



HAL
open science

La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens

Florie Winckelmuller

► **To cite this version:**

Florie Winckelmuller. La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens. Droit. Université de Strasbourg, 2017. Français. NNT : 2017STRAA030 . tel-01878827

HAL Id: tel-01878827

<https://theses.hal.science/tel-01878827v1>

Submitted on 21 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉCOLE DOCTORALE 101

Centre de Droit Privé Fondamental

THÈSE

Présentée par :

Florie WINCKELMULLER

Soutenue le 4 décembre 2017

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Droit privé et Sciences criminelles

**La mutation de la mise en état des affaires pénales à
l'épreuve des droits européens**

THÈSE dirigée par :

Madame LEBLOIS-HAPPE Jocelyne

Professeur à l'Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Madame PARIZOT Raphaële

Professeur à l'Université de Paris Nanterre

Monsieur FOURMENT François

Professeur à l'Université de Tours

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Madame PFLUG Lydia

Magistrat à la Juridiction Interrégionale Spécialisée de Nancy

Monsieur CSONKA Peter-Jozsef

Fonctionnaire de l'Union européenne (Commission européenne - DG Justice)

Monsieur DOURNEAU-JOSETTE Pascal

Professeur associé à l'Université de Strasbourg
Chef de division au greffe de la Cour européenne des Droits de l'Homme

L'Université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*A Simone, Maurice et Robert,
A Joséphine.*

Sommaire

TITRE PRELIMINAIRE. L'INFLUENCE DES DROITS EUROPEENS SUR LA MISE EN ETAT DES AFFAIRES PENALES

Chapitre Premier. L'influence identifiée des droits européens

Chapitre Second. La perspective d'influences nouvelles avec l'aboutissement du projet de création du Parquet européen

PREMIERE PARTIE. LA NECESSITE DE REFORMER LA MISE EN ETAT DES AFFAIRES PENALES A LA LUMIERE DES DROITS EUROPEENS

TITRE PREMIER. L'OBSERVATION DU DESEQUILIBRE ENGENDRE PAR LA MONTEE EN PUISSANCE DE L'ENQUETE

Chapitre Premier. Le recul des droits de la défense

Chapitre Second. Le recul du juge

TITRE SECOND. LA CRITIQUE DE CE DESEQUILIBRE SOUS L'ANGLE DES DROITS EUROPEENS

Chapitre Premier. Le rôle de l'autorité judiciaire

Chapitre Second. La situation du suspect

SECONDE PARTIE. LES MODALITES DE LA REFORME DE LA MISE EN ETAT DES AFFAIRES PENALES SOUS LE PRISME DES DROITS EUROPEENS

TITRE PREMIER. LE CHOIX D'AMENAGEMENTS PONCTUELS A LA LUMIERE DES DROITS EUROPEENS

Chapitre Premier. Les modifications envisageables

Chapitre Second. La mesure des ajustements envisagés

TITRE SECOND. LA REFONTE D'ENSEMBLE DANS LA PERSPECTIVE DE L'INTEGRATION DU PARQUET EUROPEEN

Chapitre Premier. La perméabilité entre le Parquet européen et les ordres juridiques nationaux

Chapitre Second. Les adaptations suggérées par l'intégration du Parquet européen dans l'ordre juridique français

Remerciements

Si ma thèse avait été une partition, nul doute qu'elle n'aurait été mieux jouée que par une harmonie, avec quelques passages réservés à un soliste. Si ce travail a été très souvent une aventure solitaire, son achèvement doit beaucoup aux nombreuses personnes qui, toutes à leur manière, y ont apporté leur pierre.

Mes remerciements s'adressent, tout d'abord, à ma directrice de thèse, Madame le Professeur Leblois-Happe qui m'a beaucoup transmis, a orienté mes recherches et m'a conseillée. Je la remercie surtout pour sa bienveillance et ses nombreux encouragements durant ces longues années. Qu'elle soit assurée de ma plus grande reconnaissance.

Je remercie également Madame Nord-Wagner et Monsieur Hilt pour la confiance qu'ils m'ont témoignée. Mes profonds remerciements vont également à Monsieur Jeanne. Travailler auprès de lui a été stimulant et enrichissant. Je le remercie surtout pour nos passionnantes discussions, ses si nombreuses relectures et ses conseils. Merci aussi à Monsieur Cahn. Son optimisme et son soutien ont été précieux pour l'achèvement de ce travail. Je remercie encore Madame le Professeur Kleiner, Directrice de l'École doctorale, pour ses encouragements. Qu'ils soient assurés de mon plus profond respect.

A Madame le Professeur Parizot, Monsieur le Professeur Fourment, Madame Pflug, Monsieur Csonka et Monsieur Dourneau-Josette, qui ont accepté avec spontanéité de consacrer de leur temps pour examiner mon travail, je leur exprime mes plus sincères remerciements.

Je remercie, également, ma famille, celle d'ici et d'ailleurs, pour son affection et ses encouragements de tous les instants. Merci surtout à ma mère, qui a « vécu » avec moi ces années de doctorat, pour son écoute, sa générosité, sa douceur et son soutien sans faille jusque dans les derniers instants. Que tous trouvent ici l'expression de ma sincère reconnaissance.

Merci à mes amis, compagnons d'aventure ou non, pour leur compréhension, leurs encouragements et leur humour. Merci surtout à Anne-Laure, Aline, Gaëlle et Sophie pour leur écoute, leur soutien et leur aide, leur fidèle amitié. La fin de ma thèse aura été un travail d'équipe ; je ne les remercierai jamais assez.

Principales abréviations

| | |
|-----------------------------|---|
| act. | actualités |
| <i>AJDA</i> | Actualité juridique de droit administratif |
| <i>AJ pén.</i> | Actualité juridique pénal |
| al. | alinéa |
| <i>Arch. Pol. Crim</i> | Archives de politique criminelle |
| ARSE | assignation à résidence sous surveillance électronique |
| Ass. plén. | Assemblée plénière de la Cour de cassation |
| <i>c.</i> | contre |
| C. civ. | Code civil |
| C. défense | Code de la défense |
| C. pén. | Code pénal |
| CA | cour d'appel |
| Cass. civ. 1 ^{ère} | première chambre civile de la Cour de cassation |
| Cass. com. | chambre commerciale de la Cour de cassation |
| Cass. crim. | chambre criminelle de la Cour de cassation |
| CEDH | Cour européenne des droits de l'Homme |
| Conv. | convention |
| Conv. EDH | Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales |
| chap. | chapitre |
| chron. | chronique |
| CIC | Code d'instruction criminelle |
| circ. | circulaire |
| CJIP | convention judiciaire d'intérêt public |
| CNCDH | Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme |
| coll. | collection |
| comm. | commentaire |
| comp. | comparer |
| concl. | conclusions |
| Cons. const. | Conseil constitutionnel |
| consid. | considérant |
| contra | en sens contraire |
| coord. | coordination |
| CPP | Code de procédure pénale |
| CRPC | comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité |
| CSM | Conseil supérieur de la magistrature |
| C. sant. publ. | Code de la santé publique |
| <i>D.</i> | Recueil Dalloz |
| Déc.-cad. | décision-cadre |
| dir. | direction |
| Dir. | directive |
| doctr. | doctrine |
| Dr. pén. | Revue droit pénal |
| éd. | édition |
| ég. | également |
| fasc. | fascicule |
| Gaz. Pal. | La Gazette du Palais |
| GRECO | Groupe d'Etats contre la corruption |

| | |
|----------------------|--|
| <i>J.-Cl.</i> | Juris Classeur. |
| <i>JCP éd. G.</i> | La semaine juridique édition générale |
| <i>JCP éd. E.</i> | La semaine juridique édition entreprise |
| JDI | Journal de droit international |
| JLD | Juge des libertés et de la détention |
| <i>JORF</i> | Journal officiel de la République française |
| <i>JOCE</i> | Journal officiel des Communautés européennes |
| <i>JOUE</i> | Journal officiel de l'Union européenne |
| LGDJ | Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence |
| not. | notamment |
| obs. | observations |
| ord. | ordonnance |
| <i>op. cit.</i> | <i>opus citatum, opere citato</i> (ouvrage, œuvre cité(e)) |
| OPJ | officier de police judiciaire |
| p. | page |
| pp. | pages |
| PED | procureur(s) européen(s) délégué(s). |
| préc. | précité(e) |
| PUAM | Presses Universitaires d'Aix-Marseille |
| PUF | Presses Universitaires de France |
| rapp. | rapport |
| <i>Rev. sociétés</i> | Revue des sociétés |
| Rec. | recommandation |
| Req. | requête |
| <i>RFDA</i> | Revue française de droit administratif |
| <i>RFDC</i> | Revue française de droit constitutionnel |
| <i>RIDP</i> | Revue internationale de droit pénal |
| <i>RPDP</i> | Revue pénitentiaire et de droit pénal |
| <i>RRJ</i> | Revue de la recherche juridique |
| <i>RSC</i> | Revue de science criminelle et de droit pénal comparé |
| <i>RTD civ.</i> | Revue trimestrielle de droit civil |
| <i>RTD com.</i> | Revue trimestrielle de droit commercial |
| <i>RTDH</i> | Revue trimestrielle des droits de l'Homme |
| <i>RTD eur.</i> | Revue trimestrielle de droit européen |
| s. | et suivant(e)s |
| S. | Recueil Sirey |
| somm. | sommaires (commentés) |
| spéc. | spécialement |
| ss | sous |
| t. | tome |
| TGI | tribunal de grande instance |
| TTR | traitement en temps réel |
| V. | voir |
| vol. | volume |

INTRODUCTION

« Vivant contraste du procureur de la République, M. Galpin-Daveline [le juge d'instruction] était bien l'homme de son état, et même quelque chose de plus. Tout en lui, de la tête aux pieds, depuis ses guêtres de drap jusqu'à ses favoris d'un blond risqué, dénonçait le magistrat. Il n'était pas grave, il était l'incarnation de la gravité. Nul, bien qu'il fût jeune encore, ne se pouvait flatter de l'avoir vu sourire ni entendu plaisanter. Et, telle était sa roideur, qu'au dire de M. Daubigeon¹, on l'eût cru empalé par le glaive même de la loi. À Sauveterre², M. Galpin-Daveline avait la réputation d'un homme supérieur. Il pensait l'être. Aussi s'indignait-il d'opérer sur un théâtre trop étroit et de dépenser les grandes facultés dont il se croyait doué à des besognes vulgaires, à rechercher les auteurs d'un vol de fagots ou de l'effraction d'un poulailler ».

E. GABORIAU, *La corde au cou*³,

1. Il n'est jamais inutile de rouvrir de vieux romans car l'on y trouve parfois l'écho de réflexions actuelles ... Dès ses premières pages, l'ouvrage d'Emile Gaboriau se présente comme l'une des critiques littéraires les plus acerbes de la phase préparatoire du procès pénal au XIXe siècle, et de celui qui en est alors le principal symbole. Derrière ce portrait froissant, c'est la toute puissante autorité du juge d'instruction qui, lorsqu'il est saisi, devient le « maître absolu, ne relevant que de sa conscience, armé de pouvoirs exorbitants [et] proc[édant] à sa guise »⁴, que l'auteur expose. En cela, *La corde au cou*

¹ Le procureur de la République.

² Le lieu où se déroulent les faits.

³ E. GABORIAU, *La corde au cou*, E. Dentu Editeur, Librairie de la société des gens de Lettres, Paris, 1880, p. 8.

