., 15 octobre 1996, *Bull.*, 1996, 988; Cass., 2 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, 234; Cass., 27 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, 1191; Cass., 9 janvier 1985, *Bull.*, 1985, 547; Cass., 4 novembre 1980, *Pas.*, 1981, I, 272; Cass., 7 février 1978, *Pas.*, 1978, I, 661; Cass., 22 août 1973, *Pas.*, 1973, I, 1031.

(16) Voir les arrêts cités à la note précédente.

(17) Une autre question est de savoir jusqu'à quel moment cette autorisation du conseil communal peut être déposée? Est-ce jusqu'à la clôture des débats? Dans ce sens, apparemment, J. DE CODT, *op. cit.*, 170, n^o 19. Quant à l'arrêt précité du 15 octobre 1996, il se contente de préciser que l'autorisation doit être «régulièrement» produite (pour les autres arrêts précités, seul le sommaire comporte ladite précision). Pour la matière civile, voy. Cass., 28 novembre 1996, *Bull.*, 1996, 1180 («jusqu'à la clôture des débats»). En matière d'aide sociale (recours du conseil de l'aide sociale): Cass., 28 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, 314 («jusqu'à la clôture des débats»). En matière de taxe communale directe, *cf.* Cass., 1^{er} février 1999, *Bull.*, 1999, 114, avec conclusions de Monsieur l'avocat général J.-F. LECLERCQ («avant que le Ministère public ne donne ses conclusions»; sur l'inapplicabilité de la solution adoptée en matière civile à cette matière de taxe communale directe, *cf.* conclusions précitées). Est-ce dans les délais de l'article 420bis? Cons. Cass., 7 février 1978, *Pas.*, 1978, I, 661 relatif à un pourvoi intenté par le collège des bourgmestre et échevins: il en ressort qu'en cas de pourvoi contre une décision rendue en matière répressive, le demandeur ne peut plus produire de pièces, autres que des actes de désistement ou de reprise d'instance ou des actes révélant que le pourvoi est devenu sans objet, après l'expiration du délai prévu à l'article 420bis, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, soit après que deux mois se soient écoulés depuis le jour où la cause a été inscrite au rôle général (rappelons que cette disposition a été modifiée par une loi du 14 novembre 2000, en y ajoutant les notes visées à l'article 1107 du Code judiciaire). R. DECLERCQ (*op. cit.*, 944, n^o 2226, 982, n^o 2318 et 984, n^o 2321) semble se prononcer également en ce sens.

(18) Ch. HAVARD, *op. cit.*, n^o 404.

(19) Ch. HAVARD, *op. cit.*, n^o 404.

JURISPRUDENCE

lors, comporter une autorisation à former un pourvoi en cassation²⁰, avec précision²¹).

Il y a, également²², le régime d'autorisation mis en place par la loi organique des centres publics d'aide sociale. Il ressort d'une lecture combinée des articles 24, 28, § 1^{er}, alinéa 4 et 115²³, § 2 de cette loi que «la décision du centre public d'aide sociale d'ester en justice est prise par le conseil de l'aide sociale et que la conduite de l'instance est en règle exercée par le président de ce conseil»²⁴. Par ailleurs, il se déduit des articles 120, alinéa 1^{er}, §§ 5 et 7 et 126, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, «qu'en règle, la décision d'ester en justice d'une association formée en vertu du chapitre XII de la loi organique des centres publics d'aide sociale, est prise par l'assemblée générale de l'association et que la conduite de l'instance est exercée par

(20) Cass., 15 octobre 1996, *Bull.*, 1996, 988 (tel n'est pas le cas d'une décision par laquelle le conseil communal porte la confirmation de l'avocat désigné par le collège pour défendre les intérêts de la commune); Cass., 27 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, 1191 (tel n'est pas le cas d'une décision par laquelle le conseil communal se borne à autoriser le collège à ester en justice pour tel dossier); Cass., 4 novembre 1980, *Pas.*, 1981, I, 272 (tel n'est pas le cas d'une décision par laquelle le conseil communal se limite à autoriser le collège à désigner un conseil pour tel dossier); Cass., 24 septembre 1962, *Pas.*, I, 1963, 109 (tel n'est pas le cas d'une décision par laquelle le conseil communal se borne à autoriser le collège à ester en justice); Cass., 22 juillet 1879, *Pas.*, 1879, I, 368 («(...) la demanderesse ne justifie pas que l'autorisation qui lui aurait été accordée de poursuivre l'affaire en première instance et en appel comportât celle de se pourvoir en cassation»); Ch. HAVARD, *op. cit.*, n° 404.

