

Band/Tome

138

RPS

**Revue Pénale
Suisse**

2

RPS

**Rivista Penale
Svizzera**

www.zstrr.recht.ch

Othmar Strasser

**Die individuelle Strafbarkeit von Leitungs-
und Kontrollpersonen einer Bank für Defizite
im Risikomanagement zur Bekämpfung der
Geldwäscherei**

Ryan Gauderon/Kastriot Lubishtani

**L'ordonnance de classement des art. 52 ss CP et
la qualité pour recourir : un acquittement culpabilisant**

Manon Simeoni

**La modification de l'acte d'accusation au sens de
l'art. 333 al. 1 CPP**

Monika Simmler

**Einsicht der Medien in Strafbefehle –
Zur Reichweite des Art. 69 Abs. 2 StPO**



Stämpfli Verlag

ZStrR
RPS
RPS

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
Revue Pénale Suisse
Rivista Penale Svizzera

Gegründet von/Fondée par/Fondata da C. Stooss 1888

Herausgeberschaft – Comité de direction – Comitato di direzione

Ackermann Jürg-Beat, Prof., Luzern – *Bommer Felix*, Prof., Zürich – *Cassani Ursula*, Prof., Genève – *Donatsch Andreas*, em. Prof., Unterengstringen – *Gless Sabine*, Prof., Basel – *Kuhn André*, Prof., Neuchâtel – *Kunz Karl-Ludwig*, Prof., Bern – *Moreillon Laurent*, Prof., Lausanne – *Niggli Marcel Alexander*, Prof., Freiburg – *Pieth Mark*, Prof., Basel – *Roth Robert*, Prof. hon., Genève – *Schubarth Martin*, Prof., a. Bundesrichter, Lausanne/Basel – *Vest Hans*, Prof., Bern – *Wohlers Wolfgang*, Prof., Basel

Redaktoren – Rédacteurs – Redattori

Prof. *Ursula Cassani*, Faculté de droit, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, 1205 Genève
Prof. *Sabine Gless*, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel

Korrespondenten im Ausland – Correspondants à l'étranger – Corrispondenti all'estero

Cesoni Maria Luisa (B) – *Hörnle Tatjana* (D) – *Lelieur Fischer Juliette* (F) – *Manacorda Stefano* (I) – *Zerbes Ingeborg* (A)

Die Zeitschrift erscheint jährlich in vier Heften, in der Regel im März, Juni, September und Dezember. Sie befasst sich mit Fragen aus dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts, des Vollzugs der Strafen und Massnahmen sowie der Kriminologie. Sie veröffentlicht nur bisher noch nicht im Druck erschienene Originalbeiträge.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

La Revue paraît quatre fois par an, ordinairement en mars, juin, septembre et décembre. Elle traite des problèmes de droit pénal, de procédure pénale, d'exécution des peines ou mesures et de criminologie. Elle ne publie que des articles encore inédits.

L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les registes rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition.

Abonnementspreis jährlich (inkl. Onlinearchiv): Schweiz Fr. 214.– Ausland € 226.–
inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt.
Abopreis reine Onlineausgabe: Fr. 184.–

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.
Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.

Inserate Stämpfli AG, Postfach, 3001 Bern
Annonces Tel. 031 300 63 82, Fax 031 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com

Rezensionsexemplare sind an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu senden.
Les ouvrages pour compte rendu doivent être adressés à la Maison Stämpfli Editions SA, case postale, 3001 Berne.

Abonnements-Marketing Stämpfli Verlag AG, Periodika, Postfach, 3001 Bern
Marketing abonnements Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88, E-Mail: zeitschriften@staempfli.com
www.staempfliverlag.com/zeitschriften

© Stämpfli Verlag AG, Bern 2020. Printed in Switzerland by Stämpfli AG, Bern
ISSN 0036-7893 (Print) e-ISSN 2504-1452 (Online)

Ryan Gauderon et Kastriot Lubishtani, Lausanne

L'ordonnance de classement des art. 52 ss CP et la qualité pour recourir : un acquittement culpabilisant

Table des matières

- I. Introduction
- II. L'appréciation de la culpabilité aux art. 52 ss CP
 1. Devant l'autorité de jugement : l'« auteur » reconnu coupable d'une infraction pénale
 2. Dans l'instruction : l'« auteur » d'un acte illicite
 - a) La lettre de la loi
 - b) La révision de l'art. 53 CP
 - c) La jurisprudence
- III. La qualité pour recourir du prévenu
 1. Généralités
 2. L'examen de la qualité pour recourir sur la seule base du dispositif
 3. Les différents intérêts pour le prévenu mis au bénéfice d'un classement
 4. L'exigence d'aveux et la subsumption légale du Ministère public
 5. La création d'une inégalité de traitement entre les justiciables
- IV. Conclusion

I. Introduction

Dès la connaissance de soupçons de la commission d'une infraction, le Ministère public ouvre une instruction (art. 309 CPP)¹. Ce principe fait écho à celui de la légalité des poursuites (art. 7 CPP)². Il est toutefois directement nuancé, car l'art. 8 CPP réserve effectivement la possibilité pour les autorités pénales, face à certaines situations prévues par la loi, de renoncer à poursuivre et condamner des actes jugés de gravité relative. Ainsi, une instruction peut se terminer avant la tenue d'un procès, sur la base d'une ordonnance de classement rendue par le Ministère public seul, qui estime que les faits reprochés ne méritent pas que la procédure se déroule jusqu'à son terme (art. 319 CPP). Cette ordonnance, si aucun recours n'est déposé à son encontre, est assimilée à un acquittement (art. 320 al. 4 CPP).

1 RS 312.0.

2 FF 2006 1106.

Le Code de procédure pénale prévoit un droit de recours général. Aux termes de l'art. 382 CPP, toute partie ayant un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification d'une décision a qualité pour recourir contre celle-ci. Toute décision de justice produit des effets importants³, tant sur le plan procédural que sur celui du droit matériel. En effet, si une décision bénéficie en principe d'une forme de « présomption de conformité au droit », cette dernière n'est cependant pas irréfutable⁴.

Par conséquent, le législateur fédéral a estimé que toute partie doit pouvoir discuter et remettre en cause toute décision rendue à son endroit, lorsque celle-ci implique certaines conséquences⁵. Si le Code de procédure pénale en prévoit le principe (art. 393 al. 1 et 398 ss CPP)⁶, il en limite aussi la portée en énonçant certaines conditions relatives à la qualité pour recourir. Ainsi, les parties susceptibles d'interjeter recours doivent nécessairement justifier d'un intérêt juridique⁷. Il leur revient d'ailleurs de démontrer qu'elles y sont habilitées⁸. En d'autres termes, lorsqu'une voie de droit est ouverte contre une décision, encore faut-il pouvoir effectivement l'utiliser.

L'ordonnance de classement (art. 319 ss CPP) ne fait pas exception à la règle. En tant que décision mettant fin à l'instruction⁹ et à la procédure toute entière lorsque celle-ci entre en force (art. 320 al. 4 CPP), elle déploie des effets importants. Pour cette raison, le législateur lui a octroyé une autorité de force jugée dite « relative », puisqu'une procédure close par un classement peut aussi bien faire l'objet d'un recours avant son entrée en force que d'une réouverture après celle-ci en application de l'art. 323 CPP¹⁰.

3 *G. Piquerez/A. Macaluso*, Manuel de procédure pénale, Genève/Zurich/Bâle 2011, N 1874, p. 623.

4 *Y. Jeanneret/A. Kuhn*, Précis de procédure pénale, 3^e éd., Berne 2018, N 19001.

5 On rappelle que certains actes de procédure ne sont pas sujets à recours, faute de réelles conséquences sur la suite de la procédure (art. 380 CPP). Il s'agit notamment de la décision sur récusation (art. 59 CPP), de l'ordonnance d'ouverture d'instruction (art. 309 al. 3 CPP), de l'acte d'accusation (art. 324 al. 2 CPP) ou encore des décisions relatives à la conduite de la procédure (art. 393 al. 1 let. b).

6 Le CPP prévoit la possibilité de recourir sur toute forme de décision, sauf celles expressément exclues par lui, cf. : *Jeanneret/Kuhn* (n. 4), N 19001 ; *L. Moreillon/A. Parein-Reymond*, Petit commentaire du Code de procédure pénale, 2^e éd., Bâle 2016, art. 393 N 8 (cité : PC CPP, art. 1 N 1) ; *N. Schmid*, Schweizerische Strafprozessordnung. Praxiskommentar, 2^e éd., Zurich 2013, art. 393 N 2.

7 Arrêt TF 6B_1159/2015 du 7.4.2016, c. 2.1.

8 ATF 141 IV 289 c. 1 ; arrêt TF 6B_339/2016 du 5.8.2016, c. 2.1.

9 *Schmid* (n. 6), art. 320 N 1.

10 *R. Roth*, in : Commentaire romand, Code de procédure pénale, A. Kuhn/Y. Jeanneret (édit.), Bâle 2010, art. 323 N 1. Les deux conditions de réouverture prévues par le code sont cumulatives et doivent être appréciées de manière stricte (ATF 141 IV 194, c. 2.3 ; arrêt TPF BB.2014.179 du 6.5.2015 ; arrêt TF 6B_1015/2013 du 8.4.2014).

Si le recours de la partie plaignante ne pose en principe pas de problèmes particuliers (poursuivre l'auteur sur le plan pénal et/ou civil)¹¹, celui déposé par le prévenu dont le classement bénéfique ne semble pas toujours ouvert. Dans ce dernier cas, il nous paraît évident que la personne accusée mais finalement blanchie de toute faute pénale par l'ordonnance de classement rendue à son endroit n'a aucun intérêt juridique à l'annulation ou la modification de la décision¹². C'est par exemple le cas des personnes jugées irresponsables, qui doivent être affranchies de toute culpabilité et de toute peine (sous réserve du prononcé d'une mesure, art. 19 al. 3 CP)¹³, ainsi que des personnes ayant agi sous l'empire d'une erreur sur l'illégalité inévitable¹⁴.