⁴ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 44.

n'est qu'un témoignage de plus du constat, assez commun à l'époque⁵, du pouvoir d'un juge alors considéré comme « l'homme le plus puissant de France »⁶. Le contraste avec le procureur de la République est saisissant. Ce dernier est en effet dépeint par « sa bonhomie souriante », « sa mollesse à requérir » et sa facilité à se « dérober à la froide Thémis » pour consacrer son temps aux beaux livres et aux poètes latins⁷.

Nul doute que Gaboriau et Balzac porteraient aujourd'hui un autre regard sur ces acteurs majeurs de l'avant-procès pénal, faisant certainement montre de davantage de bienveillance à l'égard du premier et de moins de complaisance envers le second. Il est plus certain encore que de cette procédure dont ils nous livrent de cinglants récits, ils ne reconnaîtraient plus grand-chose tant celle-ci s'est transformée en plus d'un siècle.

2. S'il y a en effet une constante en procédure pénale, c'est l'inconstance du droit. Pointant la frénésie de réformes du législateur⁸, Monsieur le Professeur Carbasse écrit que la procédure pénale « offre depuis plusieurs décennies le spectacle d'un chantier toujours ouvert »⁹...

3. Les facteurs d'évolutions les plus saillants -. Cette instabilité s'explique généralement par la difficulté d'accorder les finalités, sinon contradictoires du moins difficilement conciliables, de la procédure pénale, c'est-à-dire le souci d'efficacité de la répression et le respect des droits des personnes concernées¹⁰. Comme le note Madame

⁵ H. DE BALZAC, *Splendeurs et misères des courtisanes*, Œuvres complètes de H. de Balzac, XII, A. Houssiaux, 1855, Troisième partie, « Où mènent les mauvais chemins », Version numérique (Balzac écrit qu'« Aucune puissance humaine, ni le Roi, ni le garde des Sceaux, ni le premier ministre ne peuvent empiéter sur le pouvoir du juge d'instruction, rien ne l'arrête, rien ne lui commande. C'est un souverain soumis uniquement à sa conscience et à la loi. En ce moment où philosophes, philanthropes et publicistes sont incessamment occupés à diminuer tous les pouvoirs sociaux, le droit conféré par nos lois aux juges d'instruction est devenu l'objet d'attaques d'autant plus terribles qu'elles sont presque justifiées par ce droit, qui, disons-le, est exorbitant »).

⁶ Selon une formule attribuée à Napoléon.

⁷ E. GABORIAU, *La corde au cou*, *op. cit.*, p. 6.

⁸ V. ég., A. LAINGUI, « Une révolution permanente : la réforme de la procédure pénale française (1780-1958) », in COLLECTIF, *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Dalloz, Paris, 2010, p. 73 ; J. LEBLOIS-HAPPE, « Continuité et discontinuité dans les nouvelles réformes de la procédure pénale », *JCP éd. G.* 2007, doct. 181 ; M. NORD-WAGNER, « Le Code de procédure pénale ou la réforme permanente », in COLLECTIF, *De code en code : Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, Paris, 2009, p. 593.

⁹ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, Coll. « Droit fondamental », 3^e éd., Paris, 2014, n°6, p. 22. V. ég. M. ROLLAND, « Les phases du procès pénal », *RSC* 1973, p. 335 (Selon lequel « l'histoire du procès pénal est celle de son incessante évolution »).

¹⁰ V. not., R. GASSIN, « Considérations sur le but de la procédure pénale », in COLLECTIF, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, Paris, 2006, p. 109 ; C. LAZERGES, « Dédoulement de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux », in F. ALT-MAES, J.-F. BARBIERI, P. BONFILS, R. BONHOMME (sous la coord.), *Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Ed. Dalloz-Sirey, Coll. « Etudes Mélanges », Paris, 2006, p. 573 ; G. DI MARINO, « La procédure pénale à visage dissimulé », in COLLECTIF, *Sciences pénales et sciences criminologiques. Mélanges offerts à Raymond Gassin*, Ed. PUAM, Coll. « Institut de Sciences Pénales et de Criminologie - ISPEC », Marseille, 2006, p. 199 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 10^e éd., Lexis-Nexis, Coll. « Manuel », Paris, 2014, n°3, p. 2.

le Professeur Leblois-Happe « [f]ixer le “curseur” au bon endroit n’a rien d’évident »¹¹, la balance penchant d’un côté ou d’un autre selon les préoccupations essentielles de l’instant.

4. Des facteurs plus précis peuvent être identifiés, s’agissant de la mise en état des affaires pénales. Celle-ci est entendue dans une acception large¹², c’est-à-dire comme la phase « d’investigations effectuées par l’autorité judiciaire ou, sous le contrôle de celle-ci, par les services et unités de police judiciaire afin de réunir les éléments d’information nécessaires à la manifestation de la vérité [et] au vu desquels sera appréciée l’opportunité ou la possibilité d’exercer l’action publique ou de saisir la juridiction de jugement »¹³. Le volume du contentieux traité par les juridictions pénales, la gravité des infractions ou la complexité des investigations, la mise au jour de certains dysfonctionnements¹⁴ et l’influence de ces « droits venus d’ailleurs [voire] de nulle part »¹⁵ « qui pénètrent [...] les droits nationaux »¹⁶ et les façonnent sont autant de raisons de cette évolution.

5. Le volume de la délinquance -. Ce sont aujourd’hui des millions de contraventions, des centaines de milliers de délits et des milliers de crimes que la justice pénale doit « absorber », ce qui rend inapplicable la procédure pénale considérée comme correspondant à un « idéal » de justice : le jugement rendu par un ou plusieurs magistrats à l’issue d’un débat contradictoire tenu dans le cadre d’une audience publique¹⁷. S’y ajoute la nécessité d’apporter une réponse la plus rapide possible à l’acte délictueux car, comme l’observait déjà Beccaria, les lenteurs de la justice fragilisent

¹¹ J. LEBLOIS-HAPPE, « Continuité et discontinuité dans les nouvelles réformes de la procédure pénale », préc., spéc. n°5.

¹² Et non dans sa définition plus étroite se rapportant au règlement juridictionnel de l’enquête, c’est-à-dire ainsi qu’elle avait été notamment entendue par la Commission dite Beaume », dans son rapport sur la procédure pénale (J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Juillet 2014, spéc. pp. 73 et s., accessible à l’adresse : <http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014.pdf>).

¹³ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, n°1481, p. 1001. Cette expression n’apparaît pas dans le Code de procédure pénale. Elle a été mise au jour par la Commission Delmas-Marty, qui la définissait comme le « temps plus ou moins long [entre la découverte de l’infraction et son jugement] pendant lequel l’affaire doit être mise en état d’être jugée », parce que cette définition présentait l’avantage de désigner, de façon concise, une phase de la procédure qui se caractérise par sa dualité et englobant donc l’enquête et l’information judiciaire (M. DELMAS-MARTY, S. LAVISGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, préc., p. 10).

¹⁴ Les dysfonctionnements constatés dans le cadre de l’affaire dite « d’Outreau » et les suites données, Rapport du groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l’affaire dite « d’Outreau », fév. 2005, Présenté par J.-O. VIOUT ; Rapport sur les conditions de traitement de l’affaire dite « d’Outreau », mai 2006, par l’INSPECTION GENERALE DES SERVICES JUDICIAIRES ; Rapport n°3125 fait au nom de la commission d’enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l’affaire dite d’Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, Enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 6 juin 2006, Présenté par P. HOUILLON ; V. ég., Y STRICKLER, « Après la crise de l’affaire Outreau, l’émotion et la procédure pénale », *LPA* 14 déc. 2006, p. 7 ; A. GARAPON et D. SALAS, *Les nouvelles sorcières de Salem. Leçons d’Outreau*, Ed. Le seuil, Paris, 2005.

¹⁵ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Ed. Flammarion, 1996, Paris, spéc. p. 47-48.

¹⁶ M. DELMAS-MARTY, *Critique de l’intégration normative*, Coll. « Les voies du droit », Ed. PUF, Paris, 2004, spéc. p. 13.

¹⁷ V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., n°17, p. 11.

l'utilité et la compréhension de la peine¹⁸ et, finalement, son aspect préventif¹⁹ ou car, comme le soulignent les auteurs contemporains, elles nuisent à la crédibilité et à l'efficacité de la Justice²⁰ ou favorisent un sentiment d'insécurité²¹.

La combinaison de ces facteurs a conduit, dès le XIX^e siècle, à l'émergence d'autres modes de traitement de la délinquance²², que le législateur a depuis consacrés et diversifiés,²³ en parallèle de l'adaptation des méthodes et de l'organisation des

¹⁸ C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, traduction nouvelle par COLLIN DE PLANEY, précédée d'une notice sur Beccaria, Ed. Brière, 1822, Paris, pp. 150 et s. (Beccaria relevait que « [...] la promptitude de la peine est utile ; et il est certain que moins il s'écoulera de temps entre le délit et la peine, plus les esprits seront pénétrés de cette idée qu'il n'y a pas crime sans châtement »). V. ég., M. DELMAS-MARTY, S. LAVISGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, La documentation française, Paris, 1991, spéc., Fiche n°8, p. 168 (Les rédacteurs du rapport ont fait, une nouvelle fois, observer que « [l]es délinquants quant à eux, 'oubliant' les faits qui ont motivé la peine, perçoivent la sanction tardive comme le résultat arbitraire d'un labyrinthe procédural »).

¹⁹ C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, op. cit., p. 151 (Beccaria poursuit : « plus ils s'habitueront à considérer le crime comme la cause dont le châtement est l'effet nécessaire et inséparable. C'est la liaison des idées qui soutient tout l'édifice de l'entendement humain. Sans elle, le plaisir et la douleur seraient des sentiments isolés, sans effet, aussitôt oubliés que sentis. Les hommes qui manquent d'idées générales et de principes universels, c'est-à-dire les hommes ignorans [sic] et abrutis, n'agissent que d'après les idées les plus voisines et les plus immédiatement unies. Ils négligent les rapports éloignés, et ces idées compliquées, qui ne se présentent qu'à l'homme fortement passionné pour un objet ou aux esprits éclairés. La lumière de l'attention dissipe chez l'homme passionné les ténèbres qui environnent le vulgaire. L'homme instruit, accoutumé à parcourir et à comparer rapidement un grand nombre d'idées et de sentiments opposés tire de leur contraste un résultat qui fait la base de sa conduite dès lors moins incertaine et moins dangereuse. Il est donc de la plus grande importance de punir promptement le crime, si l'on veut que l'esprit grossier du vulgaire, la peinture séduisante des avantages d'une action criminelle, réveille sur-le-champ l'idée d'un châtement inévitable. Une peine trop différée rend moins étroite l'union de ces deux idées : crime et châtement. Si le supplice d'un coupable fait alors quelque impression, ce n'est que comme spectacle puisqu'il ne présente plus au spectateur que quand l'horreur du crime, qui contribue à fortifier l'horreur de la peine, est déjà affaiblie dans les esprits »).

²⁰ Locard soulignait, par exemple, qu'avec l'écoulement du temps, les preuves et les indices disparaissent, les mémoires s'estompent et finalement « la vérité [...] s'enfuit », complexifiant l'aboutissement des procédures. V., E. LOCARD, *Traité de criminalistique*, L'enquête criminelle, t. VII, Desvognes, Lyon, 1940, p. 206.