(21) Cass., 28 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, 314 (*cf. supra*).

(22) En ce qui concerne le régime de l'autorisation instauré au niveau de l'agglomération bruxelloise, *cf.* Cass., 23 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, 221 (en matière d'accident de travail). Rappelons qu'en application de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, le gouvernement et le conseil de la Région bruxelloise exercent, en tant que collectivité décentralisée, les responsabilités qui auraient dû revenir au collège et au conseil d'agglomération.

(23) Cet article 115 a été modifié à cet égard par l'article 63 de la loi du 5 août 1992 «portant des dispositions relatives aux centres publics d'aide sociale» (*M.B.*, 8 octobre 1992, 21.595). Avant cette modification législative, une autorisation devait être délivrée au C.P.A.S. par le collège des bourgmestre et échevins de la commune, siège du centre (ancien § 1^{er} de l'article 115 de la loi organique des centres publics d'aide sociale; *cf.* également Cass., 29 novembre 1977, *Pas.*, 1978, I, 344). L'abrogation de ce § 1^{er} «n'a d'autre effet que d'alléger la tutelle sur les C.P.A.S.» (note 1, sous Cass., 28 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, 314).

(24) Cass., 28 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, 314.

le conseil d'administration»²⁵. La double condition du préalable (sauf recours à titre conservatoire) et de la spécification est également requise ici²⁶.

4. Une autre cause d'irrecevabilité du pourvoi en cassation consiste en l'incapacité d'exercice attachée à *l'état de minorité*²⁷.

En tant que partie civile, le mineur non représenté est irrecevable à introduire un pourvoi en cassation^{28,29}. Le pourvoi ne sera déclaré recevable que si ses représentants légaux agissent en son nom³⁰. Il va sans dire que pareille représentation est strictement limitée *ratione materiae*, d'autant plus que, comme le souligne la Cour de cassation, «en règle, le droit d'ester en justice est personnel. (...) (L)'administrateur légal ou le tuteur n'ont de titre pour intervenir en qualité de représentant qu'au cas où la personne représentée ne peut pas agir elle-même de sorte que la défense de ses intérêts requiert l'intervention d'un mandataire»³¹. Les conséquences n'en sont pas négligeables³². Ainsi, lorsque la victime d'une infraction était mineure au moment des faits et qu'un de ses parents s'est constitué partie civile *qualitate qua*, l'acte d'appel – introduit, par ce parent, alors que l'enfant était majeur au moment de cette introduction – ne peut pas avoir pour effet de conférer à celui-ci la qualité de partie devant la juridiction d'appel. De surcroît, l'instance en justice ayant été introduite irrégulièrement en raison de l'absence de qualité et d'intérêt de ce parent pour saisir la juridiction d'appel à titre personnel ou *qualitate qua*, elle ne saurait faire l'objet d'une reprise par le «mineur devenu majeur». D'autres hypothèses méritent également l'attention. Prenons un exemple. Lorsque le mineur d'âge atteint l'âge de la majorité avant la déclaration de pourvoi, l'incapacité d'exercice prend fin, et, partant, les représentants légaux sont irre-

(25) Cass., 28 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, 314.

(26) Cass., 28 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, 314. Cass., 29 novembre 1977, *Pas.*, 1978, I, 344 (la modification législative de 1992 précitée ne devrait pas, quant à cette double condition, remettre en cause l'enseignement de cet arrêt).

(27) Il va de soi que seuls les parents ou tuteurs ont la qualité de «représentants légaux» et l'avocat du mineur ne peut l'être. Il est à observer que dans le rapport annuel de la Cour de cassation 1999-2000 (*op. cit.*, 154), le Ministère public près cette Cour a proposé, *de lege ferenda*, de compléter la loi relative à la protection de la jeunesse «par la disposition que le mineur d'âge, lorsqu'il est partie à l'instance de cassation, devrait également être représenté ou assisté par un avocat devant la Cour».