Or, tel n'est pas toujours le cas selon nous, en particulier lorsque l'ordonnance de classement reconnaît une forme de faute, par exemple lorsque le Ministère public fonde sa décision en application des art. 52 ss CP et renonce à poursuivre le prévenu. Ainsi, le raisonnement, qui consiste à dire que seul le dispositif de la décision sujette à recours est pertinent pour reconnaître ou non l'existence d'un intérêt juridique à la partie qui interjette recours¹⁵ nous paraît trop simpliste et trop restrictif au vu de la jurisprudence actuelle. C'est précisément l'objet de la présente contribution. Pour ce faire, nous reviendrons premièrement sur l'appréciation de la culpabilité aux art. 52 ss CP (II), avant d'examiner en profondeur la question de la qualité pour recourir (III), puis conclure (IV).

II. L'appréciation de la culpabilité aux art. 52 ss CP

Les art. 52 à 55 du Code pénal sont dédiés à l'« exemption de peine » et se trouvent dans le chapitre 1 consacré aux « peines » (art. 34 ss) de la partie générale. Il existe trois motifs d'exemption : premièrement, l'absence d'intérêt à punir, « si

11 Pour certaines infractions néanmoins, la titularité du bien juridiquement protégé est parfois discutée lorsque l'énoncé de fait pénal protège en premier lieu des intérêts publics (voir par exemple : ATF 138 IV 258, c. 2.3 ; ATF 141 IV 444 ; ATF 143 IV 77, c. 4).

12 Arrêt TF 6B_979/2015 du 9.9.2016, c. 2.3 et références citées.

13 *M. Dupuis/L. Moreillon/C. Pigué/S. Berger/M. Mazou/V. Rodigari*, Petit commentaire du Code pénal, 2^e éd., Bâle 2017, art. 19 N 10 (ci-après : PC CP, art. 1 N 1).

14 Après une longue pratique jurisprudentielle fondée sur l'art. 20 aCP, le Tribunal fédéral a admis, de jurisprudence constante, que le fait d'avoir commis une erreur sur l'illégalité inévitable ôte le caractère illicite de l'acte et l'auteur doit être exempté de toute peine et libéré purement et simplement de toute poursuite pénale, ce qui équivaut à un acquittement pur et simple (ATF 120 IV 313, c. 2). En effet, l'art. 21 CP 1^{ère} phrase prévoit expressément que l'auteur « n'agit pas de manière coupable ».

15 Arrêt de la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal vaudois, décision n° 838 du 19.12.2016, c. 1.2.1. ; *V. Lieber*, in : A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 2^e éd., Zurich/Bâle 2014, art. 382 CPP N 8 s.

la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte sont peu importantes » (art. 52 CP) ; ensuite, la réparation, « lorsque l'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé » et « qu'il a admis les faits » (art. 53 CP) ; enfin, l'atteinte subie par l'auteur à la suite de son acte, « au point qu'une peine serait inappropriée » (art. 54 CP).

Subordonnant l'exemption de peine à la *culpabilité* (peu importante), à la réparation du dommage ou du tort *causé* et à l'admission des *faits* ou à l'atteinte consécutive aux conséquences de *l'acte*¹⁶, les art. 52 ss CP distinguent trois étapes de la procédure pénale au cours de laquelle une telle exemption peut entrer en ligne de compte, soit en tant que telle soit par application du principe procédural de l'opportunité des poursuites par leur abandon (art. 8 CPP)¹⁷.

En fonction du stade de la procédure auquel « l'auteur » se trouve, l'appréciation relativement à sa culpabilité n'est toutefois pas la même. Or, cette détermination sur le comportement de « l'auteur », en réalité prévenu, a corollairement une importance cruciale sur la question de savoir s'il est lésé ou non par la décision l'exemptant de peine et, partant, s'il a qualité pour recourir (art. 382 CPP).

Afin de mieux mettre en lumière les différences d'appréciation, il convient dès lors d'examiner cette problématique en décortiquant les stades distincts de la procédure envisagés par les art. 52 ss CP, par l'intermédiaire d'une distinction entre la phase devant l'autorité de jugement de celle de l'instruction.

1. Devant l'autorité de jugement : l'« auteur » reconnu coupable d'une infraction pénale

La constellation la plus évidente est l'étape ultime de la procédure, soit celle devant laquelle l'autorité de jugement, le plus souvent le tribunal, « renonce à infliger une peine » au prévenu.

À ce stade, renoncer à prononcer une sanction revient implicitement à dire qu'elle aurait pu l'être. Or, en vertu du principe de légalité (*nulla poena sine le-*

16 Arrêt TF 6B_533/2019 du 3.7.2019, c. 3.1 ; ATF 144 IV 202, c. 2.3 ; J. Jositsch/G. Ege/C. Schwarzenegger, *Strafrecht II. Strafen und Massnahmen*, 9^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2018, 65 ss ; A. Garbarski/J. Rutschmann, La réparation selon l'article 53 du Code pénal : justice de cabinet ou disposition providentielle ?, RPS 2016 171 ss, 177 s. ; D. Jositsch, *Strafbefreiung gemäss Art. 52 ff. StGBneu und prozessrechtliche Umsetzung*, SJZ 100/2004, 2 ss.

17 Jositsch/Ege/Schwarzenegger (n. 16), 65 ss ; Garbarski/Rutschmann (n. 16), 181 s. ; J. Hurtado Pozo, in : R. Roth/L. Moreillon (édit.), *Commentaire romand. Code pénal I*, Bâle 2009, art. 1 N 24.

ge)¹⁸, une sanction est subordonnée à la commission « d'un acte expressément réprimé par la loi » (art. 1 CP), c'est-à-dire d'une infraction pénale. Par conséquent, la commission d'une infraction pénale est une condition implicite et préalable de l'application des art. 52 ss CP devant le tribunal.

De ce fait, l'application de l'un de ces motifs d'exemption devant le tribunal se traduit concrètement par une reconnaissance de culpabilité dans le dispositif du jugement pénal, couplée à une exemption de peine selon le Tribunal fédéral¹⁹ et la doctrine²⁰. Ainsi, le prévenu est, comme le législateur le nomme, un « auteur » qui est reconnu coupable d'une infraction pénale.

Précisons pour le surplus que, lorsqu'un doute subsiste quant à la culpabilité de « l'auteur », ce dernier doit être acquitté, non pas sur la base des art. 52 ss CP, conformément au principe *in dubio pro reo*, sa culpabilité ne pouvant être démontrée à satisfaction de droit²¹.

Toutefois, la rigidité de ce principe, excluant tout classement au stade du jugement, qui doit nécessairement être condamnatore, est critiquée par une partie de la doctrine²².

Cette forme d'« inégalité » entre les différents stades de la procédure a délibérément été voulue par le législateur²³ et le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence à réitérée reprises²⁴. À notre sens, la solution de notre Haute Cour est adéquate à cet égard, tout en étant aussi conforme au principe de la présomption d'innocence. En effet, compte tenu du fait que l'instruction a pu être menée à chef dans cette hypothèse, l'autorité de jugement est ainsi à même de juger le compor-

18 J. Hurtado Pozo/T. Godel, *Droit pénal général*, 3^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2019, N 68 ; S. Trechsel/P. Noll/M. Pieth, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017, 50 s. et 69 ; M. Killias/A. Kuhn/N. Dongois, *Précis de droit pénal général*, 4^e éd., Berne 2016, N 805 ; P. Graven/B. Sträuli, *L'infraction pénale punissable*, 2^e éd., Berne 1995, 20.

19 ATF 139 IV 220, c. 3.3 = JdT 2014 IV 94 ; ATF 135 IV 27 ; ATF 135 IV 12, c. 3.6 = JdT 2010 IV 139.

20 F. Riklin, in : *Basler Kommentar, Strafrecht (StGB/JStGB)*, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), 4^e éd., Bâle 2018, Vor Art. 52-55 N 26 ; Jositsch/Ege/Schwarzenegger (n. 16), 65 ss ; M. Dupuis/L. Moreillon/C. Piguet/S. Berger/M. Mazou/V. Rodigari, *Petit commentaire du Code pénal*, 2^e éd., Bâle 2017, art. 52 N 7 (ci-après : PC CP, art. 1 N 1) ; Garbarski/Rutschmann (n. 16), 181 s. ; Killias/Kuhn/Dongois (n. 18), N 1006 ; M. Killias/C. Kurth, in : *CR CP I* (n. 17), Introduction aux art. 52 à 55 CP N 10.

21 Riklin, in : *BSK StGB* (n. 20), Vor Art. 52-55 N 7 ; G. Arzt, *Verfolgungsverzicht und Unterlassung der Nothilfe*, ZBJV 127/1991 445 ss, 450 ss.

22 Riklin, in : *BSK StGB* (n. 20), Vor Art. 52-55 N 18 ; Garbarski/Rutschmann (n. 16), 182 s. ; G. Fiolka/C. Riedo, in : *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO)*, M. A. Niggli/H. Marianne/H. Wiprächtiger (édit.), 2^e éd., Bâle 2014, art. 8 N 106a.