²¹ V. not., M. DELMAS-MARTY, S. LAVISGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, préc., spéc. Fiche n°8 ; F. CASORLA, « La célérité du procès pénal en droit français », *RIDP* 1995, Vol. 66, p. 521 ; J. PRADEL, « La célérité de la procédure pénale en droit comparé », *ibid.*, p. 323 ; C. SILVESTRE, « Le principe de la célérité en procédure pénale française », *RRJ* 1996/1, pp. 145-172, spéc. p. 146 ; C. ETRILLARD, *Le temps dans l'investigation pénale*, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », Paris, 2005, spéc. n°22 ; J. PRADEL, « La célérité et le temps du procès pénal. Comparaison entre quelques législations européennes », *Mélanges en l'honneur de Reynald Ottenhof*, Dalloz, Paris, 2006, p. 251.

²² Sur les initiatives des parquets en la matière dès la fin du XIX^e siècle, V., X. MOROZ, « Les initiatives procédurales des parquets au XIX^e siècle », *Arch. pol. crim.*, 2003/1, p. 95 (L'auteur est y explique le développement, par la pratique, du principe d'opportunité des poursuites qui, permettant un « tri sélectif » permettant au parquet de se dégager d'un rôle mécanique d'approvisionnement des juridictions pénales » a été au cœur de nouvelles initiatives procédurales. En particulier, l'auteur rappelle que s'était développée une sorte de « troisième voie » lorsqu'une réponse s'imposait mais qu'une poursuite se serait apparentée à « une espèce d'acharnement aveugle ». Elle trouvait alors sa première expression dans un « pouvoir d'admonestation préventive », qui n'était autre qu'un avertissement officieux du parquetier, par lequel le prévenu, sermonné, était averti qu'il jouissait d'une certaine clémence, à la condition de bien se conduire à l'avenir).

²³ Sur le développement de la « troisième voie » et des procédures rapides ou simplifiées, V. not., J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ? Etude de droit répressif français sous l'éclairage du droit répressif allemand*, Préf. R. KOERING-JOULIN, ISPEC, L.R.D.D., ISPC, 2002, Aix-Marseille, t. II, n°1198-1292, pp. 513 à 556 ; P. MILBURN et D. SALAS, *Les procureurs de la République : De la compétence personnelle à l'identité collective*, Etude sociologique et étude comparative européenne, t. I, CESDIP/CNRS, CRPJ-ENM et Printemps/CNRS, avec le soutien de la Mission de recherche droit et justice dans le cadre de l'appel à proposition sur « le métier de procureur », 2007, spéc. p. 79 ; P. MILBURN, « Les procureurs de la République : passeurs de justice ou gestionnaires des 'politiques pénales' ? », *Droit et société*, 2010/1, p. 73, spéc. pp. 75 et s. ; V. ég., Rapport d'information n°513 sur le classement sans suite (*Les infractions sans suite ou la délinquance maltraitée*), Annexe au procès-verbal de la séance du 18 juin 1998, Présenté par H. HAENEL ; Rapport d'information n°17 sur les procédures accélérées de jugement en matière pénale, Annexe au procès-verbal de la séance du 12 octobre 2005, Présenté par F. ZOCCHETTO.

parquets²⁴. Le XX^e siècle a ainsi vu se développer et s'enrichir des procédures rapides, simplifiées ou « sommaires »²⁵ mais aussi des alternatives aux poursuites²⁶, de telle sorte qu'aujourd'hui la réponse à une infraction ne prend plus nécessairement la forme de l'exercice de poursuites suivi de l'intervention d'un juge avec un débat sur la culpabilité.

6. La complexification de la délinquance -. Si, d'un côté, la moindre gravité de certaines infractions ou la moindre complexité de certaines affaires ont autorisé le développement d'autres modes de traitement de la délinquance, de l'autre, la gravité de certains méfaits, leur grande technicité et, plus généralement, les difficultés de les appréhender en raison du secret qui entoure leur commission, de l'environnement dans lequel elles se commettent ou de leur dimension transfrontière, ont imposé, en plus d'une spécialisation des autorités répressives²⁷, une adaptation des moyens d'investigation et des mécanismes d'entraide afin d'éviter que cette complexité ou cette dimension d'extranéité ne soit pas un gage d'impunité.

7. Les dysfonctionnements révélés -. Les dysfonctionnements de la justice

²⁴ Ainsi, du traitement en temps réel (ou « TTR »), d'abord empirique (V. not., J.-L. PANSIER, « Le traitement direct du procureur Moinard à Bobigny », *RSC* 1993, p. 163) puis généralisé, peut être défini comme « une modalité nouvelle de traitement des affaires, caractérisée par la réponse téléphonique [ou par emails, dans certaines juridictions] aux demandes d'orientation des dossiers émanant des OPJ, par la prise de décision immédiate des parquetiers et par la création de cellules de ministère public dédiées à cette modalité de fonctionnement » (V. not., B. BASTARD et C. MOUHANA, « L'urgence comme politique pénale ? Le traitement en temps réel des affaires pénales, *Arch. pol. crim.*, 2006/1, p. 155, spéc., p. 158) ou comme « un mode d'organisation des parquets reposant sur un traitement [...] immédiat des décisions à prendre quant à la direction de l'enquête et l'orientation des poursuites » (M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, Thèse dactyl., Université de Strasbourg, 2005, spéc. n°319, p. 245) qui présente d'indéniables avantages : la personne a connaissance de la date de la convocation en justice immédiatement, qu'il soit fait usage de la comparution par officier de police judiciaire (COPJ), de la comparution immédiate, ou de la convocation par procès-verbal, le traitement des procédures est plus rapide et les capacités de réponse de l'institution accru. Il permet, enfin, de limiter les classements sans suite en apportant une réponse le plus souvent possible (*Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Comparution immédiate », 2016, par C. GUERY, spéc. n°9). L'inconvénient est, en revanche, une limitation des droits de la défense, essentiellement dans le cadre de la comparution immédiate (V. not., P. DE COMBLES DE NAYVES et E. MERCINIER, « Comparutions immédiates : la défense in situ », *AJ pén.* 2011, p. 18 ; H. VLAMYNCK, « La procédure de comparution immédiate : vitesse ou précipitation ? », *AJ pén.* 2011, p. 10) Sur le « TTR », V. ég., C. MIANSONI, « La nature juridique du traitement en temps réel », *AJ pén.* 2012, p. 152 ; C. GUERY, « Comparution immédiate », préc. spéc. n°5).

²⁵ Le terme était employé par Roger Merle et André Vitu à propos de la comparution immédiate, ces auteurs évoquant à leur égard des « procédures correctionnelles sommaires » (R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. 2, *Procédure pénale*, Ed. Cujas, Paris, 2001, n°299, p. 351).

²⁶ Sur le développement de la « troisième voie » et des procédures rapides ou simplifiées, V. not., J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ? Etude de droit répressif français sous l'éclairage du droit répressif allemand*, Préf. R. KOERING-JOULIN, ISPEC, L.R.D.D., ISPC, 2002, Aix-Marseille, t. II, n°1198-1292, pp. 513 à 556 ; P. MILBURN et D. SALAS, *Les procureurs de la République : De la compétence personnelle à l'identité collective*, Etude sociologique et étude comparative européenne, t. I, CESDIP/CNRS, CRPJ-ENM et Printemps/CNRS, avec le soutien de la Mission de recherche droit et justice dans le cadre de l'appel à proposition sur « le métier de procureur », 2007, spéc. p. 79 ; P. MILBURN, « Les procureurs de la République : passeurs de justice ou gestionnaires des 'politiques pénales' ? », *Droit et société*, 2010/1, p. 73, spéc. pp. 75 et s. ; V. ég., Rapport d'information n°513 sur le classement sans suite (*Les infractions sans suite ou la délinquance maltraitée*), Annexe au procès-verbal de la séance du 18 juin 1998, Présenté par H. HAENEL ; Rapport d'information n°17 sur les procédures accélérées de jugement en matière pénale, Annexe au procès-verbal de la séance du 12 octobre 2005, Présenté par F. ZOCCHETTO.

²⁷ Pour une radiographie de celles-ci, V. not., S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n°163 et s., pp. 183 et s. ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, n°685 et s., pp. 506 et s.

révélés à l'occasion de certaines affaires - parfois qualifiés de « fiascos »²⁸ - ont également été facteur d'adaptation dans le but d'éviter leur répétition. Il suffit de songer aux adaptations introduites par la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale²⁹, et en particulier aux dispositions relatives à la clôture de l'information judiciaire ou destinées à réduire l'isolement du juge d'instruction.

8. L'intégration de principes supranationaux communs et transcendants les particularités des systèmes nationaux au profit de l'émergence d'un modèle de procès « universel »³⁰. L'inconstance des normes trouve encore une explication dans l'intégration de standards supranationaux, transcendants les particularités des systèmes internes au profit de standards communs et préfigurant l'émergence d'un « modèle universel » de procès pénal : le « procès équitable ». Ils ont participé, avec l'apport du droit comparé³¹, à un rapprochement progressif des systèmes auxquels ils

²⁸ Le qualificatif est emprunté à Monsieur Desportes et Madame Lazerges-Cousquer, à propos de l'affaire dite d'Outreau, *in* F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°20, p. 13.

²⁹ L. n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, *JORF* 8 mars 2007, p. 4206, *JCP éd. G.* 2007, doct. 181, comm. J. LEBLOIS-HAPPE ; *Procédures* 2007, ét. 4, par J. BUISSON ; *Ibid.*, comm. 118, J. BUISSON ; *Dr. pén.* 2007, ét. 6, par H. MATSOPOULOU ; *AJ pén.* 2007, p. 113, obs. M. NORD-WAGNER ; *Ibid.*, p. 117, obs. P. VOULAND ; *Ibid.*, p. 217, obs. C. GUÉRY ; *Ibid.*, p. 315, obs. P. BELIN et T. PONS ; *Ibid.*, p. 319, obs. C. GUÉRY ; *AJ pén.* 2008, p. 497, obs. E. MERCINIER ; *Ibid.*, p. 363, obs. J. LEBLOIS-HAPPE.

³⁰ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n°134, p. 157 ; M. DOUCHY-OUUDOT, V. MAGNIER, S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, X. LAGARDE, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, C. DELICOSTOPOULOS, I. DELICOSTOPOULOS, H. RUIZ-FABRI, *Droit processuel*, Ed. Dalloz, Précis, 2017, Paris, n°233 et s., pp. 530 et s.