(28) Cass., 12 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, 1175; Cass., 20 avril 1959, *Pas.*, 1959, I, 834. R. DECLERCQ, *op. cit.*, 944, n° 2226.

(29) Et ce en application des règles du droit commun: *R.P.D.B.*, *op. cit.*, 690, n° 81; M. GENDEBIEN et X. CARTON DE WIART, «Les pourvois en cassation en matière répressive», in *Les Nouvelles*, T. II, Vol. I, 1948, 425, n° 82.

(30) Cass., 12 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, 1175. A titre d'exemple de partie civile agissant en qualité d'administrateurs légaux des biens de leur enfant mineur, voy. Cass., 18 avril 2001, P.01.0072.F; Cass., 21 février 2001, P.00.1261.F.

(31) Cass., 4 octobre 2000, P.00.0652.F, *J.L.M.B.*, 2001, 1828.

(32) Cass., 4 octobre 2000, P.00.0652.F, *J.L.M.B.*, 2001, 1828.

JURISPRUDENCE

cevables à se pourvoir *qualitate qua*, seul le «mineur devenu majeur» ayant la capacité à se pourvoir en son nom³³. En d'autres termes, ce qui importe pour apprécier la capacité du demandeur en cassation, c'est de se placer au moment du pourvoi en cassation, et non à celui où la décision attaquée a été rendue³⁴. «Lors de la déclaration de pourvoi, l'intéressé, devenu majeur, déclarera reprendre l'instance mue à l'origine en son nom par ses parents»³⁵.

5. En tant qu'il est poursuivi du chef d'un fait qualifié infraction sur la base de la loi du 8 avril 1965 sur *la protection de la jeunesse*, la Cour de cassation a admis, dans un arrêt du 4 mars 1997³⁶, la recevabilité du pourvoi formé par le mineur non représenté contre l'arrêt de la chambre de la jeunesse de la cour d'appel. Cet arrêt de la chambre de la jeunesse confirme la décision rendue par le tribunal de la jeunesse qui, après avoir constaté des indices de culpabilité dans le chef du mineur d'un fait qualifié d'infraction, au cours de la procédure préparatoire, subordonne cependant le maintien de celui-ci dans son milieu à l'exécution d'une prestation éducative.

(33) Cass., 9 juin 1999, P.99.0093.F, *inédit*; Cass., 30 novembre 1977, *Pas.*, 1978, I, 353; Cass., 27 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, 105; Cass., 9 avril 1974, *Pas.*, 1974, I, 826. Quant à l'enfant marié, cf. Cass., 17 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, 858.

(34) *R.P.D.B.*, *op. cit.*, 690, n° 82; M. GENDEBIEN et X. CARTON DE WIART, *op. cit.*, 425, n° 82.

(35) S. SONCK, *op. cit.*, 16, note 5.

(36) Cass., 4 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, 315 (solution implicite, reprise dans le sommaire de la *Pasicrisis* et par les auteurs: voy. notamment, J. DE CODT, *op. cit.*, 170, n° 18, note 44). Voy. également, Cass., 13 juin 2001, P.01.0613, *J.L.M.B.*, 2001, 1831 (solution implicite; dans cet arrêt, le mineur, demandeur, avait dirigé son pourvoi tant contre la décision rendue sur l'action publique exercée à sa charge que contre les décisions rendues sur l'action civile exercée par la partie civile); Cass., 27 septembre 2000, *Pas.*, 2000, I, 497 (solution implicite; recevabilité du pourvoi contre l'arrêt de la chambre de la jeunesse de la cour d'appel qui a prononcé une mesure à son encontre en vertu de l'article 36, 2° de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse). Une autre question est de savoir si une solution identique est à adopter quel que soit l'âge du mineur. En raison du caractère implicite de la solution de la Cour de cassation et faute d'indication de l'âge des mineurs concernés dans les arrêts précités (il ressort, toutefois, de l'arrêt de 2001 que l'enfant a plus de 14 ans), la réponse reste incertaine. Pour J. SMETS, «Jeugdbeschermingsrecht», *A.P.R.*, 1996, n° 1789, lorsque le mineur est âgé de moins de 12 ans, l'exercice du droit de recours en cassation serait réservé à l'avocat de ce dernier. Par contre, Fr. TULKENS et Th. MOREAU (*Droit de la jeunesse*, Bruxelles, Larcier, 2000, 891) soutiennent que le mineur peut se pourvoir en cassation de manière autonome, quel que soit son âge.