23 Riklin, in : *BSK StGB* (n. 20), Vor Art. 52-55 N 7 ; S. Flückiger (n. 36), 285 ; ATF 135 IV 27, c. 2.3.

24 Arrêt TF 6B_156/2017 du 22.12.2017, c. 1 ; TF 6B_991/2013 du 24.4.2014, c. 2.3 ; TF 6B_215/2013 du 27.1.2014, c. 2.2 ; ATF 139 IV 220 = JdT 2014 IV 94.

tement du prévenu et de le qualifier de répréhensible ou non du point de vue du droit pénal. S'il apparaît que les éléments constitutifs d'une infraction pénale sont réalisés, alors le tribunal doit condamner ; inversement, il doit acquitter lorsque ces éléments ne sont pas réunis. Rien ne justifie que l'autorité de jugement n'exerce pas sa mission première, à savoir porter un jugement socio-éthique sur un comportement qui a dépassé les limites admissibles dessinées par la loi pénale²⁵. Lui permettre de prononcer une ordonnance de classement revient à l'autoriser à tracer une troisième voie entre une appréciation condamnatrice et absolutoire, qui serait *de jure* un acquittement du prévenu (art. 320 al. 4 CPP), mais amoindri *de facto*, ce qui n'est pas souhaitable à notre sens²⁶.

2. Dans l'instruction : l'« auteur » d'un acte illicite

Lors de l'étape antérieure de la procédure, c'est-à-dire dans le cadre de l'instruction, le Ministère public « renonce à poursuivre » l'auteur ou à « le renvoyer devant le juge ». En d'autres termes, il est renoncé à l'ouverture d'une instruction ou à la mise en accusation du prévenu devant l'autorité de jugement (art. 324 CPP). Ce faisant, l'autorité de poursuite rend une ordonnance de non-entrée en matière ou de classement (art. 8 al. 4, 310 et 319 CPP)²⁷, lesquelles ont toutes deux les effets d'un acquittement dès leur entrée en force (art. 320 al. 4 CPP et art. 310 al. 2 CPP par renvoi).

Rappelons qu'à ce moment de la procédure, l'activité de l'autorité de poursuite est guidée par le principe *in dubio pro duriore*. En d'autres termes, pour qu'une instruction soit ouverte ou qu'un prévenu soit mis en accusation, sa condamnation doit apparaître plus vraisemblable que son acquittement ou tout aussi probable que ce dernier²⁸. À l'inverse, il doit y être renoncé lorsqu'il apparaît clairement que les faits en cause ne sont pas punissables²⁹.

De toute évidence, la renonciation à l'ouverture de l'enquête ou au renvoi devant l'autorité de jugement dans le cadre des art. 52 ss CP n'appréhende que le premier versant du principe *in dubio pro duriore*. Pour reprendre un proverbe connu, il y a donc dans ces cas de la fumée et il est fort plausible qu'il y ait également feu.

25 H. Wiprächtiger, Der Verzicht auf Weiterverfolgung und Strafbefreiung nach Artikel 66^{bis} StGB – ein Weg zu mehr Einzelfallgerechtigkeit ?, RPS 121/2003 141 ss, 169. Voir également : Riklin, in : BSK StGB (n. 20), Vor Art. 52-55 N 28.

26 Contra : Garbarski/Rutschmann (n. 16), 182 ss ; Riklin, in : BSK StGB (n. 20), Vor Art. 52-55 N 18.

27 PC CPP (n. 6), art. 8 N 14 ; ATF 139 IV 220, c. 3.4 = JdT 2014 IV 94.

28 Arrêt TF 6B_838/2019 du 12.9.2019, c. 5.1 ; ATF 138 IV 86, c. 4.2 = JdT 2013 IV 98. Voir aussi : R. Grädel/M. Heiniger, in : BSK StPO (n. 22), art. 319 N 8 ; PC CPP (n. 6), art. 319 N 8a ss.

29 *Ibid.*

Or, la doctrine s'interroge sur la véritable portée à donner à cette « renonciation », en particulier quant à l'appréciation de la culpabilité, cela afin de se conformer au principe de la présomption d'innocence (art. 32 al. 1 Cst.³⁰ et art. 6 par. 2 CEDH³¹)³².

Quelques auteurs minoritaires plaident d'ailleurs l'existence d'une forme de culpabilité dans le cadre d'une renonciation à ces stades de la procédure. Selon *Arzt*, la disposition sur l'exemption de peine (art. 66^{bis} aCP) présuppose en effet une clarification de la question de la culpabilité³³. Évoquant une appréciation anticipée de la culpabilité aux art. 52 ss CP, *Jositsch* a une position similaire, en considérant que l'application de ces normes exige une véritable culpabilité, allant donc au-delà d'une simple évaluation hypothétique. Partant, une ordonnance de classement n'est pas envisageable, mais seuls sont admissibles, pour respecter la présomption d'innocence, une ordonnance pénale ou un jugement constatant la culpabilité de l'auteur³⁴. Pour leur part, *Stratenwerth* et *Wohlens* sont d'avis que la renonciation ne devrait être prononcée que s'il n'y a aucun doute raisonnable que la personne concernée a effectivement commis une infraction qui lui est reprochée dans la procédure³⁵.

En revanche, la doctrine majoritaire soutient que l'ordonnance de classement mettant un terme à l'instruction pénale ne contient pas de verdict de culpabilité et, partant, qu'elle est compatible avec le principe de la présomption d'innocence. Ainsi, *Riklin* et *Wiprächtiger* sont, entre autres, de l'avis qu'il n'existe qu'une évaluation hypothétique de la culpabilité à ce stade, reposant sur un état de fait incriminant suffisamment établi – « *hinreichend geklärtter belastender Sachverhalt* » – qui conduirait probablement à une condamnation si la procédure était menée à chef³⁶. Les auteurs du Petit commentaire du Code pénal évoquent, quant à eux, « la renonciation à poursuivre l'auteur dont la culpabilité *serait* peu importante », laiss-

30 RS 101.

31 RS 0.101.

32 Arrêt CourEDH, affaire *Adolf c. Autriche* du 26.3.1982, requête 8269/78, §§ 35 ss.

33 *G. Arzt* (n. 21), 452. Il est à noter que cet auteur se repose sur l'art. 66^{bis} aCP, alors seule disposition en vigueur relative à l'exemption de peine dans le Code pénal, correspondant aujourd'hui à l'art. 54 CP.

34 *Jositsch* (n. 16), 8 s.

35 *G. Stratenwerth/W. Wohlens*, *Schweizerische Strafgesetzbuch. Handkommentar*, 3^e éd., Berne 2013, art. 53 N 1 : « *Der Verzicht sollte daher nur ausgesprochen werden, wenn kein vernünftiger Zweifel daran bestehen kann, dass der Betroffene das ihm zur Last gelegte Delikt wirklich begangen hat* ».

36 *Riklin*, in : *Basler Kommentar, Strafrecht (StGB/JStGB)*, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), 4^e éd., Bâle 2018, Vor Art. 52-55 N 31 ; *Wiprächtiger* (n. 25), 168 s. Dans le même sens : *S. Trechsel/S. Keller*, in : *StGB Praxiskommentar*, S. Trechsel/M. Pieth (édit.), 3^e éd., Zurich/St-Gall 2018, art. 52 N 4 s. ; *G. Fiolka/C. Riedo*, in : *BSK StPO* (n. 22), art. 8 N 117 ; *S. Flückiger*, Art. 66^{bis} StGB/Art. 54 f. StGBneu – Betroffenheit durch Tatfolgen. Straftatfolgen als Einstellungsgrund und Strafersatz ?, Berne 2006, 316 ss.

sant entendre qu'une ordonnance de non-entrée en matière ou de classement ne contient pas d'appréciation définitive à cet égard³⁷. Enfin, sans aborder directement cette question, *Garbarski et Rutschmann* notent que le classement a « le poids d'un acquittement », pour en conclure que celui-ci « est, par définition, incompatible avec une quelconque reconnaissance de culpabilité »³⁸.

Cette opinion majoritaire de la doctrine a trouvé un écho favorable auprès du Tribunal fédéral, qui juge également que l'ordonnance de classement « ne se prononce pas sur la culpabilité »³⁹.

Pourtant, diverses indications laissent penser que le constat se doit d'être nuancé. Ces motifs se fondent tout d'abord sur l'interprétation de la *lettre* de la loi, la *récente révision législative* dont a fait l'objet l'art. 53 CP et enfin la *jurisprudence*.

a) La lettre de la loi

La lettre de la loi est ici éloquente et il sied de souligner les carences législatives dont souffrent les art. 52 ss CP, que la doctrine a d'ores et déjà relevées⁴⁰. En effet, il est fait référence dans la loi à la « culpabilité », à l'« auteur », à son « acte » et aux « conséquence de son acte ».

Or, avant de faire l'objet d'une condamnation définitive et exécutoire, une personne poursuivie n'est pas un « auteur » mais un « prévenu » (art. 111 CPP). Sa culpabilité ne peut être engagée, car elle est encore présumée « innocente » et, tout au plus, il ne peut y avoir qu'un « soupçon de culpabilité ». Enfin, le conditionnel est refusé au prévenu, la loi se reposant directement sur le dommage ou le tort *qu'il a* et non *aurait* causé.

Il apparaît ainsi que législateur a adopté la norme en n'ayant à l'esprit qu'une seule étape de la procédure : celle devant l'autorité du jugement, seule solution en harmonie avec la voie actuelle esquissée par notre Haute Cour, voulant que seule l'autorité de jugement condamne et exempte de peine. Bien que l'interprétation de la loi fasse appel, outre la lettre, à son *esprit* (art. 1 al. 1 CC), force est d'admettre que la formulation est peu heureuse. De ce fait, le texte légal ne rend pas justice au principe de la présomption d'innocence, que le législateur est pourtant tenu, lui aussi, de respecter dans son activité législative (art. 35 al. 2 Cst.). Or, il le méconnaît précisément dans la formulation du texte légal des art. 52 ss CP, permettant de laisser croire qu'un classement reposant sur ces normes n'a pas une conséquence aussi univoque que le laisse entendre l'art. 320 al. 4 CPP.

37 PC CPP (n. 6), art. 52 N 8.

38 *Garbarski/Rutschmann* (n. 16), 181.

39 ATF 144 IV 202, c. 2.3 ; arrêt TF 6B_156/2017 du 22.12.2017, c. 1, qui évoque « l'absence de prononcé de culpabilité » dans le cadre d'une ordonnance de classement.