³¹ V. not., R. OTTENHOF, « Le mouvement de réformes des systèmes de justice pénale », *in Inquisitoire-accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ? RIDP*, 1^e et 2^e sem. 1997, p. 195, spéc. p. 197 ; M. DELMAS-MARTY, « Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun », *D.* 2001, p. 1326.

s'imposent³². A l'opposition universelle et intemporelle³³ entre des modèles plutôt accusatoires³⁴ ou plutôt inquisitoires³⁵ se substitue la généralisation d'une procédure mixte, aux combinaisons variées, mais toujours articulée autour de la recherche d'un équilibre entre l'autorité publique, qui détient de puissants moyens d'investigation et de contrainte, et l'accusé (au sens large) qui en est démuné mais doit se voir reconnaître,

³² V. not., M. DELMAS-MARTY, « Évolution du ministère public et principes directeurs du procès pénal dans les démocraties européennes », *Justices* 1996, n°3, p. 75 ; J.-P. LABORDE, « Les apports des institutions et instruments internationaux aux systèmes de justice pénale nationaux », in *Inquisitoire-accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ? RIDP*, 1^e et 2^e sem. 1997, p. 139 ; F. CHOPIN, « Le mouvement de réformes des systèmes de justice pénale – Compte-rendu des tables rondes », *Ibid.*, p. 199, spéc. pp. 208 ; B. PAVISIC, « Les nouvelles procédures pénales des pays d'Europe centrale et orientale », in COLLECTIF, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, Paris, 2006 ; J. VOLFF, « Les évolutions de la procédure pénale en Europe après 1945 », *Dr. pén.* 2007, ét. 19 ; J.-P. JEAN, « Systèmes judiciaires européens – Les principales tendances en matière pénale », *AJ pén.* 2008, p. 453 ; J. PRADEL, « Les grandes tendances de l'europanisation des systèmes pénaux nationaux », *Cahiers du droit*, 2009, p. 1015 ; H. LABAYLE, « L'europanisation des procédures pénales nationales », 76^e Congrès de la Confédération nationale des avocats, 2011, Côme, *Le barreau de France*, n°350, automne 2011, p. 30 ; F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'encadrement par la norme internationale – L'encadrement du procès pénal par la Cour européenne des droits de l'homme », in COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes et Commentaires », Paris, 2007, p. 151 ; Pour des exemples de cette acculturation dans les modèles étrangers, V. not., J.-L. GOMEZ et F. GONZALVES, « La procédure pénale face au principe accusatoire : la position adoptée par le ministère public en Espagne et dans les pays latins américains. Influences européennes et nord-américaines », in *Inquisitoire-accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ? RIDP*, 1^e et 2^e sem. 1997, p. 61 ; E. ZAPPALA, « Le procès pénal italien entre système inquisitoire et système accusatoire », *Ibid.*, p. 111 ; Pour une vision sommaire de l'acculturation du système français, V. not., F. CASORLA, « Le cas français. L'approche du magistrat », in *Inquisitoire-accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ? RIDP*, 1^e et 2^e sem. 1997, p. 83 ; J.-P. GHENASSIA, « Le cas français. L'approche du policier », *ibid.*, p. 103 ; D. THOMAS, « Le suspect en quête d'un statut procédural » in COLLECTIF, *Mélanges Michel Cabrillac*, Ed. Dalloz-Litec, Paris, 1999, p. 423 ; X. PIN, « L'évolution des droits de la défense depuis le Code d'instruction criminelle », in H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (sous la dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, Saarbrücker Studien zum Internationalen Recht, n°44, 2010, p. 157 ; E. VERGES, « La transformation du modèle français de la garde à vue : étude d'un exemple d'acculturation de la procédure pénale », *RPDP*, 2010/4, p. 865 ; M. TOULLIER, « Le statut du suspect à l'ère de l'europanisation de la procédure pénale : entre "petite" et "grande" révolutions », *RSC* 2015, p. 127 ; J. LEBLOIS-HAPPE, « L'incidence de la législation européenne sur la procédure pénale française », *Cahiers de la Sécurité et de la Justice*, 2016/4, n°38, p. 14 ; J. LEBLOIS-HAPPE, « L'europanisation du droit pénal depuis le traité de Lisbonne », in X. PIN (sous la dir.), *Mémoire et droit pénal en France et en Allemagne, Gedächtnis und Strafrecht in Frankreich und Deutschland*, 5^e rencontre du droit pénal franco-allemand, Deutsch-französische Strafrechtstagung, Ed. Société de Législation comparée, Colloque, 2017, p. 113.

³³ V. not., G. DI MARINO, « L'implantation et les remises en causes des dogmes accusatoire et inquisitoire », in *Inquisitoire-accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ? RIDP*, 1^e et 2^e sem. 1997, p. 17, spéc. p. 19.

³⁴ Selon la définition de Cornu, est accusatoire « une procédure dans laquelle les parties ont à un titre exclusif ou au moins principal, l'initiative de l'instance, de son déroulement et de son instruction » (G. CORNU (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., Ed. PUF, Coll. « Quadrige », 2016, Paris, v° « accusatoire »). Elle présente trois caractéristiques principales : il s'agit d'une procédure publique, orale et contradictoire (V. not., S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 29^e éd., Dalloz, Paris, 2017, v° « procédure accusatoire » ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n°23, p. 28 ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., Ed. Economica, Coll. « Corpus Droit privé », Paris, 2015, n°11, p. 6). Sur le modèle accusatoire et ses applications historiques et/ou géographiques, V. not., M. DELMAS-MARTY, S. LAVISGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, préc., pp. 14 et s. ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n°24 et s., pp. 29 et s. ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Procédure pénale*, Ed. Dalloz, Coll. « Précis », 25^e éd., Paris, 2016, spéc. n°55 et s., pp. 48 et s.

³⁵ Selon la définition de Cornu est inquisitoire la procédure dans laquelle « toute initiative vient du juge : l'introduction de l'instance, la direction du procès, la recherche des faits et la réunion des éléments de preuve » (G. CORNU (sous la dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° « inquisitoire »). Elle se présente trois caractéristiques principales : il s'agit d'une procédure écrite, secrète et non contradictoire (V. not., S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, v° « procédure inquisitoire » ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°12, p. 6). Sur le modèle inquisitoire et ses applications historiques et ou géographiques, V. not., M. DELMAS-MARTY, S. LAVISGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, préc., pp. 14 et s. ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n°34 et s., pp. 34 et s. ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Procédure pénale*, spéc. n°66 et s., pp. 54 et s.).

dès le début du procès, certaines garanties procédurales dont celle essentielle de connaître la suspicion ou l'accusation portée contre lui³⁶.

9. La mise en état des affaires pénales comme principal « réceptacle » de ces évolutions -. La mise en état des affaires pénales a été le principal réceptacle de ces différentes évolutions, même lorsqu'elles ne l'ont pas directement visée.

Indépendamment du fait que cette phase est, pour reprendre la métaphore de Madame Lazerges-Cousquer et Monsieur Desportes, « un peu ce que les fondations sont à une maison »³⁷ - ses « malfaçons » pouvant entraîner l'effondrement de l'ensemble – et le « point d'éclosion d'une affaire – c'est-à-dire un stade où il est encore possible de l'étouffer³⁸ - elle est également la phase de la procédure où se concentrent le plus délicatement les deux impératifs antagoniques de l'efficacité et de la protection des libertés³⁹, ce qui donne lieu à un équilibre fragile et vacillant.

10. L'observation des réformes qu'elle a connu depuis les années 1970 révèle une juxtaposition et une succession de lois⁴⁰ pour certaines chargées d'une idéologie « droit-de-l'homme » et d'un attachement à la protection du citoyen contre l'arbitraire des autorités d'investigation et de poursuite, pour les autres animées par le souci de l'efficacité de la procédure qui s'exprime notamment par l'adaptation des moyens à la disposition des autorités policières pour constater les infractions, en identifier les auteurs et en recueillir les preuves. Sans être les seules⁴¹, les lois du 4 janvier 1993⁴² et du 15 juin 2000⁴³ sont significatives de la première tendance. La loi du 9 mars 2004⁴⁴

³⁶ V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°14, pp. 8-9.

³⁷ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°30, p. 21.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Pour un aperçu plus précis des lois adoptées depuis le début des années 1970, V. not., S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n°56 et s., pp. 50 et s.

⁴¹ Citons, parmi d'autres, la loi du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens (L. n°70-643, *JORF* du 19 juil. 1970, p. 6751, *D.* 1970, chron. 191, R. VOUIN ; *JCP* 1970. III. 36850 ; *JCP* 1971. I. 2370, obs. J. ROBERT ; *RSC* 1971, p. 367, obs. R. MERLE ; *Ibid.*, p. 577, obs. C. BRYON ; *Gaz. Pal.* 1972, doct. 1, J. PRADEL), qui a remplacé la « détention préventive » par la « détention provisoire » et instauré le contrôle judiciaire. Par-delà un simple changement de terminologie, dont l'objectif assigné était de limiter le recours à la détention en la rendant plus exceptionnelle.

⁴² L. n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, *JORF* 4 janv. 1993, p. 215, *D.* 1993, chron. p. 39, J. PRADEL ; *Gaz. Pal.* 27 août 1996, doct., p. 965, H. DE LAROSIERE DU CHAMPFEU ; V. ég., P. MAISTRE DU CHAMBON, « Propos critiques et désabusés sur une réforme mort-née de la procédure pénale », in COLLECTIF, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier*, PUG, Grenoble, 1993, p. 191.

⁴³ L. n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JO* 16 juin 2000, *RSC* 1999, p. 167, comm. C. LAZERGES ; *Gaz. Pal.* 22 juin 2000, p. 11, comm. C. CHARBONNEAU et F.-J. PANSIER ; *Gaz. Pal.* 29 juin 2000, p. 3, comm. C. CHARBONNEAU et F.-J. PANSIER ; *Gaz. Pal.* 30 juin 2000, p. 6, comm. C. CHARBONNEAU et F.-J. PANSIER ; *JCP éd. G.* 2000.1299, comm. F. LE GUNEHEC ; *RSC* 2001, p. 7, comm. C. LAZERGES ; *D.* 2001, p. 1039, comm. J. PRADEL.

⁴⁴ L. n°2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* 10 mars 2004, p. 4567, *D.* 2004, p. 1910, comm. B. DE LAMY ; *RSC* 2004, p. 376, comm. J.-F. SEUVIC ; *RSC* 2004, p. 675, obs. B. BOULOC ; *RDPC* 2005, p. 133, J. PRADEL ; *JCP éd. G.* 2004, act. 177, obs. F. LE GUNEHEC ; *Ibid.* act. 188, obs. F. LE GUNEHEC ; *Ibid.* doct. 132, J. PRADEL ; *Ibid.* doct. 134, J. PRADEL ; *RSC* 2005, p. 107, chron. B. BOULOC.

dite « Perben 2 » est, elle, l'une des manifestations les plus remarquables de l'adaptation des moyens à la complexification de la criminalité et de la délinquance.

11. Une autre raison de la versatilité des règles applicables à la mise en état des affaires pénales⁴⁵ tient à la grande diversité des formes qu'elle connaît selon les pays⁴⁶. Ceci explique que l'intégration de standards communs et transcendants leurs spécificités ait donné lieu à davantage d'ajustements. Les lois du 14 avril 2011 relative à la garde à vue⁴⁷ et celle du 27 mai 2014⁴⁸, qui a renforcé le droit à l'information de toutes les personnes mises en cause dans une procédure pénale, y compris au stade policier, sont des témoins parmi d'autres de l'acculturation du système français à ces standards communs et, donc, à la versatilité des normes applicables.

12. La phase préparatoire n'est pas non plus restée imperméable à d'autres réformes qui ont touché les modes de traitement de la délinquance en général. Ceci s'explique par sa structuration particulière qui fait coexister deux cadres procéduraux

⁴⁵ On désignera également parfois cette phase, pour plus de commodité, comme étant celle de l'avant-procès.

⁴⁶ V. not., SENAT, *L'instruction des affaires pénales*, Les documents du travail du Sénat, Série Législation comparée, mars 2009, n°LC 195 ; K. LIGETI (sous la dir.), *Toward a Prosecutor for the European Union*, Vol. 1, A comparative analysis, Hart Publishing, Oxford, 2012 (L'ouvrage compile la plupart des rapports nationaux qui ont été en vue de l'élaboration d'un corpus de règles communes pour le fonctionnement du Parquet européen dans le cadre de l'« EPPO-project ») ; V. ég. (mais néanmoins plus anciens), M. DELMAS-MARTY, *Procédures pénales d'Europe*, Ed. PUF, Coll. « Thémis », Paris, 1995 ; Pour des études et articles de droit comparé, V. not., A. BINET-GROSCLAUDE, *L'avant-procès pénal : étude comparée Angleterre-France*, Ed. Bruylant, 2011 ; N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public, Etude comparative France-Angleterre*, Thèse dactyl., Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2015 ; V. ég., J. LEBLOIS-HAPPE, « Eléments de cohérence de la procédure pénale allemande. L'équilibre entre les prérogatives du ministère public et celles du juge dans la phase préliminaire du procès », in COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes et Commentaires », Paris, 2007, p. 241 ; J.-R. SPENCER, « La procédure pénale française vue par un anglais », *Ibid.*, p. 227 ; S. GLEB, J. LEBLOIS-HAPPE, C. MAURO, F. MESSNER et V. MURSCHEZ, « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès » in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, opinio doctorum*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2009, p. 203.