6. L'intérêt de l'arrêt annoté quant à la question étudiée³⁷ pourrait échapper à une première lecture: la Cour de cassation décide implicitement³⁸, et pour la première fois, que le pourvoi formé par l'étranger, mineur d'âge, autorisé dans un but humanitaire à résider avec sa mère privée de liberté par une décision ministérielle prise en exécution de l'article 71 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers est recevable³⁹.

-
- (37) L'autre enseignement de cet arrêt mérite aussi l'attention. La Cour de cassation avait déjà décidé que le recours de l'étranger auprès du pouvoir judiciaire, visé par l'article 71, alinéa 1^{er} de la loi du 15 décembre 1980, porte exclusivement sur la mesure privative de liberté dont cet étranger a fait l'objet (Cass., 4 février 1998, *cette Revue*, 1999, 95). L'arrêt annoté applique cette règle indiscutable au cas où la demanderesse, mineure d'âge, n'a pas fait l'objet d'une des mesures privatives de liberté visées audit article 71, mais où la chambre des mises en accusation constate qu'elle «est autorisée, dans un but humanitaire, à résider avec sa mère, qui fait l'objet d'une mesure privative de liberté régulière».
- (38) Mais l'a-t-elle vraiment décidé? Ne pourrait-on notamment soutenir que le juge pénal se trouvait dans l'impossibilité de soulever d'office l'incapacité déduite de la minorité? Notons à tout le moins que tant le sommaire établi sous Cass., 4 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, 315 que la doctrine précitée ne semblent pas l'avoir soutenu, en matière protectionnelle (*cf. supra*).
- (39) La question de la minorité devrait revêtir ici un aspect supplémentaire, de droit international privé. Enfin, ne devrait-il pas être considéré, en application de l'article 3, alinéa 3 du Code civil, que les questions de capacité juridique des étrangers (notamment, l'âge de la minorité, l'étendue de l'incapacité, en l'occurrence en ce qui concerne la capacité d'ester en justice, ...) et d'assistance ou de représentation y relative relèvent de la loi de leur nationalité, sauf contrariété à l'ordre public belge (sur cette question, cons. P. MARCHAL, *op. cit.*, 95 et 96, n° 17. F. RIGAUD et M. FALLON, *Droit international privé*, Droit positif belge, t. II, 2^e éd. refondue, Bruxelles, Larcier, 1993, 403 à 406 et 277 à 280. Voy. aussi C.E., n° 20.181, 12 mars 1980; C.E., n° 21.075, 27 mars 1981)? La Cour de cassation a déjà appliqué cette règle à l'égard d'un civilement responsable d'une amende et de frais prévus par l'article 67 de la loi sur la circulation routière (Cass., 24 janvier 1977, *Pas.*, 1977, I, 553). *A fortiori* devrait-elle être appliquée en ce contentieux présentant nécessairement des éléments d'extranéité? Rappelons, à cet égard, que la capacité juridique des réfugiés est régie par la loi du pays du domicile ou, à défaut de domicile, par la loi du pays de résidence (article 12.1 de la Convention internationale relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, communément appelée la Convention de Genève, approuvée par la loi belge du 26 juin 1953 et entrée en vigueur le 21 avril 1954; P. MARCHAL, *op. cit.*, 95, n° 17). Enfin, il est à observer que suite à la loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs (*M.B.*, 17 mars 2001), entrée en vigueur le 1^{er} avril 2001 (article 53), le Code pénal contient un article 100ter qui pose une définition de l'état de minorité: «lorsqu'il est fait usage du terme 'mineur' dans les dispositions du livre II, cette notion désigne la personne n'ayant pas encore atteint l'âge de dix-huit ans». L'objectif poursuivi par le législateur est d'«(...) éliminer toute référence au statut personnel d'un jeune de nationalité étrangère afin de déterminer s'il est mineur. Ainsi, en droit pénal belge, le jeune, quelle que soit sa nationalité, cesse d'être mineur le jour de ses dix-huit ans» (I. WATTIER, «La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs», *J.T.*, 2001, 434. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 1998-1999, n° 1907/1, 6).