40 *Riklin*, in : BSK StGB (n. 20), Vor Art. 52-55 N 33 ; *S. Flückiger* (n. 36), 72 ; *Wiprächtiger* (n. 25), 147.

b) La révision de l'art. 53 CP

À cela, encore faut-il ajouter que le législateur n'a pas corrigé le tir, alors que l'occasion s'est récemment présentée à lui au moment de la révision de l'art. 53 CP, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2019⁴¹. L'examen des travaux préparatoires est intéressant à plus d'un titre, étant donné qu'y figurent plusieurs considérations relatives à la question de la culpabilité dans le cadre de l'exemption de peine.

La nouvelle mouture de l'art. 53 CP contient désormais une exigence supplémentaire pour l'exemption de peine en cas de réparation : « l'auteur a admis les faits » (lit. c). La révision a le mérite d'apporter une clarification à cet égard, l'exigence d'aveux ayant fait débat dans la doctrine⁴². Elle va toutefois au-delà de la jurisprudence, selon laquelle le prévenu devait reconnaître la violation d'une norme⁴³, ce qui suscite également des questionnements par rapport à la présomption d'innocence⁴⁴.

La genèse de la nouvelle est à chercher dans une initiative parlementaire, par laquelle il était proposé que l'exemption de peine soit subordonnée à l'exigence légale que l'auteur « avoue ou se déclare coupable » de l'infraction qui lui est reprochée, au motif qu'« aucune réparation n'est possible sans cette reconnaissance de la culpabilité »⁴⁵. Cette conception, qui lie la culpabilité à la réparation, n'est pas si étrangère aux fondements de l'art. 53 CP, le Conseil fédéral reconnaissant que la réparation contribue « à rétablir la paix publique »⁴⁶ qui aurait été brisée par « l'acte » du prévenu.

Imparfait, le texte proposé a cependant été modifié pour s'écarter de l'exigence de la reconnaissance de culpabilité par le prévenu – compétence réservée à la seule autorité de jugement et non au citoyen –, pour la seule reconnaissance des « faits déterminants » reprochés⁴⁷.

Lors des travaux parlementaires, la conseillère fédérale Simonetta Sommaruga a également fourni des indications supplémentaires, en précisant que l'admission comprenait la reconnaissance de la violation d'une norme⁴⁸, ainsi que l'exigeait le Tribunal fédéral⁴⁹. Enfin, le caractère positif pour le rétablissement de la

41 FF 2018 3881 ; RO 2019 1809.

42 Pour une analyse critique à ce sujet, cf. : *Garbarski/Rutschmann* (n. 16), 180.

43 ATF 135 IV 12, c. 3.5.3.

44 Voir la prise de position du canton d'Obwald et de l'UNIL dans la consultation concernant l'art. 53 CP nouveau : *Office fédéral de la justice*, synthèse des résultats de la consultation relative à l'initiative parlementaire 10.519. Modifier l'article 53 CP, 3. 4. 2017, 1 ss, 6.

45 Initiative parlementaire 10.519. Modifier l'article 53 CP, 14. 12. 2010.

46 FF 1999 1787, 1872.

47 FF 2018 3881, 3889 ; 2018 5029, 5033.

48 BO 2018 N 1476 ; *Garbarski/Rutschmann* (n. 16), 180.

49 ATF 135 IV 12, c. 3.5.3 ; arrêt TPF SK.2016.56 du 3. 4. 2017, c. 4.2.1 qui a été contesté avec succès mais sur un autre point devant le Tribunal fédéral et confirmé pour le surplus (6B_604/2017 du 18. 4. 2018).

« paix publique » de la réparation, en faveur de la « prévention générale », a également été mis en avant au Parlement⁵⁰.

Ces divers éléments laissent percevoir que, dans l'esprit du législateur, la question de la culpabilité dans l'application des motifs d'exemption de peine n'est pas si évidente. S'il est clair que le prévenu n'a pas à reconnaître sa culpabilité, ce qu'on ne saurait de toute manière exiger de lui, il faut considérer cependant que l'exigence de la reconnaissance des faits reprochés dans une ordonnance de classement, ou de la violation d'une norme pour le Tribunal fédéral – « pénale », disent certains auteurs⁵¹ – la confine à une reconnaissance implicite, mais non formelle, de culpabilité⁵².

c) La jurisprudence

Enfin, la jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas limpide non plus et paraît contradictoire, laissant également entrevoir que le classement reposant sur les art. 52 ss CP est véritablement singulier.

C'est à l'occasion d'une question connexe, portant sur le sort des frais de procédure, que les juges de Mon Repos se sont prononcés sur les effets à l'égard de la culpabilité d'une exemption de peine. Précisant la portée d'un arrêt non publié⁵³, notre Haute Cour considère notamment que l'ordonnance de classement « n'emporte pas condamnation et ne se prononce pas sur la culpabilité », cela aux fins de respecter le principe de la présomption d'innocence (art. 6 § 2 CEDH)⁵⁴. Toutefois, il est admis que les art. 52 ss CP reposent sur « la prémisse selon laquelle l'auteur [...] porte une part de culpabilité »⁵⁵. De ce fait, l'exemption de peine d'un prévenu bénéficiant d'une ordonnance de classement signifie qu'il a « nécessairement commis » un « acte illicite »⁵⁶.

Cela dit, le Tribunal fédéral ne s'étend pas plus avant sur la nature de cet « acte illicite », quand bien même il paraît évident qu'il y a lieu de s'en remettre à tout le moins à la notion de comportement « illicite » du point de vue du droit civil découlant de l'art. 426 al. 2 CPP⁵⁷. Le rapport explicatif du Conseil fédéral, par rapport à la nouvelle condition de l'admission des faits de l'art. 53 CP, indique que le prévenu doit admettre « les circonstances objectives et subjectives telles qu'elles lui

50 BO 2018 N 1476.

51 *Garbarski/Rutschmann* (n. 16), 180.

52 Arrêt CourEDH, affaire *Adolf c. Autriche* du 26.3.1982, requête 8269/78, §§ 35 ss ; cf. n. 45.

53 Arrêt TF 6B_156/2017 du 22.12.2017, c. 1.

54 ATF 144 IV 202, c. 2.3.

55 ATF 144 IV 202, c. 2.3.

56 ATF 144 IV 202, c. 2.3.

57 PC CPP (n. 6), art. 426 N 11.

sont reprochées », cela supposant que « les faits aient été établis comme il se doit »⁵⁸. Par ailleurs, notre Haute Cour a indiqué dans un arrêt postérieur qu'il n'est pas nécessaire « de fonder la violation d'une norme générale de comportement sur une norme autre que celle pour laquelle la condamnation pénale avait été exclue » concernant l'art. 52 CP, dans une affaire relative à l'imputation des frais⁵⁹.

Sans le dire textuellement, le Tribunal fédéral semble donc considérer que l'acte illicite « nécessairement » commis par le prévenu est une norme de droit pénal⁶⁰. Ce point de vue est renforcé en outre par le fait que le prévenu, dans l'admission des faits, se doit donc de reconnaître avoir violé une norme⁶¹, aussi bien dans ses éléments objectifs et subjectifs⁶², que *Garbarski* et *Rutschmann* qualifient à juste titre de « pénale »⁶³.

Il est également lieu de rappeler le fondement dogmatique sur lequel repose une institution telle que la réparation pour fonder l'exemption de peine, qui est régulièrement mise en exergue par la jurisprudence et qui peut être généralisée. En effet, si la réparation s'inscrit en premier lieu dans l'intérêt de la victime, elle doit de plus contribuer à rétablir « la paix sociale » après la violation d'une norme, selon le Tribunal fédéral et le Conseil fédéral⁶⁴. Or, il n'est pas de norme de droit civil dont la violation engendrerait un trouble à la paix publique ou sociale qu'il y aurait lieu de rétablir, le droit privé n'ayant en aucun cas vocation à protéger la paix sociale en elle-même. Il ne peut que s'agir de normes ressortissant au droit pénal⁶⁵, raison pour laquelle l'« acte illicite » auquel le Tribunal fédéral se réfère ne peut être que de nature pénale.

Si tel est bien le cas, il y a quelque chose de foncièrement antinomique à considérer, d'une part, qu'un prévenu a nécessairement commis un « acte illicite » relevant du droit pénal et, d'autre part, que l'ordonnance de classement ne se prononcerait pas sur la culpabilité⁶⁶.

58 *CAJ-N*, Avant-projet et rapport explicatif relatif à l'initiative parlementaire 10.519. Modifier l'article 53 CP, 13.10.2016, 1 ss, 8.

59 Arrêt TF 6B_680/2019 du 27.9.2019, c. 2.3.

60 *Garbarski/Rutschmann* (n. 16), 180, semblent considérer, au sujet de l'aveu requis par la jurisprudence, qu'il doit porter sur la reconnaissance d'une violation d'« une norme pénale (aspect objectif) ».

61 ATF 137 I 16, c. 2.3 ; ATF 135 IV 12, c. 3.5.3.

62 *CAJ-N* (n. 58), 8.

63 *Garbarski/Rutschmann* (n. 16), 180.

64 Arrêt TPF SK.2016.56 du 3.4.2017, c. 4.2.1 ; arrêt TF 6B_344/2013 du 19.7.2013, c. 4.3 ; ATF 135 IV 12, c. 3.4.1 et 3.4.3 = JdT 2010 IV 139 ; arrêt TF 6B_152 du 13.5.2008, c. 5.2.3. Voir aussi : FF 2018 5029, 5033 ; 1999 1787, 1872.

65 *Y. Leroy/M.-A. Schænenberger*, Introduction générale au droit suisse, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2015, 585 ; *J. Dubey/J.-B. Zufferey*, Droit administratif général, Bâle 2014, N 227 ; *Graven/Sträuli* (n. 18), 5.