⁴⁷ L. n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, *JORF* 15 avril 2011, p. 6610, *JCP éd. G.* 2011, Aperçu rapide 542, obs. H. MATSOPOULOU ; *JCP éd. G.* 2011, doct. 665, J. PRADEL ; *JCP éd. G.* 2011, doct. 632, M.-L. RASSAT ; *D.* 2011, p. 1570, G. ROUJOU DE BOUBEE ; *D.* 2011, p. 1699, J. ALIX ; *Gaz. Pal.* 22 mai 2011, p. 13, P. GAGNOUD et L. ROBERT ; *Gaz. Pal.*, spéc. 6-7 juil. 2011, p. 5, J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *ibid.* p. 12, G. STRAHELI ; *ibid.* p. 17, C. CHARRIERE-BOURNAZEL ; *ibid.* p. 24, C. NISAND ; *ibid.* p. 30, O. CLERC ; *ibid.* p. 33, J. BOURGUIGNON ; *ibid.* p. 37, J.-L. LAUMONT ; *RPDP* 2011, p. 297, E. GINDRE ; *Dr. pén.* 2011, ét. 2, Y. MULLER ; V. ég., D. THOMAS, « A propos de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue : les leçons d'une réforme hâtive » in COLLECTIF, *Mélanges J.-H. Robert*, Litec, Paris, 2012, p. 771.

⁴⁸ L. n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JORF* 28 mai 2014, p. 8864, *AJ pén.* 2014, p. 261, obs. E. ALLAIN ; *D.* 2014, p. 1160, obs. J.-B. PERRIER ; *JCP éd. G.* 2014, 1113, obs. J.-Y. MARECHAL ; *Procédures* 2014, n°7, p. 28, obs. J. BUISSON ; *JCP éd. G.* 2014, doct. 802, comm. G. TAUPIAC-NOUVEL et A. BOTTON ; *Dr. pén.* 2014, n°7, p. 10, comm. E. VERGES ; *AJ pén.* 2014, p. 320, obs. N. LE COZ ; *D.* 2014, p. 1506, obs. B. CHAPLEAU ; *D.* 2014, p. 1508, obs. S. PELLE ; *Gaz. Pal.* 2014, n°208, p. 9, comm. P. HENNION-JACQUET ; *Ibid.*, p. 13, comm. G. BEAUSSONIE ; *Ibid.*, p. 16, comm. C. MICHALSKI ; *Ibid.*, p. 19, comm. F. FOURMENT ; *Gaz. Pal.* 2014, n°213, p. 10, obs. P. GAGNOUD ; *JCP éd. G.* 2014, 1547, comm. R. OLLARD ; *Gaz. Pal.* 2014, n°262, p. 17, comm. R. MESA ; *AJ pén.* 2014, p. 549, obs. E. ALLAIN ; *RSC* 2015, p. 127, comm. M. TOULLIER ; *RSC* 2015, p. 447, comm. E. GALLARDO ; V. ég. Circ. du 23 mai 2014 de présentation des dispositions de procédure pénale applicables le 2 juin 2014 de la loi portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, NOR : JUSD1412016C, pp. 1-4.

dont l'un se situe en amont de la mise en mouvement de l'action publique (l'enquête), l'autre en aval (l'information judiciaire). Toute réforme visant à accroître le domaine d'application de procédures rapides, sommaires, ou des alternatives aux poursuites a donc nécessairement une incidence sur la mise en état, participant de la marginalisation de son versant le plus formaliste (l'instruction) au profit de l'autre (l'enquête).

La procédure de « saisine directe », aujourd'hui de comparution immédiate, est l'exemple historique le plus révélateur de la manière dont on peut contourner l'information judiciaire. La loi des 20 mai-1^{er} juin 1863⁴⁹ créant la procédure de flagrants délits, dont les procédures précitées sont les héritières⁵⁰ a eu pour ambition de mettre le droit au diapason des pratiques des parquets du XIX^e siècle⁵¹ qui, face à l'engorgement des juridictions d'instruction et à la nécessité de s'assurer de la présence des prévenus⁵², s'étaient accordés le droit de procéder aux interrogatoires de prévenus arrêtés et celui de les placer en détention préventive dans l'attente d'une audience correctionnelle fixée dans le plus court délai possible. L'extension du champ de la saisine directe aux infractions non flagrantes et, depuis, de la comparution immédiate à la quasi-totalité des délits⁵³ a précipité ce phénomène en permettant aux parquets, dans

⁴⁹ Sur cette loi, V. not. A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XII^e siècle jusqu'à nos jours*, op. cit., pp. 578 et s.

⁵⁰ *Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v^o « Comparution immédiate », 2016, par C. GUERY.

⁵¹ X. MOROZ, « Les initiatives procédurales des parquets au XIX^e siècle », préc., pp. 97-98 ; V. ég., R. LEVY, « Un aspect de la mutation de l'économie répressive au XIX^e siècle : la loi de 1863 sur le flagrant délit, *Revue historique*, juil.-sept. 1985, n^o 555, p. 43-77.

⁵² La détention avant jugement était alors indéfectiblement liée à la saisine du juge d'instruction (A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XII^e siècle jusqu'à nos jours*, op. cit., pp. 578 et s.), ce qui avait été, comme le rappelle Monsieur Moroz, à l'origine de « tracasseries quotidiennes ». A cette période où les procureurs n'avaient d'autre alternative que la citation directe ou la saisine du magistrat instructeur, « user de la citation directe, c'était courir le risque de perdre la trace du prévenu dans la mesure où le parquetier ne pouvait s'assurer de sa personne en délivrant à son encontre un mandat de dépôt, acte juridictionnel et donc réservé aux seuls juges ; choisir l'ouverture d'une instruction officielle, c'était certes s'assurer du prévenu, à condition toutefois que le magistrat instructeur veuille bien délivrer un mandat conformément aux réquisitions du parquet, mais aussi, revers de la médaille, surcharger les cabinets d'instruction avec le menu fretin en même temps que les prisons de présumés innocents » (X. MOROZ, « Les initiatives procédurales des parquets au XIX^e siècle », préc., p. 97).

⁵³ Songeon, entre autres, à la loi n^o81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes (*JORF* du 3 fév. 1981, p. 415, *D.* 1981, chron. p. 101, J. PRADEL ; *Gaz. Pal.* 1981, 1, doct. p. 21, D. PERIER-DAVILLE) qui a permis la saisine directe de la juridiction de jugement en présence de délits non flagrants, c'est-à-dire à la suite d'enquêtes préliminaires ne justifiant pas l'ouverture d'une information judiciaire. Ces dispositions ont été abrogées par la loi n^o 83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n^o 81-82 du 2 février 1981 et complétant certaines dispositions du code pénal et du code de procédure pénale, qui dénommait alors cette procédure sommaire « comparution immédiate » (*JORF* 11 juin 1983, p. 1755, *ALD* 1983, comm. 105, M. PUECH). La loi n^o86-1019 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance a, à nouveau, étendu le champ de la comparution immédiate aux infractions non-flagrantes, pour autant qu'elles soient passibles d'une peine d'emprisonnement au moins égale à deux ans et n'excédant pas cinq ans, substituant ainsi à la flagrance le critère de la suffisance des charges existantes contre l'intéressé (Rapport n^o207 sur le projet de loi relatif à la lutte contre la criminalité et la délinquance, Annexé au procès-verbal de séance du 20 juin 1986, Présenté par E. AUBERT, spéc. 16). Les lois n^o95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (*JORF* 9 fév. 1995, p. 2175) et n^o2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (*JORF* 10 sept. 2002, p. 14934 ; Circ. du 8 novembre 2002 de présentation des dispositions de procédure pénale de la loi n^o2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, Crim-02-16-E8-08.11.02, JUS-D-02-30179C, p. 20) ont, à nouveau, élargi le domaine d'application de cette procédure l'étendant à tous les délits flagrants punis d'une peine d'au moins six mois d'emprisonnement et non flagrants passibles d'une peine de deux ans d'emprisonnement au moins (C.P.P., article 395).

des affaires ne nécessitant pas d'investigations complémentaires mais imposant de s'assurer de la présence de l'intéressé, de contourner l'ouverture d'une information. L'effet de cette expansion sur marginalisation de l'instruction a été souligné par la Commission « Justice pénale et droits de l'homme », dite « Commission Delmas-Marty » (du nom de sa présidente) dans les années 1990⁵⁴ et, plus récemment, par Monsieur Seurin⁵⁵.

13. Si l'instabilité de la mise en état des affaires pénales ne fait aucun doute, il faut néanmoins distinguer, parmi les retouches successivement dont elle a été l'objet, celles qui relèvent d'une évolution et celles qui trahissent une mutation, la distinction tenant au degré de transformation emporté. Classiquement, l'évolution se définit en effet comme « un changement progressif »⁵⁶. Bien qu'elle puisse être importante, et donc avoir des implications conséquentes, elle n'induit pas nécessairement l'idée d'une métamorphose. Au contraire, la mutation constitue un « changement radical et profond »⁵⁷, présageant de bouleversements sérieux.

14. Les principales évolutions de la mise en état des affaires pénales -. Il ne peut s'agir de retracer l'ensemble des évolutions, y compris les plus parcellaires, qu'a connu la mise en état des affaires pénales. Le risque serait de sombrer dans une énumération fastidieuse et sans grand intérêt. Certaines évolutions, caractéristiques des mouvements qu'a connu cette phase de la procédure, doivent cependant être rappelées. L'une concerne, le renforcement des droits des personnes concernées par la procédure quel que soit le cadre procédural des investigations ; l'autre, l'enrichissement des possibilités d'investigation offertes aux autorités répressives pour parvenir à la manifestation de la vérité.

15. Le renforcement des droits procéduraux des personnes concernées par la procédure : un phénomène global touchant les deux versants de la mise en état -. Les droits des personnes concernées par la procédure n'ont cessé de s'accroître. Si ces garanties procédurales ont naturellement trouvé leur première expression lors de l'information judiciaire, les dernières décennies ont été marquées par l'émergence puis l'affirmation de droits procéduraux dès le stade de l'enquête.

⁵⁴ M. DELMAS-MARTY, S. LAVISGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, op. cit., pp. 124-125.

⁵⁵ M. SEURIN, « De la loi du 15 juin 2000 à la loi du 9 mars 2004, quel avenir pour l'instruction préparatoire ? » in COLLECTIF, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, Paris, 2006, p. 565,

⁵⁶ Centre national de ressources textuelles et lexicales, v^o « Evolution ».

⁵⁷ *Ibid.*, v^o « Mutation ».

16. Les manifestations de l'affirmation des garanties procédurales lors de l'information judiciaire -. Au stade de l'information judiciaire, la loi Constans du 8 décembre 1897⁵⁸ a initié ce mouvement en permettant à l'avocat d'assister l'inculpé – devenu depuis le mis en examen - durant ses interrogatoires devant le juge d'instruction et d'avoir accès au dossier. La partie civile a acquis les mêmes droits avec la loi du 22 mars 1921⁵⁹. Le Code de procédure pénale, promulgué le 23 décembre 1958, a pour l'essentiel conservé les garanties acquises par les parties avant que ne se succèdent, dès la fin du XXe siècle, une série de lois renforçant le caractère contradictoire de la procédure d'instruction⁶⁰ et l'équilibre des droits entre celles-ci et l'accusation⁶¹. Les lois du 4 janvier 1993, du 15 juin 2000 et du 5 mars 2007 sont révélatrices de cette évolution, qui n'est pas demeurée sans conséquences.