JURISPRUDENCE

De cet arrêt, il peut être déduit qu'*a fortiori*, le pourvoi en cassation, qui serait introduit par un mineur étranger non représenté faisant lui-même l'objet d'une des mesures privatives de liberté visées à l'article 71 de la loi du 15 décembre 1980, devrait être lui aussi déclaré recevable. Cette solution est dictée, en outre, par l'article 37, d) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989⁴⁰, en vertu duquel les enfants privés de liberté se voient reconnaître le droit de contester la légalité de leur privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale.

7. Le rapprochement avec *la jurisprudence du Conseil d'Etat* peut s'avérer utile, puisque, hors les mesures privatives de liberté (recours judiciaire organisé par les articles 71 à 74 de la loi du 15 décembre 1980), le Conseil d'Etat connaît de l'ensemble du contentieux sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, soit des recours introduits contre les actes administratifs adoptés à l'égard des étrangers en vertu de la loi du 15 décembre 1980⁴¹.

Le Conseil d'Etat a ainsi eu l'occasion d'aborder, lui aussi, le problème de la capacité des mineurs étrangers. En règle générale, les mineurs ne sont pas recevables à former eux-mêmes un recours au Conseil d'Etat, mais ne peuvent agir qu'à l'intervention de leurs représentants légaux⁴². Toutefois⁴³, dans ce contentieux particulier du droit des étrangers, cette juridiction administrative paraît, au fil de sa jurisprudence, aménager la règle générale, en distinguant une double hypothèse.

Dans la première hypothèse, celle du mineur étranger accompagné de ses parents (telle est l'hypothèse de l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt annoté), le Conseil d'Etat ne reçoit le recours que s'il est dûment repré-

(40) Entrée en vigueur le 2 septembre 1990, après que le 20^e Etat signataire ait déposé son acte de ratification; approuvée par une loi du 25 novembre 1991 et par les décrets de la Communauté flamande du 15 mai 1991, de la Communauté germanophone du 25 juin 1991 et de la Communauté française du 3 juillet 1991. Pour la question de l'applicabilité directe des dispositions de ladite Convention, cf. Fr. TULKENS et Th. MOREAU, *op. cit.*, 1003 et 1004 et les références citées.

(41) Il importe de ne pas confondre ces actes administratifs et les mesures privatives de liberté prises en application de la loi du 15 décembre 1980, celles-ci assurant l'exécution forcée de ceux-là (Ch. DE VALKENNEER et A. WINANTS, « Chapitre IX. Les régimes particuliers », in *La détention préventive* (sous la direction de B. DEJEMPEPE), Bruxelles, Larcier, 1992, 365 à 367, n^{os} 66 à 68).

(42) M. LEROY, *Contentieux administratif*, Deuxième édition, Bruxelles, Bruylant, 2000, 441.

(43) Notons que d'autres exceptions à l'incapacité d'exercice des mineurs ont été affirmées par le Conseil d'Etat, notamment en matière de milice et d'aide sociale. A ce sujet, voy. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997, 471 et 472, n^o 304.

senté^{44,45}. Dans la deuxième hypothèse, celle du mineur étranger non accompagné de ses représentants légaux, le Conseil d'Etat semble contrôler d'office la recevabilité de la demande de suspension de l'exécution d'une décision de refus de séjour. Elle s'est prononcée, dans trois arrêts^{46,47}, de la manière suivante: «Considérant, quant à la recevabilité *ratione personae*, que le demandeur est mineur d'âge; qu'en principe, le mineur non émancipé n'a pas la capacité requise pour introduire personnellement une requête au Conseil d'Etat et doit, conformément au droit commun, être représenté par son père, sa mère ou son tuteur; que toutefois, dès lors qu'un mineur d'âge est en mesure d'accomplir un acte juridique, en l'espèce d'introduire une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié, il doit être considéré comme juridiquement capable d'accomplir tous les actes relatifs à cette procédure, en ce compris les