66 *Garbarski/Rutschmann* (n. 16), 180.

Ce faisant, si une ordonnance de classement exemptant de peine ne comporte pas formellement de verdict de culpabilité, elle en contient les traces, aussi bien dans le libellé de la loi que dans la jurisprudence. Un arrêt de la Cour de justice genevoise l'a exprimé clairement : « une déclaration de culpabilité » « pourrait [...] trouver sa place dans une décision de classement »⁶⁷. Certes, l'art. 320 al. 4 CPP confère au classement le poids d'un acquittement et c'est précisément ce que le dispositif d'une décision reflètera. Il n'en demeure pas moins que le contenu de cette décision, au regard de ce qui précède, démontre que le classement sur la base des art. 52 ss CP est dans une zone grise ou *sui generis*, en n'étant pas totalement absolutoire, ni absolument condamatoire, mais proche du constat de culpabilité tout de même. C'est précisément ce qui semble problématique, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁸, et qui nous amène à mettre en doute la conformité de cette institution au principe de la présomption d'innocence et donc au droit constitutionnel (art. 32 al. 1 Cst.) et conventionnel (art. 6 § 2 CEDH), à tout le moins dans la manière dont elle mise en pratique à ce jour. Rajoutons finalement qu'il est quelque peu artificiel de vouloir reconnaître à la fois le tort pénal causé par le prévenu et en même temps le dédouaner de toute responsabilité. Telle n'est pas, qui plus est, la *ratio legis* des art. 52 ss CP, qui se suffisent de l'absence du prononcé d'une peine – l'exemption *per se* ou la renonciation aux poursuites –, sans requérir en plus un acquittement.

Au vu de ce qui précède, la voie tracée par *Jositsch*⁶⁹ nous semble devoir être soutenue. Dans le cadre de l'instruction, seule doit être envisagée l'ordonnance pénale lorsque la culpabilité est établie à satisfaction de droit, couplée à l'exemption de peine. La voie de l'ordonnance de classement ne devrait être utilisée qu'à la condition que le libellé de cette décision ne laisse pas penser qu'une infraction a été commise et qu'il existe une culpabilité.

À ces considérations militant pour un changement de paradigme s'en ajoutent d'autres, relativement à la qualité pour recourir.

III. La qualité pour recourir du prévenu

1. Généralités

Le Code de procédure pénale prévoit que les parties ont qualité pour recourir lorsqu'elles démontrent un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou la modification de la décision attaquée (art. 382 CPP). Le prévenu est évidemment

67 Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève ACPR/765/2018 du 14.12.2018, c. 5.4.

68 Arrêt CourEDH, affaire Adolf c. Autriche du 26.3.1982, requête 8269/78, § 40.

69 *Jositsch* (n. 16), 8 s.

une partie au sens de l'art. 104 et 105 al. 2 CPP⁷⁰. Cet « intérêt juridiquement protégé », qui constitue la condition matérielle de la qualité pour recourir⁷¹, doit être actuel et direct. Cette exigence permet aux tribunaux de ne connaître que des questions concrètes à trancher et éviter de se prononcer de manière purement théorique⁷².

Ainsi, le recourant doit être personnellement et directement touché par la décision⁷³. Précisons toutefois que le préjudice qu'il invoque n'est pas forcément d'ordre matériel, ni effectif; il suffit qu'il soit virtuel. L'intérêt peut donc déjà exister alors même que l'acte ne déploie pas encore certains de ses effets les plus importants⁷⁴.

Le prévenu qui voit finalement la procédure dirigée contre lui classée en vertu de l'art. 52, 53 ou 54 CP ne semble *a priori* pas légitimé à recourir contre son ordonnance de classement (ou de non-entrée en matière). En effet, on voit mal de quoi pourrait se plaindre un prévenu acquitté (art. 320 al. 4 CPP). Pourtant, il existe des cas dans lesquels le prévenu pourrait malgré tout subir une atteinte à ses intérêts juridiques. Si l'on peut penser à l'imputation des frais de la procédure et l'octroi de dépens à la partie plaignante⁷⁵, il en va également de même des affaires pénales qui sont en lien étroit avec des questions de droit civil ou administratif, ou plus généralement qui influent sur des conséquences juridiques connexes à la procédure pénale. Ainsi, malgré la « transformation » de l'ordonnance de classement en un acquittement, plusieurs raisons plaident pour reconnaître au prévenu une qualité pour recourir contre une ordonnance de classement fondée sur l'un des art. 52 à 54 CP.

2. L'examen de la qualité pour recourir sur la seule base du dispositif

De jurisprudence constante, la portée juridique d'une décision judiciaire s'apprécie en principe à l'aune du dispositif⁷⁶, ce dernier étant déterminant pour apprécier l'autorité de la chose jugée d'un jugement⁷⁷. C'est d'ailleurs sur la base des dispositifs de la décision de première instance et de celle de l'autorité d'appel que

70 Arrêt TF 6B_159/205 du 7.4.2016, c. 2.1; ATF 139 IV 78, c. 3.1 = SJ 2013 I 273.

71 Arrêt TF 1B_414/2014 du 1.4.2015, c. 1.2.

72 ATF 140 IV 74, c. 1.3.1; ATF 137 I 296, c. 4.2; ATF 136 I 274, c. 1.3 = JdT 2010 IV 153.

73 ATF 133 IV 121, c. 1.2.

74 R. Calame, in: CR CPP (n. 10), art. 382 N 3.

75 ATF 119 IV 44, c. 1a.

76 Calame, in: CR CPP (n. 10), art. 382 N 4.

77 ATF 128 III 191, c. 4a; arrêt TF 8C_624/2009 du 30.7.2010, c. 7.2; arrêt TF 4A_66/2016 du 22.8.2016, c. 4.1.1.

l'interdiction de la *reformatio in pejus* est examinée⁷⁸. Par conséquent, comme un corollaire à ce principe, la motivation d'une décision, à elle seule, ne peut pas faire l'objet d'un recours⁷⁹.

Faute d'une jurisprudence fédérale sur cette question, il apparaît que la pratique cantonale vaudoise semble, elle, précisément rejeter la qualité pour recourir d'un prévenu contre une ordonnance de classement, au motif que seul le dispositif déploie des effets, ce qui, selon la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal vaudois, limite la qualité pour recourir de l'« acquitté », dès lors qu'aucune atteinte juridique ne peut être retenue⁸⁰.

Cela étant, la jurisprudence constante retient également qu'il convient de se référer à l'exposé des motifs – donc aux considérants – retenus par l'autorité ayant jugé le cas d'espèce pour comprendre la portée et le sens exact d'un dispositif⁸¹, ce dernier pouvant même parfois renvoyer directement à certains considérants⁸². Si le dispositif peut donc être vu comme *le résultat* (ou la résultante) des considérants, il paraît effectivement logique de s'intéresser également au cheminement juridique ayant conduit l'autorité à se prononcer comme elle l'a fait.

Ainsi, c'est à raison selon nous que le Tribunal fédéral a assoupli le principe strict selon lequel seul le dispositif est déterminant pour apprécier la portée d'une décision ou d'un jugement. En effet, force est de reconnaître que le dispositif seul ne permet clairement pas toujours de comprendre correctement ce qui a effectivement été jugé dans un cas d'espèce et ce sur quoi l'autorité juridictionnelle s'est réellement prononcée⁸³.

D'ailleurs, notre Haute Cour le rappelle elle-même : le dispositif ne représente qu'« une partie du prononcé de clôture » au sens de l'art. 81 CPP⁸⁴. Les art. 80 ss CPP sont effectivement des dispositions générales de procédure qui régissent la forme que doit prendre l'entier des *prononcés* rendus en application du CPP. L'ordonnance de classement ne fait pas exception (art. 320 al. 1 CPP, qui renvoie aux

78 ATF 142 IV 129 c. 4; ATF 139 IV 282, c. 2.6 = JdT 2014 IV 182; arrêt TF 6B_392/2015 du 11.3.2016, c. 2.1. Selon ces jurisprudences, même si la peine retenue dans le dispositif rendu par l'autorité d'appel reste inchangée, le fait de retenir une qualification juridique plus grave dans la motivation de la décision peut également fonder une violation de l'art. 391 al. 2 CPP.

79 *Calame*, in : CR CPP (n. 10), art. 382 N 5; *W. Dubach*, Allgemeine Bestimmungen über die Rechtsmittel, in : Aargauisches Strafprozessrecht, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Aargauischen Juristenvereins, Aarau 1961, 180.

80 Arrêt de la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal vaudois, décision n° 838 du 19.12.2016, c. 1.2.1.

81 ATF 143 IV 469, c. 4.2.2; ATF 142 III 210, c. 2.2; ATF 128 III 191, c. 4a; ATF 125 III 8, c. 3b; ATF 123 III 16, c. 2a; ATF 116 II 738, c. 2a; arrêt TF 5A_216/2018 du 11.9.2018, c. 5.1.1.

82 Arrêt TF 8C_624/2009 du 30.7.2010, c. 7.2. En effet, même si l'autorité de la chose jugée ne s'attache en principe qu'au dispositif, elle s'étend à tous les faits faisant partie de la cause (ATF 115 II 187, c. 3b).

83 ATF 116 II 738, c. 2a; arrêt TF 4A_177/2018 du 12.7.2018, c. 4.1.

84 ATF 143 IV 469, c. 4.2.2; arrêt TF 6B_155/2019 du 29.3.2019, c. 1.2.

art. 80 et 81 CPP) et doit ainsi prendre la forme d'un prononcé de clôture, ce prononcé étant constitué et des considérants et du dispositif retenus par l'autorité (art. 81 al. 1 let. b et c CPP).