17. Les conséquences de l'affirmation des garanties procédurales lors de l'information judiciaire -. L'affirmation des garanties procédurales lors de l'information judiciaire a participé à la multiplication des fonctions juridictionnelles du juge d'instruction dont il avait hérité avec la suppression de la chambre du conseil par la loi du 17 juillet 1856⁶², alors qu'il était encore un « juge-enquêteur » à l'indépendance

⁵⁸ V. not., P. CHAMBON, « La loi du 8 décembre 1897, sur l'instruction préalable et la jurisprudence de la Cour de cassation », *JCP*. 1959.I.979 ; J. PRADEL, « Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan », *D.* 1997, p. 375. Sur les préalables à cette loi, en particulier le projet présenté devant le Sénat lors de la séance du 27 mai 1879, proposant non de supprimer l'instruction héritée de l'ordonnance de 1670, mais d'ancrer des combinaisons nouvelles en permettant à l'inculpé d'être assisté d'un avocat et d'obtenir communication des actes de la procédure, mais aussi, de participer plus activement à l'information et d'user de voies de recours contre les principales décisions du juge d'instruction, V. not., A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIe siècle jusqu'à nos jours*, Ed. L. Larose et Forcel, Paris, 1882, p. 580 et s., spéc. p. 582 et s.

⁵⁹ Sur les droits des victimes durant l'information et l'histoire de cette loi, V. not., J.-L. HALPERIN, « La défense de la victime en France aux XIX^e et XX^e siècles », in B. GARNOT (sous la dir.), *Les victimes, des oubliées de l'histoire ?*, Presses Universitaires de Rennes, Coll. « Histoire », Rennes, 2000, p. 59.

⁶⁰ Ainsi de la loi du 9 juillet 1984 tendant à renforcer le droit des personnes en matière de placement en détention provisoire et d'exécution d'un mandat de justice (*JORF* du 10 juil. 1984, p. 2177, *D.* 1985, chron. 7, J. PRADEL ; *JCP* 1985.I.3174, note P. CHAMBON) qui imposa un débat contradictoire avant toute décision sur le placement en détention provisoire.

⁶¹ Ainsi des lois du 4 janvier 1993 et du 15 juin 2000 précédemment citées, V., *Infra*, n°124 et s.

⁶² Le code d'instruction criminelle avait instauré une véritable séparation entre les fonctions d'investigation, alors dévolu presque exclusivement au juge d'instruction, cantonné à des fonctions d'enquêteur, et juridictionnelle (V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°34, p. 23 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, 16^e éd., Ed. Cujas, Coll. « Référence », Paris, 2011, n°9, pp. 29-30). Les pouvoirs juridictionnels l'étaient à la chambre du conseil, formation de trois juges, dont le juge d'instruction, lequel lui rendait compte régulièrement (C.I.C., articles 127 et 128). Il lui appartenait, puisque le système de Code d'instruction criminelle faisait de la détention le principe, de statuer sur les demandes de mise en liberté (C.I.C., article 114), de se prononcer sur la mise en prévention en matière de délits et sur la mise en accusation en cas de crimes en application des articles 129 et suivants du Code d'instruction criminelle (Sur les attributions de la chambre du conseil, V. not., F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. V, H. Plon, 2^e éd., 1867, n° 2037, pp. 54 et s.). Ce système primitif avait néanmoins montré ses défaillances, justifiant une rupture profonde avec l'existant. La chambre du conseil, relevait le rapporteur Nogent Saint-Laurens devant le Corps législatif du Second Empire, « un obstacle à la prompte exécution des procédures » et « une des causes facilement appréciables du prolongement des détentions préventives » alors qu'« elle ne remplit aucune fonction vitale. [...] Le juge d'instruction et la chambre du conseil constituent moins deux juridictions distinctes qu'une juridiction scindée [...]. Ces deux pouvoirs, qui sont l'instrument de la police judiciaire, se rencontrent et se pénètrent sans cesse [...]. Tour à tour ils se dominent et s'asservissent. La chambre est appelée à résoudre toutes les questions de

entravée⁶³. En cela, elle a contribué et contribue encore à la contestation cyclique⁶⁴ d'une incompatibilité des différentes fonctions de ce juge qui ne pourrait être à la fois « Maigret et Salomon »⁶⁵. Cette contrariété a inspiré différents projets de recomposition de la mise en état des affaires pénales au profit d'une autre répartition des rôles, ôtant au juge *de l'instruction* sa fonction d'enquêteur pour affirmer sa neutralité. Les projets

compétence, et cependant le juge peut la prévenir en déclinant sa compétence. Le juge se meut librement dans son ministère, aucun acte d'instruction ne pouvant lui être prescrit, et cependant la chambre a le droit de déclarer l'instruction incomplète. Une fois que la procédure est édictée, et quand le moment est venu de procéder à son apurement, la chambre absorbe le juge dans son sein pour le faire concourir à cette opération ; mais, dès que le juge a pris séance, il peut dans certains cas dicter la loi à la chambre et imposer sa volonté ». C'était là, pour le rapporteur, « des distinctions de pouvoir artificielles, de fausses pondérations qui tiennent à une séparation arbitraire d'attribution de même nature ? Les ordonnances du juge d'instruction et de la chambre du conseil relèvent également de la chambre d'accusation qui est leur régulateur. La chambre d'accusation résume dans sa souveraineté les pouvoirs des deux juridictions ». En définitive, « pourquoi ces pouvoirs, confondus au deuxième degré, ne seraient-ils pas également réunis en première instance ? Pourquoi ne retrouverait-on pas, à la base d'une grande institution, cette unité qui se fait au sommet et qui la domine ? ». La substitution du juge d'instruction à la chambre du conseil ne soulevait, pour celui-ci, aucun inconvénient. Au contraire, « [l]e sentiment profond de sa responsabilité, agrandie et surveillée, ne [pouvait] qu'attacher plus intimement encore à son devoir ce magistrat laborieux et intègre qui consacre son existence à la recherche de la vérité judiciaire ». La loi du 17 juillet 1856 a *in fine* procédé à cette suppression et investi le juge d'instruction de pouvoirs juridictionnels qui lui étaient alors accordé (Ces motifs sont repris par F. Hélie, *in Traité de l'instruction criminelle*, t. V, *op. cit.*, n°2041, p. 60 ; Sur cette loi, V. ég., A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIe siècle jusqu'à nos jours*, *op. cit.*, pp. 574 et s.). Pour une critique de cette évolution, V. not., F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. V, *op. cit.*, n°2044, pp. 66-67 (L'éminent pénaliste fait notamment observer que « le juge ne se borne plus à dresser les procès-verbaux de l'information, il apprécie leurs résultats, il en déduit les conséquences légales ». La loi de 1856 l'a « armé d'un pouvoir [:] la liberté individuelle toute entière a été livrée à sa discrétion [...]. Il peut, à son gré et suivant qu'il le pense convenable, décerner le mandat de comparution ou le mandat d'amener, convertir ce mandat en mandat de dépôt ou laisser l'inculpé en liberté, donner ou refuser la mainlevée de ce dernier, admettre l'inculpé à la liberté provisoire, sans caution ou avec caution. [E]n lui transférant toutes les attributions de la chambre du conseil, a agrandi outre mesure le cercle de ces pouvoirs : il apprécie ses propres actes, il prononce sur l'instruction qu'il a édictée, il décide si elle est ou non fondée, s'il a eu raison d'instruire ou s'il s'est trompé [...], il pèse les indices et les présomptions, il préjuge la culpabilité »).

⁶³ En application de l'article 57 du CIC, il était alors placé sous la surveillance du procureur général impérial, devenu procureur général après la chute de l'empire. Ainsi, rappellent Madame Lazerges-Cousquer et Monsieur Desportes, « [j]usqu'en 1959, celui-ci le notait comme n'importe quel officier de police judiciaire ». En outre, puisqu'il existait plusieurs juges d'instruction au sein d'un tribunal, la répartition des dossiers, décidée par le procureur impérial, devenu procureur de la République, pouvait choisir de les attribuer au juge « le plus favorable à ses vues » (F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°35, p. 23 ; V. ég., P. LEGER (sous la dir.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, Rapport remis le 1^{er} septembre 2009 à Monsieur le Président de la République et à Monsieur le Premier ministre, accessible à l'adresse : www.justice.gouv.fr/art_pix/sg_rapport_leger2_20090901.pdf, spéc. p. 6).

⁶⁴ Cette incompatibilité, a par exemple indiqué la Commission Delmas-Marty, tient « au fait que le juge, dans ses fonctions juridictionnelles [et notamment lorsqu'il décide d'un placement en détention provisoire] doit jouer un rôle d'arbitre neutre [...] ; or la logique même des investigations lui impose de bâtir des hypothèses sur la culpabilité des uns et l'innocence des autres », heurtant de front la neutralité qui doit l'animer (M. DELMAS-MARTY, S. LAVISGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, préc., p. 122). V. ég., entre autres, P. LEGER (sous la dir.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, préc., p. 6. *Contra.*, J. PRADEL, *Procédure pénale*, 16^e éd., Ed. Cujas, Coll. « Référence », Paris, 2011, n°12, pp. 32 (qui indique que « l'argument tiré de la schizophrénie du juge (les juristes qui usent de ce mot savent-ils toujours son sens n'est [pas un bon argument] : d'abord s'agit-il d'un cumul impossible entre agir à charge et à décharge ou s'agit-il d'une impossibilité d'instruire et de juger ? ; ensuite le juge qui a instruit est bien placé pour statuer, mieux que le juge des libertés qui n'a qu'une connaissance à éclipses du dossier »).

⁶⁵ Selon la formule empruntée à Monsieur Badinter.

« Donnedieu de Vabres »⁶⁶, de la Commission Justice pénale et droits de l'Homme⁶⁷ et, plus récemment, du Comité de réflexion sur la justice pénale⁶⁸ ont promu un tel réagencement.

18. La contestation de cette contrariété de fonctions, qui confinerait à une prétendue « schizophrénie », n'a à ce jour abouti qu'à le déposséder de certaines de ses attributions pour les confier à un autre juge, créé à cet effet – le juge des libertés et de la détention⁶⁹ -, et à favoriser les instructions à plusieurs⁷⁰.

19. L'enrichissement des droits des parties à l'information judiciaire a conduit à sa complexification, origine de lenteurs voire de pesanteurs. Mises au jour tant par les

⁶⁶ V. not., H. DONNEDIEU DE VABRES, « La réforme de l'instruction préparatoire, Conférence faite au Mouvement National Judiciaire le 29 mai 1949 », *RSC* 1949, p. 499 et « Projet de Code d'instruction criminelle », *RSC* 1949, pp. 433 et s., 617 et s., 796 et s. ; A. COLOMBINI, « Considérations sur le projet du Code d'instruction criminelle », *JCP éd. G.* 1950.I.854 ; R. VOUIIN, « Le projet de réforme du Code d'instruction criminelle », *D.* 1950, chron. p. 37 ; C. GERTHOFFER, « Le projet de réforme du Code d'instruction criminelle », *RSC* 1950, p. 98 ; M. CALEB, « Considération sur le nouveau projet de Code d'instruction criminelle », *RSC* 1952, p. 19.