-
- (44) A l'égard d'une demande de suspension de l'exécution d'une décision de refus de séjour introduite par la grand-mère du mineur, alors même que ses représentants légaux vivent avec lui en Belgique, le Conseil d'Etat a estimé que le recours est irrecevable, en ces termes: «Considérant qu'il ressort tant de la demande de suspension que du dossier administratif que si le petit-fils de la requérante est arrivé en Belgique avec cette dernière, il vit désormais avec ses parents arrivés postérieurement sur le territoire du Royaume; qu'à défaut d'avoir été introduit par ses représentants légaux, à savoir ses parents chez qui il habite, la requérante ne pouvant, pour sa part, pas justifier de la qualité requise pour agir au nom de son petit-fils, la demande dirigée contre la décision confirmant le refus de séjour de M. est irrecevable; Considérant que la demande est cependant recevable en tant qu'elle porte sur l'ordre de reconduire M.; que cette décision a en effet été adressée à la requérante elle-même, celle-ci justifiant dès lors d'un intérêt à sa suspension;» (C.E., n° 86.869, 25 avril 2000).
- (45) Cette hypothèse est rare dans la mesure où la pratique administrative considère que les mineurs accompagnés par leurs parents sont rattachés à la demande d'asile des parents (indication sur l'annexe 26 de la clause suivante: «Les enfants suivent la procédure des parents sauf avis contraire de leur part»; au contraire, les mineurs non accompagnés ou accompagnés de personnes qui ne sont pas les parents introduisent une demande autonome).
- (46) C.E., n° 77.847, 28 décembre 1998; C.E., n° 73.274, 24 avril 1998; C.E., n° 60.097, 11 juin 1996 (la formulation du considérant est quelque peu différente dans ce dernier arrêt).
- (47) Alors que, dans les trois arrêts précités, un parallélisme serait établi entre la capacité d'introduire une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié et la capacité d'ester en justice relativement à cette demande, un arrêt plus ancien du Conseil d'Etat paraît plutôt se fonder notamment, de manière implicite, sur la notion de force majeure («l'éloignement de sa représentante légale»). Statuant relativement à une demande de suspension de l'exécution d'un ordre de quitter le territoire notifié à un mineur (alors même que cette notification ne peut être faite à un mineur, vu l'article 118 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers), le Conseil d'Etat énonce: «Considérant que la partie adverse objecte que le requérant est mineur et incapable d'ester seul en justice selon sa loi nationale; Considérant que le mineur était le destinataire de la mesure dont la suspension est demandée et que cette mesure pourrait entraver l'exercice du droit à l'instruction qui lui est propre; qu'au vu de l'éloignement de sa représentante légale, de l'assistance dont il jouit, de l'objet et de la nature conservatoire de la demande en suspension, l'exception ne peut être retenue» (C.E., n° 48.185, 28 août 1992).

JURISPRUDENCE

recours à introduire devant le Conseil d'Etat; que la demande est recevable;».

A l'égard d'une même loi, la question de la capacité d'ester en justice semble donc trouver une réponse différente devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. Pareille divergence de réponse est, en effet, fonction de la nature de la mesure attaquée (mesure purement administrative – mesure privative de liberté⁴⁸), de la juridiction compétente (juridiction administrative – juridiction judiciaire) et du recours visé (le référé administratif – la cassation répressive).

Gian-Franco RANERI,
Référénaire près la Cour de cassation

(48) Cette mesure peut être qualifiée :

– de mesure de sécurité administrative (Cass., 9 juillet 1993, *Pas.*, I, 1993, 637, concernant la détention d'un étranger visée à l'article 27, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 précitée. Cette détention constitue, aux yeux de la Cour, une mesure de sécurité administrative, et non une peine; et, dès lors, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale ne lui est pas applicable),

– de mesure de police sur les étrangers (F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, 71, rappelant que la loi précitée confère des pouvoirs de police sur les étrangers),

– de mesure d'exécution forcée des décisions d'éloignement du territoire (Ch. DE VALKENEER et A. WINANTS, *op. cit.*, 366, n° 68; D. ANDRIEN, D. BATSELE, E. DERRICKS et M. SCARCEZ, *Comprendre les statuts et les droits des étrangers par les textes*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 240 à 242).

Selon F. BERNARD, («Les mesures privatives de liberté de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers», *Panopticon*, 1994, 532), mis à part les caractéristiques externes de la mesure, celle-ci ne relève pas de l'activité pénale traditionnelle et de ses exigences.