Dans le prolongement de ce qui précède, ce renvoi du CPP suppose par ailleurs que l'ordonnance de classement doive être motivée, au moins brièvement⁸⁵. La motivation a précisément pour but de comprendre la décision et de permettre au justiciable de recourir contre celle-ci le cas échéant⁸⁶. Pour classer la procédure en application des art. 52 ss CP, le Ministère public doit ainsi démontrer en quoi les faits sont constitutifs d'une infraction et pour quelles raisons il se justifie de mettre le prévenu au bénéfice d'un classement pour opportunité. À cet égard, l'art. 81 al. 4 let. a CPP précise encore que le dispositif doit également contenir la désignation des dispositions légales dont il a été fait application pour juger de l'affaire. Cette règle ne saurait toutefois imposer au tribunal de mentionner, dans le dispositif du jugement, toute disposition légale appliquée dans la cause dont il a été saisi. Il s'agit uniquement des dispositions qui fondent la condamnation⁸⁷. Constituent notamment de telles dispositions les articles relatifs aux infractions réalisées, au degré de réalisation de l'infraction ou au mode de participation de l'auteur⁸⁸.

Pourtant, le classement prononcé par le Ministère public a cela de particulier qu'il ne rend ni un réel verdict de culpabilité, ni un véritable jugement d'acquiescement. Ce type de décision emporte une forme de reconnaissance de culpabilité comme exposé ci-dessus, ce qui coexiste mal avec les effets d'un classement entré en force. Ainsi, un Ministère public qui décide de renoncer à poursuivre au motif que le prévenu a suffisamment réparé le « tort qu'il a causé » (art. 53 CP) ou parce que la « culpabilité » est de « peu d'importance » (art. 52 CP) n'aura parfois même pas concrètement retenu une infraction, dès lors que le principe de l'opportunité des poursuites vise précisément à éviter de déterminer exactement et précisément tous les éléments constitutifs d'une infraction permettant de condamner l'auteur. En cas de non-entrée en matière ou de classement toutefois, la doctrine reconnaît que le dispositif doit au moins faire ressortir le principe ou l'infraction à laquelle il est fait référence, sans qu'il soit pour autant nécessaire de désigner précisément la disposition légale appliquée⁸⁹. Faute de disposition parfois clairement enfreinte, le dispositif d'une ordonnance de classement devrait selon nous au moins faire figurer le motif permettant au Ministère public de clôturer la procédure.

85 PC CPP (n. 6), art. 310 N 2 ; R. Roth, in : CR CPP (n. 10), art. 320 N 3 ; R. Grädel/M. Heiniger, in : BSK StPO (n. 22), art. 320 N 5.

86 Jeanneret/Kuhn (n. 4), N 5019 ; Macaluso, in : CR CPP (n. 10), art. 80 N 5 ss.

87 N. Stohner, in : BSK StPO (n. 22), art. 81 N 20 ; J. Pitteloud, Code de procédure pénale suisse. Commentaire à l'usage des praticiens, Zurich/St-Gall 2012, art. 81 N 174.

88 ATF 143 IV 469, c. 4.2.2.

89 Macaluso, in : CR CPP (n. 10), art. 81 N 19.

De cette manière, même si l'on retient le principe strict selon lequel seul le dispositif est déterminant pour examiner l'existence pour le prévenu d'un intérêt juridique à l'annulation ou la modification de la décision, il ne pourrait pas être fait obstacle à la possibilité de former recours contre une ordonnance de classement dès lors que l'infraction ou les infractions commises et le motif d'opportunité figurent, au moins dans leur principe, dans le dispositif⁹⁰.

À la lecture de la jurisprudence du Tribunal fédéral et des principes exposés ci-dessus, on ne voit pas les raisons qui permettraient de ne pas appliquer le principe qui prévaut dans le cadre de la *reformatio in pejus* à l'examen de l'existence pour le prévenu d'un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de l'ordonnance de classement. Par conséquent, l'autorité de recours amenée à déterminer la qualité pour recourir du prévenu ayant attaqué la décision rendue à son endroit ne doit pas limiter son examen au dispositif seul, mais il doit bien procéder à une lecture à la lumière des considérants de la décision querellée⁹¹.

3. Les différents intérêts pour le prévenu mis au bénéfice d'un classement

Bon nombre de situations juridiques (et judiciaires) impliquent des conséquences importantes lorsqu'une autorité se fonde sur l'issue de la procédure pénale pour rendre son jugement. Et l'autorité judiciaire saisie ne va pas se contenter de la production du seul dispositif. L'entier du prononcé de clôture lui sera remis. La loi va même plus loin, puisqu'elle autorise les autorités pénales à transmettre non pas le jugement ou l'ordonnance ayant clôturé la procédure, mais bien l'entier du dossier de la cause (art. 101 al. 2 CPP)⁹².

En premier lieu, rappelons que l'art. 320 al. 3 CPP renvoie expressément l'éventuelle partie plaignante à agir par la voie civile dès l'entrée en force de l'ordonnance de classement. Effectivement, le législateur a choisi de supprimer toute

90 La jurisprudence fédérale reconnaît effectivement, de longue date, un droit de recours pour toute personne contre laquelle une culpabilité a été retenue (ATF 127 IV 220 c. 1c; ATF 120 IV 313 c. 1; ATF 119 IV 44 c. 1a; TF, arrêt 6B_576/2010 du 25 janvier 2011 c. 1).

91 Au-delà des considérations précitées, on peut également se poser la question de la conformité de l'application de ce principe strict avec la jurisprudence de la CourEDH. En effet, les conditions de recevabilité d'un recours, si elles peuvent porter atteinte au droit d'accès à un tribunal (arrêt CourEDH, affaire Ashingdane c. Royaume-Uni du 28.5.1985, requête 8225/78, § 57), ne doivent pas pour autant correspondre à un excès de formalisme, qui porterait atteinte à l'équité de la procédure (O. Bigler, in : O. Bigler/L. Gonin [édit], Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire des art. 1 à 18 CEDH, Berne 2018, art. 6, N 65 et les références citées).

92 Voir également : arrêt TF 6B_91/2018 du 27.12.2018, c. 1.4, qui accorde un large droit de consultation entre les autorités administratives civiles et pénales, alors même que les procédures sont encore pendantes.

base permettant de statuer sur les prétentions civiles formulées par adhésion à la procédure pénale ainsi classée (cf. art. 126 al. 2 let. a CPP)⁹³. Puisque l'application d'un motif d'opportunité du Code pénal requiert selon nous à tout le moins une reconnaissance de culpabilité de l'auteur, elle ouvre également pour le lésé ou la partie plaignante la possibilité de fonder une action en responsabilité civile pour acte illicite (art. 41 ss CO). En effet, s'il ne provoque pas (ou peu) de conséquences sur le plan pénal (classement), le fait de retenir dans un état de fait qu'une faute a été commise par le prévenu constitue une base solide pour tenter une action civile (pour acte illicite par exemple)⁹⁴.

En dehors du cas « classique » des prétentions fondées sur les art. 41 ss CO, on peut penser à des situations plus spécifiques, dans lesquelles le prévenu dont la procédure a été classée pour opportunité pourrait voir ses intérêts juridiques lésés.

Par exemple, l'autorité administrative responsable de l'examen des dossiers de candidature pour l'accès à une profession réglementée (par ex. : avocat, procureur, policier, agent de détention, de sécurité, etc.) n'interprétera clairement pas de la même manière l'ordonnance de classement fondée sur les art. 52 à 54 CP (art. 319 al. 1 let. e CPP) et celle fondée sur le fait que les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis, autrement dit lorsqu'aucune faute de l'auteur n'a pu être établie (art. 319 al. 1 let. a CPP). On trouve la même problématique dans certaines professions du domaine financier, qui exigent pour certains postes relatifs à la surveillance la garantie d'une « activité irréprochable » (art. 43 LFINMA, art. 1b al. 3, 3 al. 2 let. c et 3f al. 1 LB, art. 9 et 27 LIMF et art. 18 et 24 LBA)⁹⁵.

Un candidat ou un employé pourraient ainsi voir leurs chances de succès considérablement amoindries du seul fait que les motifs ayant conduit au classement de leur procédure font ressortir la commission d'une infraction, alors que, selon eux, les faits ne constituaient pas un comportement pénalement répréhensible ou en tout cas pas l'infraction pour laquelle ils ont été initialement poursuivis.

Un autre cas dans lequel cette distinction peut avoir un effet non négligeable est celui d'un divorce d'un couple avec enfants. Lors de l'attribution de l'autorité parentale et de la garde de ceux-ci, le conjoint ou la conjointe qui a fait l'objet d'une décision de classement pour une affaire qui concernait précisément l'un de leurs enfants ne sera pas traité de la même manière si le classement retient la commission d'une infraction mais prononce une exemption de peine ou s'il ne peut rete-

93 FF 2006, p. 1256 ; R. Grädel/M. Heiniger, in : BSK StPO (n. 22), art. 320 N 13.

94 ATF 132 II 305, c. 4.1 ; ATF 123 II 577, c. 4 ; ATF 119 II 127, c. 3 ; F. Werro, in : Commentaire romand, Code des obligations I, L. Thévenoz/F. Werro (édit.), Bâle 2012, art. 41 N 72 ss ; Garbarski/Rutschmann (n. 16), 181.

95 Pour contrôler le respect de cette exigence, la FINMA est autorisée à collecter des données sur les personnes soumises à cette garantie, notamment l'existence de jugements, décisions ou tout acte officiel les concernant (art. 3 al. 2 let. f OFINMA sur les données, RS 956.124).

nir de comportement pénalement relevant, faute d'éléments constitutifs réunis. Dans ce cas de figure en effet, l'un des époux pourrait voir son droit à la garde des enfants limité en raison d'une présomption de mauvais traitement découlant de son « passif » en la matière, alors même que l'ordonnance de classement a depuis lors été assimilée à un acquittement (art. 320 al. 4 CPP).