⁶⁷ M. DELMAS-MARTY, S. LAVISGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, préc. Sur ce projet, V. not., J. PRADEL, « La mise en état des affaires pénales. Propos sceptiques sur le rapport de la commission Justice pénale et droits de l'Homme », *D.* 1990, chron. p. 301 ; P. COUVROT, « Le projet Donnedieu de Vabres en parallèle avec les travaux de la commission Justice pénale et droits de l'Homme », *Arch. pol. crim.* 1991, n°13, p. 67 ; P. WAQUET, « Réflexions sur les rapports de la commission Justice pénale et droits de l'homme », *RSC* 1991, p. 518.

⁶⁸ P. LEGER (sous la dir.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, préc. Sur ce projet, F. SAINT-PIERRE, « Qu'espérer de la commission Léger ? Une réforme d'ampleur de la Justice pénale ! », *AJ pén.* 2009, p. 171 et s. ; V. SIZAIRE, « Quel modèle pour l'instruction », *Ibid.*, p. 388 et s. ; M. ROBERT, « Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un parquetier », *Ibid.*, p. 393 et s. ; J.-Y. LE BORGNE, « Le rapport Léger, le poids de l'habitude et la peur de la nouveauté », *Ibid.*, p. 400 et s. ; J. PRADEL, « Tous les péchés du juge d'instruction méritent-ils sa mort », *D.* 2009, p. 438 ; A. COCHE, « Le comité de réflexion sur la justice pénale ou les droits perdus du justiciable ? (à propos de la phase préparatoire du procès pénal) », *D.* 2009, p. 2765 et s. ; G. LACUZEAU, « Analyse critique du pré-rapport Léger sous l'angle de l'action du parquet » in *Déviations et délinquances. Approches psycho-sociales et pénales*, Dalloz, Coll. « Essais de philosophie pénale et de criminologie », Vol. 8, Paris, 2009, p. 297 ; B. LAVIELLE et J. DANET, « Juge d'instruction : ni excès d'honneur ni cette indignité », *Gaz. Pal.* 2009, n°55, p. 2 et s. ; P. CONTE, « Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. pén.* 2009, ét. 11 ; H. MATSOPOULOU, « A propos du rapport d'étape du Comité de réflexion sur la justice pénale », *JCP éd. G.* 2009, Actualité 156 et *JCP éd. G.* 2009, Aperçu rapide 236 ; J. PRADEL, « Le rapport Léger sur la justice pénale : la grande illusion ? », *RPDP* 2009, p. 531 ; P. BONFILS, « Faut-il changer notre procédure pénale ? », *D.* 2010, p. 158 ; V. ég., Rapport d'information n°162 sur l'évolution du régime de l'enquête et de l'instruction, Enregistré à la Présidence du Sénat le 8 décembre 2010, par MM. J.-R. LECERF et J.-P. MICHEL.

⁶⁹ L. n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, préc. Pour des études complètes sur le juge des libertés et de la détention, V. not., P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention, entre présent et avenir*, thèse, Paris II, Paris, 2011 ; *Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Juge des libertés et de la détention », 2014, par C. LACROIX.

⁷⁰ L. n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, préc.

juridictions nationales⁷¹ que par la Cour européenne⁷², elles ont contribué à la multiplication des dispositifs destinés à encadrer la durée de l'instruction ou à éviter qu'elle se prolonge inconsidérément⁷³.

Cette complexification a à son tour donné naissance à des voies de « contournement » de l'instruction, par souci de gain de temps et de moyens. Le constat

⁷¹ Sur le fondement de l'article L. 141-1 du COJ (*anc. art. L.781-1*), permettant d'engager la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement defectueux de la justice (Sur cette action, V. not., *Répert. Dalloz Procédure civile*, v° « Responsabilités encourues pour fonctionnement defectueux du service public de la justice », 2013, S. GUINCHARD), les juridictions françaises avaient admis l'indemnisation de la personne concernée par la procédure dans un cas où l'inaction injustifiée du juge pendant près de trois ans, a entraîné un retard dans l'instruction d'une affaire dont il était saisi (CA Paris, 28 avr. 2003, *Les annonces de la Seine*, 29 mai 2003, n°34, p. 20). En revanche, à défaut d'inaction fautive, elles jugeaient que le déni de justice – dont la démonstration s'impose sur ce fondement à défaut de faute lourde – ne pouvait être démontré. A la suite de l'arrêt *Vernillo contre France* (CEDH, 20 fév. 1991, *Vernillo c. France*, Req. n°11889/85, D. 1992, Somm. 333, obs. J.-F. RENUCCI), dans lequel la Cour européenne constatait les conditions restrictives dans lesquelles étaient enfermées cette voie de recours, les juridictions françaises devaient toutefois retenir une conception plus large du déni de justice, jugeant qu'il fallait aussi y voir « tout manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu [laquelle] comprend [notamment] le droit pour tout justiciable de voir statuer sur ses prétentions dans un délai raisonnable » (TGI Paris, 6 juill. 1994, *Gaz. Pal.* 1994. 2. 589, note PETIT ; *JCP éd. G.* 1994. I. 3805, n° 2, obs. L. CADIET ; TGI Paris, 5 nov. 1997, D. 1998, p. 9, obs. A.-M. FRISON-ROCHE ; CA Paris, 20 janv. 1999, D. 1999. IR 125). Cette nouvelle lecture des conditions de recevabilité d'une action fondée sur l'article L. 141-1 du COJ permettait, dès lors, d'embrasser les hypothèses dans lesquelles la longueur de l'information judiciaire n'était pas liée à l'inertie condamnable du juge d'instruction (permet depuis, d'embrasser de telles hypothèses (V. not., TGI Paris, 26 janv. 2005, *Disparus de Mourmelon*, *Les annonces de la Seine*, 31 janv. 2005, p. 10). Les juridictions françaises apprécient la réalité de ce déni de justice au regard des critères et circonstances que la Cour européenne observe lorsqu'elle examine le caractère raisonnable de la durée de la procédure sur le fondement de l'article 6 de la Convention c'est-à-dire la complexité de l'affaire (V. not., CEDH, 23 mai 2000, *Van Pelt c. France*, Req. n°31070/96 (§§41 et s.) ; CEDH, 1^{er} août 2000, *C.P. et autres c. France*, Req. n°36009/97 (§30)), le comportement du requérant (V. not., CEDH, 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, Req. n°6232/73 (§103)) ; CEDH, 29 sept. 1999, *Djaid c. France*, Req. n°38687/97 (§32)), l'attitude des autorités répressives (CEDH, 27 fév. 1992, *Golino c. Italie*, req. n°12172/86 (§17) ; CEDH, 8 juin 2004, *Mutimura c. France*, Req. n°46621/99 (§73)) et l'enjeu du litige, faisant notamment cas de la privation de liberté dont l'intéressé fait l'objet (CEDH,

29 sept. 1999, *Djaid c. France*, Req. n°38687/97 (§33)). Sur l'appréciation du caractère raisonnable de la durée d'une procédure par la Cour européenne, V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°404 et s., pp. 290 et s. ; *Répert. Droit pénal et procédure pénale*, « Convention européenne des droits de l'homme (Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale) », 2013, P. Dourneau-Josette, spéc. n°391 et s. ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n°474 et s., p. 498 et s. ; J. PRADEL, G. CORTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, Ed. Dalloz, Coll. « Précis », 3^e éd., Paris, 2009, spéc. n° n°423 et s., pp. 430 et s. ; COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – Droit à un procès équitable (volet pénal)*, éd. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2014, pp. 34 et s. ; D. VITKAUSKAS et G. DIKOV, *La protection du droit à un procès équitable par la Convention européenne des droits de l'homme*, Série Précis du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2012, pp. 86 et s. ; F. Tulkens, « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les maux et les remèdes », Intervention lors la conférence « Remèdes à la durée excessive des procédures : une nouvelle approche des obligations des États membres du Conseil de l'Europe, Bucarest, 3 avril 2006, p. 4 ; Pour une application de ces différents critères par les juridictions françaises sur le fondement de l'article L. 141-1 du COJ, V. not., CA Paris, 20 janv. 1999, préc. ; Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2006, *Bull. civ. I*, n°44 ; Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2010, *Bull. civ. I*, n°224.

⁷² V. not., CEDH, 3 juin 2003, *Benmeziane c. France*, Req. n°51803/99 (instruction de plus de quatre ans, pour des faits de vol à main armée, recels et séquestration de personnes) ; CEDH, 24 sept. 2003, *Rablat c. France*, Req. n°49285/99 (instruction de près de quatre ans sur des faits d'abus de biens sociaux et de corruption passive) ; CEDH, 30 sept. 2003, *Z. c. France*, Req. n°49627/99 (instructions de cinq ans et sept ans sur des faits d'escroquerie et d'abus de biens sociaux) ; CEDH, 6 janv. 2004, *Rouille c. France*, Req. n°50268/99 (instruction de plus de cinq ans relative à des faits d'abus de confiance aggravés et escroqueries commis au préjudice de personnes vulnérables) ; CEDH, 29 avr. 2004, *Barrillot c. France*, Req. n°49533/99 (instruction de plus de trois ans dans une affaire d'abus de biens sociaux) ; CEDH, 29 juin 2005, *Guiraud c. France*, Req. n°64174/00 (instruction de six ans et huit mois sur des faits d'abus de confiance, de faux et d'usage de faux).

⁷³ Pour un exposé de l'ensemble de ces dispositifs, V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°1852, p. 1239, n°1859 et s., p. 1243. En dépit de cet ensemble de dispositifs, la durée moyenne d'une information judiciaire demeure cependant 29,9 mois (V., MINISTERE DE LA JUSTICE, Chiffres-clés de la Justice 2016, p. 16).

que plus l'information se complexifie plus elle décline au profit d'autres voies, est ancien et courant. Au XIX^e siècle déjà, la reconnaissance des droits de l'inculpé avait contribué au développement de l'« enquête officieuse » et de la voie courte⁷⁴. Plus récemment, Mesdames les Professeurs Giudicelli-Delage⁷⁵ et Delmas-Marty⁷⁶ ont souligné cet effet mécanique. Monsieur Guéry a estimé, pour sa part, que la complexification consécutive au renforcement du caractère contradictoire du règlement de l'instruction par la loi du 5 mars 2007 était de nature à « porte[r] un coup fatal » à celle-ci⁷⁷.

20. L'émergence et l'affirmation dès l'enquête des droits des personnes concernées par les investigations -. L'émergence et l'affirmation, dès l'enquête, des droits des personnes impliquées est un phénomène plus récent, qui s'explique par la structuration de la mise en état des affaires pénales. L'information judiciaire, qui succède à la mise en mouvement de l'action publique, peut faire apparaître de véritables « parties » à la procédure et doit permettre que s'engage un débat entre celles-ci et l'accusation. L'enquête de police, qui la précède, n'a au contraire pas de vocation naturelle à permettre le déploiement des droits de la défense. A ce stade de la procédure, il n'y a encore ni « procès », ni « parties » ; le procureur de la République qui n'a pas encore déclenché l'action publique, et ne l'exercera peut-être jamais, n'est pas encore partie poursuivante tandis que la personne mise en cause, à l'encontre de laquelle il n'y a pas encore d'accusation officielle, ne peut être qu'un suspect⁷⁸. Aussi, s'est-on demandé, pourquoi « attribuer [...] des droits “de la défense” [à celui qui] n'est pas encore confronté directement à la menace d'un procès ?»⁷⁹.

Cette logique longtemps imparable s'est délitée sous le poids de contraintes supralégislatives tant européennes⁸⁰ que constitutionnelles⁸¹. Dorénavant, aux statuts

⁷⁴ X. MOROZ, « Les initiatives procédurales des parquets au XIX^e siècle », préc. p. 95.