Enfin, on peut encore penser au droit à une gratification équitable de l'inventeur d'un trésor (art. 723 al. 3 CC) contre lequel une plainte pénale a été déposée en raison des circonstances de la découverte⁹⁶. Dans ce cadre, le tribunal civil demandera assurément le résultat de la procédure pénale ouverte à la suite de la ou les infraction(s) commise(s). Lorsque la procédure se termine par le prononcé d'une ordonnance de classement, il est fort à parier que le tribunal civil la lira dans son intégralité, dès lors que, pour comprendre le dispositif, il devra nécessairement se référer à l'exposé des motifs⁹⁷. Ainsi, le juge civil saisi ne fixera pas de la même manière la gratification de l'inventeur en présence d'une ordonnance de classement fondée sur l'un des art. 52 à 54 CP (art. 319 al. 1 let. e CPP) ou celle fondée sur le fait que les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (art. 319 al. 1 let. a CPP).

De ce fait, même si les exemples présentés ci-dessus ne sont en aucun cas exhaustifs, il est plus qu'évident que le prévenu mis au bénéfice d'un classement peut, malgré l'assimilation de ce dernier à un acquittement (art. 320 al. 4 CPP), subir des atteintes à ses droits.

En sus de ces intérêts de nature juridique se pose également la question de l'intérêt à être jugé de manière correcte, en particulier lorsqu'une autorité pénale reconnaît le prévenu *coupable* d'un acte répréhensible et illicite. Comme relevé en introduction, c'est précisément sur la base de ces considérations que la jurisprudence rendue dans le cadre de l'erreur sur l'illicéité (art. 21 CP et 20 aCP) accordait un droit de recours au prévenu mis au bénéfice d'une erreur sur le droit, dans la mesure où, lorsqu'une telle erreur était retenue, l'autorité de jugement reconnaissait le prévenu coupable, tout en l'exemptant de peine. Malgré l'absence de peine prononcée, le prévenu pouvait recourir contre le verdict de culpabilité⁹⁸. Le Tribu-

96 Voir G-M. Bescherraz, Sa découverte d'un trésor lui vaut une plainte pénale, in : Journal 24 heures, 2. 5. 2018, disponible sous <<https://www.24heures.ch/vaud-regions/decouverte-tresor-vaut-plainte-penale/story/24150927>>.

97 ATF 143 IV 469, c. 4.2.2 ; ATF 142 III 210, c. 2.2 ; ATF 128 III 191, c. 4a ; ATF 125 III 8, c. 3b ; ATF 123 III 16, c. 2a ; ATF 116 II 738, c. 2a ; arrêt TF 5A_216/2018 du 11.9.2018, c. 5.1.1.

98 ATF 116 IV 67 ; ATF 104 IV 217 ; ATF 92 IV 73. Finalement, face aux critiques de la doctrine, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence, en admettant qu'une erreur sur l'illicéité inévitable enlevait nécessairement le caractère fautif du comportement, ce qui ne peut que conduire à un acquittement pur et simple, sans aucune forme de reconnaissance de culpabilité (ATF 120 IV 313 c. 2 ; ATF 128 IV 201 c. 2.).

nal fédéral a lui-même rappelé qu'il existait un intérêt même « moral » à recourir contre un verdict de culpabilité, de sorte que la qualité pour recourir doit, même en l'absence d'intérêt juridique concret, toujours être admise selon nous face à une reconnaissance de culpabilité⁹⁹.

Enfin, un tel intérêt *moral* peut également exister en présence d'*atteintes à la réputation*, en particulier pour les personnes exposées publiquement ou pour les grandes entreprises multinationales. Effectivement, il arrive parfois que des personnes politiques, sportives, acteurs de cinéma ou dirigeants de sociétés se retrouvent mis en cause dans des affaires pénales qui, finalement, se soldent par une non-entrée en matière ou par un classement de la procédure. Les journalistes ne vont pas manquer de s'informer et demander au Ministère public d'accéder à la décision sous couvert du principe de transparence et de la publicité de la justice. D'ailleurs, conscientes de l'intérêt que portent les journalistes à ce genre d'affaires, les autorités pénales tiennent souvent une conférence de presse ou transmettent au moins un communiqué de presse à cet effet. Cette communication permet au public de bien comprendre pourquoi la procédure a été classée¹⁰⁰. Il va de soi que les motifs ayant fondé le classement d'une personnalité publique ou de dirigeants de sociétés seront déterminants pour la protection de leur réputation. Dès lors, un classement fondé sur un motif d'opportunité n'impactera pas une réputation de la même manière qu'une ordonnance de classement fondée sur d'autres raisons (absence d'éléments constitutifs, faits justificatifs, etc.)¹⁰¹.

Contrairement à un réel prononcé d'acquiescement rendu par un tribunal, l'ordonnance de classement fondée sur un motif d'opportunité peut faire « naître » un grand nombre d'intérêts, souvent proprement juridiques, parfois d'ordre quasi moral. Que ce soit l'un ou l'autre, cet intérêt suffit à permettre au prévenu de contester son classement en opportunité.

99 Arrêt TF 6B_63/2014 du 5.2.2015, c. 1.2 et 6B_576/2010 du 25.1.2011, c. 1.

100 Voir par exemple le récent classement prononcé à l'encontre de Marie Garnier, ancienne conseillère d'État fribourgeoise (voir P. Turuban, *Lex-ministre fribourgeoise Marie Garnier sort blanchie de la procédure ouverte contre elle*, in : RTS, 29.10.2019, disponible sous <<https://www.rts.ch/info/regions/fribourg/10807876-l-ex-ministre-fribourgeoise-marie-garnier-sort-blanchie-de-la-procedure-ouverte-contre-elle.html>>). Dans cette affaire, on voit bien que le procureur ne s'est pas limité à rendre son ordonnance de classement sans commentaire. Il en a expliqué les fondements et le résultat.

101 En sus du risque de dommage purement réputationnel, les grandes entreprises de renommée internationale pourraient se voir également inquiétées par l'ouverture de procédures dans des États dont l'ordre juridique ne connaît pas d'opportunité des poursuites. Il est donc particulièrement important pour elles qu'il n'en ressorte aucune trace de culpabilité.

4. L'exigence d'aveux et la subsomption légale du Ministère public

Dès lors que la nouvelle teneur de l'art. 53 CP n'est entrée en vigueur qu'au 1^{er} juillet 2019, la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de préciser ce qu'elle attendait d'un prévenu mis au bénéfice de cette disposition en termes *d'admission des faits* (cf. art. 53 let. c CP). En tout état de cause, la jurisprudence rendue sous l'ancien droit avait précisé qu'admettre les faits ne correspond pas pour autant à reconnaître la qualification juridique qu'en fait le Ministère public. Il serait tout au plus question pour le prévenu d'admettre le caractère incorrect de son acte et de s'efforcer de rétablir la paix sociale¹⁰². L'avis du Conseil fédéral du 4 juillet 2018 va dans le même sens, en précisant également que l'admission des faits ne s'étend en aucun cas à la qualification juridique des faits commis¹⁰³. Sur cette question, il renvoie d'ailleurs à la notion d'admission des faits prévue à l'art. 352 CPP, qui régit les conditions d'ouverture de la procédure de l'ordonnance pénale¹⁰⁴. Et dans le cadre de cette disposition, la doctrine admet également que les « aveux » du prévenu doivent se rapporter aux faits, à l'exclusion de leur qualification juridique¹⁰⁵.

Au vu de ce qui précède, le fait que le prévenu ait « admis » les faits ne permet pas de lui dénier de manière générale la qualité pour recourir contre le classement du Ministère public fondé sur l'art. 53 CP, puisque la question de la qualification juridique retenue par le Ministère public peut clairement s'écarter de l'avis du prévenu. En effet, que ce soit pour des raisons de typicité de l'infraction, notamment sous l'angle de l'intention ou de la négligence, ou bien tout simplement sur l'interprétation d'une partie des faits (l'intensité de la menace exigée par les art. 180 et 181 CP, le préjudice considérable à démontrer à l'art. 141 CP, etc.), le Ministère public pourrait opérer une subsomption juridique qui s'écarte considérablement de ce qu'avait reconnu le prévenu. Ce dernier a, là encore, un intérêt juridique à la modification ou à l'annulation de la décision.

5. La création d'une inégalité de traitement entre les justiciables

Durant l'instruction, le Ministère public a la possibilité de décider de mettre fin à la procédure pénale par le biais d'un classement (art. 8 et 319 ss CPP). Ce classement peut être fondé sur plusieurs motifs (art. 319 al. 1 let. a à e CPP). Le Ministère public en charge d'une affaire bénéficie donc d'une grande marge de manœuvre

102 ATF 135 IV 12, c. 3.5.3; arrêtt TF 6B_152/2007 du 13.5.2008, c. 5.2.3 et 5.2.4, 6B_344/2013 du 19.7.2013, c. 4.3.

103 FF 2018 3881, 3889.

104 FF 2018 3881, 3889.

105 PC CPP (n. 6), art. 352 N 8; Schmid (n. 6), art. 352 N 1.

lorsqu'il doit décider de continuer de poursuivre ou non l'auteur de l'infraction, la poursuite elle-même pouvant encore prendre des formes différentes (cf. art. 324 ss, art. 352 ss et art. 358 ss CPP)¹⁰⁶. Il n'opère toutefois pas de manière totalement libre, dans la mesure où son activité reste orientée par l'adage *in dubio pro duriore*¹⁰⁷.

Toutefois, lorsque le Ministère public décide de faire application de l'un des motifs prévus aux art. 52 à 54 CP, il classe la procédure de manière « exceptionnelle »¹⁰⁸. D'une part, parce que le principe de la légalité des poursuites impose aux autorités de poursuite pénale d'ouvrir et conduire une procédure lorsqu'elles ont connaissance d'infractions ou d'indices permettant de présumer l'existence d'une infraction et, d'autre part, parce que dans ces situations, le Ministère public décide seul de la réalisation des conditions prévues aux art. 52 à 54 CP, sans le moindre contrôle judiciaire¹⁰⁹ : ou bien il estime que les conditions sont remplies et classe la procédure sur ce fondement, ou bien il estime par exemple que le préjudice n'a pas été réparé ou qu'il n'a pas été fait tout ce qu'on pouvait attendre de l'auteur pour ce faire. En effet, selon le Tribunal fédéral, la décision de classement ne préjuge en rien la culpabilité ou l'innocence, même si cette dernière doit être présumée car aucun verdict de culpabilité n'est prononcé par un « tribunal », soit par une véritable autorité juridictionnelle au sens de l'art. 6 § 1 CEDH¹¹⁰. Cela dit, aucun verdict d'innocence n'est rendu par un « tribunal » pour autant.

Face à une telle décision de classement ou de non-entrée en matière, et au regard de la jurisprudence cantonale vaudoise, le prévenu n'a aucune possibilité, avant le Tribunal fédéral, de porter sa cause devant un « tribunal » au sens de l'art. 6 § 1 CEDH. Car si la voie du recours est formellement ouverte contre une ordonnance de classement (art. 322 al. 2 CPP), les questions de fond ne semblent jamais pouvoir être soumises au juge, dès lors que le recours sera déjà déclaré irrecevable, en raison d'une absence de qualité pour recourir. En revanche, lorsque le motif d'opportunité est appliqué par l'autorité de première instance, le prévenu reconnu coupable mais exempté de peine par le tribunal¹¹¹ peut faire appel de son jugement, dès lors qu'une culpabilité a été reconnue contre lui¹¹². Ensuite, contre le jugement de l'autorité d'appel, il peut encore porter sa cause par devant le Tribunal fédéral,

106 *Jeanneret/Kuhn* (n. 4), N 6013 et 6016; *Piquerez/Macaluso* (n. 3), N 1693 et 1713 ss.

107 ATF 143 IV 241, c. 2.2.1; ATF 138 IV 86, c. 4.1.1 = JdT 2013 IV 211; PC CPP (n. 6), art. 319 N 10.

108 Le renoncement à poursuivre pour opportunité doit rester une exception au principe de la légalité (PC CPP [n. 6], Rem. prélim. aux art. 52 à 55a, N 3; *Jeanneret/Kuhn* [n. 4], N 4091).

109 *Jeanneret/Kuhn* (n. 4), N 4091; *Piquerez/Macaluso* (n. 3), N 1661 et 1739; *Fiolka/Riedo*, in: BSK StPO (n. 22), art. 8 N 102 ss.

110 Arrêt TF 6B_320/2013, c. 1.1; arrêt TPF BB.2011.84 du 23.11.2011.

111 ATF 139 IV 220; arrêt TF 6B_1220/2016 du 4.8.2017, c. 1.3; ATF 135 IV 130, c. 5.3.2.

112 Arrêt TF 6B_979/2015 du 9.9.2016, c. 2.3; *Jeanneret/Kuhn* (n. 4), N 19008.

moyennant le respect des art. 78 ss LTF. Dans cet enchaînement d'instances, le prévenu a bénéficié d'un double contrôle juridictionnel ayant un pouvoir d'examen en fait et en droit avant de saisir notre Haute Cour.

En revanche, en cas de renonciation de poursuivre au stade de l'instruction, soit par le biais d'une ordonnance de non-entrée en matière ou de classement, le prévenu ne pourrait pas faire contrôler le bien-fondé d'une telle renonciation à poursuivre par deux juridictions (soit des « tribunaux » au sens de l'art. 6 § 1 CEDH). Dans cette situation, l'application des art. 52 ss CP est décidée par le Ministère public seul, qui ne constitue pas un « tribunal » et l'autorité de recours n'entrera pas en matière, ce qui empêche le contrôle par une autorité judiciaire de l'application des art. 52 ss CP¹¹³. Ainsi, ce n'est que par un recours au Tribunal fédéral contre la décision d'irrecevabilité de l'autorité de deuxième instance que le prévenu pourra (enfin) faire contrôler la bonne et correcte application des dispositions relatives à l'opportunité¹¹⁴. Or, le prévenu aura également perdu une instance qui jouit d'une pleine cognition.

Ce faisant, en retenant une telle restriction à la qualité pour recourir du prévenu contre un classement fondé sur l'un des motifs prévus aux art. 52 à 54 CP, cela revient nécessairement à créer une inégalité de traitement entre les justiciables, selon que le Ministère public ait décidé de classer la procédure au stade de l'instruction ou si le motif d'opportunité est appliqué à la suite d'une mise en accusation par le Ministère public, donc par devant le tribunal de première instance.

Si la CourEDH n'exige pas un double degré de juridictions ayant un plein pouvoir d'examen pour satisfaire aux garanties minimales fixées par la Convention (cf. art. 2 du Protocole additionnel n° 7 à la CEDH¹¹⁵), cette situation crée bien une inégalité de traitement injustifié par rapport aux deux degrés d'instances prévus par le CPP.

113 À cet égard, une jurisprudence a d'ailleurs admis, dans le cadre de l'application de l'art. 17 CP (état de nécessité licite), que le Ministère public seul n'était pas fondé à classer la procédure en estimant que les conditions de ce fait justificatif légal étaient remplies, en dehors des cas où l'état de fait ne souffre absolument d'aucune interprétation. Cette question de droit doit en effet être tranchée par le juge (arrêt TF 6B_136/2016 du 5. 1. 2018, c. 3 ss). On peut dès lors se poser la question de la légitimation du Ministère public à décider seul si réparation a été faite, respectivement si tout ce qu'on pouvait attendre du coupable a été fait.

114 Le fondement de cette voie de recours est double : le refus d'annuler une ordonnance de classement équivaut à une décision finale au sens de l'art. 90 LTF, dans la mesure où elle représente une décision qui met définitivement fin à la procédure en vertu d'un motif tiré des règles de la procédure, et le recours au TF est donc ouvert (ATF 135 III 566, c. 1.1 ; ATF 134 I 83, c. 3.1 ; ATF 134 III 426, c. 1.1). Mais le recours au TF est également ouvert face à une décision de rejet qui s'apparente à un déni de justice formel (ATF 141 IV 1 c. 1.1 ; ATF 138 IV 78, c. 1.3 ; ATF 136 IV 29, c. 1.9 et les références citées).

115 RS 0.101.07.

IV. Conclusion

Quand bien même la personne bénéficiant d'un classement fondé sur les art. 52 ss CP est formellement acquittée de par la loi (art. 320 al. 4 CPP), la réalité, aussi bien sur le plan matériel que juridique, est plus nuancée sur cet acquittement qui est *culpabilisant* à de nombreux égards, parce que l'application d'un motif d'opportunité dans ce cas suppose la reconnaissance d'un acte pénalement répréhensible. De ce fait, la méconnaissance de son intérêt juridique à recourir est problématique, en ce qu'elle fait fi de cette réalité. Ce n'est pas tout car, au-delà, la portée du dispositif de l'ordonnance de classement, l'existence véritable d'intérêts juridiques (et même non juridiques) dans un tel cas de figure, mais aussi la subsumption juridique opérée par le Ministère public ou encore de la création d'une forme d'inégalité de traitement entre les justiciables doivent conduire à retenir que la personne mise au bénéfice d'une ordonnance de classement fondée sur un motif d'opportunité doit nécessairement pouvoir recourir contre celle-ci.

À ces considérations, encore faut-il ajouter qu'il subsiste un problème insoluble quant à la nature même du classement (qui ne semble pas être véritablement donnée). Moyen de clôture d'instruction hybride, elle se conjugue mal avec certaines situations, en particulier lors de renoncations à poursuivre en application du principe d'opportunité. Partant, pour éviter le sens équivoque de certaines ordonnances de classement, il nous paraît plus judicieux et cohérent avec les principes du droit pénal, ainsi que le préconise une partie de la doctrine, de procéder par l'entremise d'une ordonnance pénale lorsqu'une forme de culpabilité est établie. La jurisprudence la plus récente, laquelle retient que les art. 52 ss CP supposent qu'un « acte illicite » a été commis, nécessite ainsi d'être renversée, pour que les divers principes guidant la marche de la procédure pénale soient mis en pratique de façon adéquate et cohérente.

De cette manière, l'ordonnance de classement ne devrait être prononcée que lorsqu'elle indique de façon claire et univoque qu'aucune infraction pénale ne peut être retenue ou en présence des cas énumérés à l'art. 319 al. 1 let. a à d CPP, soit face aux situations dans lesquelles aucune forme de culpabilité ne peut être retenue à l'égard de la personne concernée. L'assimilation à un acquittement en application de l'art. 320 al. 4 CPP ne poserait ainsi plus aucun problème.

Cette solution présente le double avantage d'utiliser une institution juridique propre à la culpabilité avec l'ordonnance pénale, tout en permettant au prévenu reconnu coupable mais exempté de peine de porter sa cause devant un tribunal de première instance, lequel est une véritable instance de jugement dotée d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit, contrairement à une autorité de recours qui, par essence, se saisit avant tout de questions incidentes.

À cet égard, relevons encore que le fait pour le Ministère public de procéder par ordonnance pénale plutôt que par ordonnance de classement n'impacterait pro-

blement pas les frais normalement occasionnés par une telle procédure, de sorte que cette solution n'emporte pas d'augmentation de coûts pour les autorités pénales.

Pour conclure, le principe de l'opportunité des poursuites doit évidemment être maintenu, aussi bien lorsque les motifs de renonciation apparaissent durant l'instruction que lorsqu'ils interviennent devant l'autorité de jugement. En revanche, pour éviter toute forme de mécompréhension ou d'atteinte aux droits du prévenu, notamment son droit à la présomption d'innocence et de faire contrôler en droit les décisions qui l'impactent, il serait bon d'éviter de concentrer dans un même acte une reconnaissance de culpabilité et les effets d'un acquittement.