⁷⁵ G. GIUDICELLI-DELAGE, « La figure du juge de l'avant-procès. Entre symbole et pratiques », in COLLECTIF, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, Paris, 2006, p. 335, spéc. p. 336 (L'auteur fait observer que « la procédure d'instruction est longue, et ne répond plus, de fait, aux exigences de rapidité et d'efficacité qui sont devenues les nôtres. [Elle] est longue et complexe, et paraît, de ce fait, inadaptée à la simplicité de nombre d'affaires. Pour ces deux raisons, s'est donc imposé, comme solution, l'évitement de la procédure d'instruction »).

⁷⁶ M. DELMAS-MARTY, « Le parquet, enjeu de la réforme pénale », *Le Monde*, 26 mai 2009, p. 18 (L'auteur relève que d'une manière générale, plus l'information se judiciarise et se complexifie, « plus les voies parallèles se développent, au détriment de l'instruction »).

⁷⁷ C. GUÉRY, « La fin de l'instruction », *AJ pén.* 2007, p. 319.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ X. PIN, « L'évolution des droits de la défense depuis le Code d'instruction criminelle », in H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (sous la dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Ed. Nomos, Saarbrücker Studien zum Internationalen Recht, 2010, p. 157, spéc. p. 166.

⁸⁰ Cet effet des droits européens sera envisagé dans le Titre préliminaire de cette étude.

⁸¹ Pour des précisions sur la constitutionnalisation de la matière et, notamment, la constitutionnalisation des droits de la défense à chaque stade de la procédure, V. not., M. DOUCHY-LOUDOT, V. MAGNIER, S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, X. LAGARDE, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, C. DELICOSTOPOULOS, I. DELICOSTOPOULOS, H. RUIZ-FABRI, *Droit processuel*, op. cit., n°157 et s., pp. 359 et s. ; L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale », in COLLECTIF, *Droit pénal contemporain : Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Ed. Cujas, Paris, 1989, p. 169 ; V. BÜCK, « Le Conseil constitutionnel et les réformes pénales récentes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, mai 2001,

générateurs de droits procéduraux que sont ceux de mis en examen – ou de « témoin assisté »⁸² - et de partie civile s'ajoutent ceux de suspect et de victime non constituée, la particularité étant que si ces derniers sont exclusifs de tout autre au stade de l'enquête, ils ne sont en revanche pas propres à celle-ci. Dans une information judiciaire peuvent coexister suspect(s) et mis en examen, victime(s) non constituée(s) et partie(s) civile(s).

21. L'enrichissement des possibilités d'investigation dans le Code de procédure pénale -. L'autre évolution manifeste de la mise en état des affaires pénales réside dans le « gonflement » des possibilités d'investigation ou du moins des règles s'y rapportant. Une comparaison rapide des dispositions du Code de 1958 avec celles du Code actuel suffit à témoigner que ses dispositions se sont enrichies pour réglementer des actes d'investigation sans cesse plus nombreux. Alors que le premier n'envisageait que certains actes d'investigation⁸³, le Code règlemente dorénavant toute une palette de mesures : la saisie, par copie ou par saisie du support de stockage, de données informatiques (C.P.P., articles 56 et 57-1, 76 et 76-3, 97 et 97-1) ; l'accès à un système informatique implanté sur les lieux d'une perquisition ou à distance (C.P.P., articles 57-1, 76, 95 et 96)⁸⁴ ; les réquisitions à tout établissement ou organisme privé ou public et à toute administration en vue de la communication d'informations intéressant l'enquête ou l'instruction (C.P.P., articles 60-1 et 60-2, al. 1^{er}, 77-1-1 et 77-1-2 al. 1^{er}, 99-3 et 99-4 al. 1^{er}) ; les réquisitions à tout opérateur de télécommunications de transmettre les données collectées permettant l'identification de quiconque a contribué à la création d'un contenu (L. n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie

n°10 ; C. LAZERGES, « Le Conseil constitutionnel, acteur de la politique pénale. A propos de la décision 2004-492 du 2 mars 2004 », *RSC* 2004, p. 724 ; J. CEDRAS, « La constitutionnalisation de la procédure pénale en France et aux États-Unis », *RIDP* 2011/3 (Vol. 82), p. 445 ; V. TELLIER-CAYROL, « La constitutionnalisation de la procédure pénale », *AJ pén.* 2011, p. 283 ; G. ROUSSEL, « Les garanties de la défense pénale dans les premières décisions rendues sur QPC », *AJ pén.* 2011, p. 286 ; E. LESTRADE, *Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse dactyl., Université de Bordeaux IV, 2013, spéc. n°734 et s., pp. 419 et s. ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°103 et s., pp. 39 et s. ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n°478, p. 447-448.

⁸² Sur ce statut, son histoire, les raisons de sa création et les questionnements qu'ils suscitent, V. not., *Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Témoin assisté », 2015, par C. GUERY.

⁸³ Transports sur les lieux (C.P.P., articles 54, 74, 92.), perquisitions de jour voire de nuit (C.P.P., art. 59, al. 2, tel que modifié par l'ordonnance n°60-1245 du 25 novembre 1960 relative à la lutte contre le proxénétisme (*JORF* du 27 nov. 1960, p. 10603), C. Sant. Publ., art. L. 627, al. 8, tel qu'issu de la loi n°70-1320 du 31 déc. 1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et la répression du trafic et de l'usage illicite des substances stupéfiants (*JORF* du 3 janv. 1971, p. 74)), saisie de documents et d'autres objets (C.P.P., articles 56, 74 et 94 et s.), réquisitions à personne qualifiée (C.P.P., article 60), expertises techniques (C.P.P., article 156), audition de témoins (C.P.P., articles 62 et 101 et s.), audition de personnes gardées à vue (C.P.P., articles 63, 77 et 154, *mod.* par l'ordonnance n°60-120 du 13 février 1960) ou d'inculpé (C.P.P., article 105 et 114).

⁸⁴ Ces nouvelles modalités ont été introduites par la loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014, renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme (*JORF*, du 14 nov. 2014, p. 19562), Sur la nécessité d'adapter le dispositif aux évolutions technologiques, V. Projet de loi n° 2110 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, Présenté au nom de M. VALLS, Premier ministre, par M. B. CAZENEUVE, Ministre de l'intérieur, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 juillet 2014, art. 10 ; Rapport n°2173 sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 juillet 2014, Présenté par M. S. PIETRASANTA, p. 135 et s.

numérique⁸⁵, article 6, II) ou de prendre les mesures utiles pour assurer la préservation des contenus consultés par les utilisateurs de leurs services (C.P.P., articles 60-2, al. 2, 77-1-2 al. 2, 99-4 al. 2) ; les interceptions de télécommunications (C.P.P., articles 100 et s., et 706-95, et par renvoi, 706-1-1, 706-1-2, 706-72) ; les enquêtes sous pseudonyme ou « cyber-infiltrations »⁸⁶ (C.P.P., articles 706-2-2, 706-35-1, 706-47-3, 706-87-1)⁸⁷ ; les opérations de surveillance (C.P.P., articles 706-1-1, 706-1-2, 706-72 et 706-80) ; les infiltrations (C.P.P., articles 706-81 et s., et par renvoi, 706-1-1, 706-1-2, 706-72) et, pour des faits strictement énumérés⁸⁸, les « coups d'achat » ou infiltrations simplifiées (article 706-32⁸⁹ et 706-106⁹⁰) ; les sonorisations ou fixations d'images dans certains lieux privés (C.P.P., articles 706-96, et par renvoi, 706-1-1, 706-1-2, 706-72) ; les captations de données informatiques (articles 706-102-1 et s., et par renvoi, 706-1-1, 706-1-2, 706-72)⁹¹ ; les géolocalisations (articles 232-32 et s.) ; ou encore l'accès aux correspondances

⁸⁵ JORF du 22 juin 2004, p. 11168.

⁸⁶ Pour mémoire, celles-ci permettent à des officiers ou agents de police judiciaire, spécialement habilités, d'être en contact avec une personne suspectée de certaines infractions commises par un moyen de communication électronique, d'extraire, de transmettre, d'acquiescer ou de conserver des contenus illicites, sans en être pénalement responsables.

⁸⁷ V., ég., L. n°2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (JORF, du 13 mai 2010, p. 8881), art. 59 ; V. aussi, C.P.P., art. 706-25-2 (créé par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (JORF, du 15 mars 2011, p. 4582) et abrogé, puisqu'intégré dans d'autres dispositions, par la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme (JORF, du 14 nov. 2014, p. 19562).

⁸⁸ Cette forme simplifiée de l'infiltration, permet, en vue d'identifier les auteurs ou complices d'infractions ou d'effectuer des saisies, aux « officiers de police judiciaire et, sous leur autorité, [aux] agents de police judiciaire, avec l'autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction », sans en être pénalement responsables, d'« [a]cquiescer des produits stupéfiants », de « mettre à la disposition des personnes se livrant à ces infractions des moyens de caractère juridique ou financier ainsi que des moyens de transports, de dépôt, d'hébergement, de conservation et de télécommunication », ne peut être mise en œuvre que pour des infractions qualifiées de trafics de stupéfiants, prévues aux articles 222-37 et 222-39.

⁸⁹ La création du régime plus protecteur de l'infiltration par la loi du 9 mars 2004 avait conduit à l'abrogation de l'ancien article 706-32, qui autorisait la pratique des « coups d'achat ». Cette suppression incidente avait été constatée et déplorée, tant l'infiltration était peu adaptée aux « petits trafics de stupéfiants » (V., Rapport d'information n°2378 sur la mise en application de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 juin 2005, Présenté par J.-L. WARSMANN, p. 10 ; V. ég. Rapport n°476 sur le projet de loi relatif à la prévention de la délinquance, Rattaché pour ordre au procès-verbal de la séance du 30 juin 2006, Enregistré à la Présidence du Sénat le 6 septembre 2006, Présenté par J.-R. LECERF, p. 47). Elle a été réintroduite par la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance (L. n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, JORF, 7 mars 2007, p. 4297, Art. 52).

⁹⁰ Cette disposition, issue de l'article 25 de la loi du n°2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale (JORF, 4 juin 2016, texte 1), autorise « aux seules fins de constater les infractions mentionnées au 12° de l'article 706-73, d'en identifier les auteurs et les complices et d'effectuer les saisies prévues au présent code, les officiers de police judiciaire et les agents de police judiciaire placés sous leur autorité peuvent, avec l'autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction » à « [a]cquiescer des armes ou leurs éléments, des munitions ou des explosifs » et à « mettre à la disposition des personnes se livrant à ces infractions des moyens de caractère juridique ou financier ainsi que des moyens de transport, de dépôt, d'hébergement, de conservation et de télécommunication ».

⁹¹ Ce dispositif, pour la première fois légalisé par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (JORF, du 15 mars 2011, p. 4582, art. 36) permettait initialement aux enquêteurs, commis sur commission rogatoire, de « mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, d'accéder, en tous lieux, à des données informatiques, de les enregistrer, les conserver et les transmettre, telles qu'elles s'affichent sur un écran pour l'utilisateur d'un système de traitement automatisé de données ou telles qu'il les y introduit par saisie de caractères » (C.P.P., art. 706-102-1). A cette fin, ils pouvaient être autorisés, par le juge d'instruction ou le JLD, lorsque l'opération devait avoir lieu dans un lieu d'habitation en dehors des heures légales, à s'introduire « dans un véhicule ou dans un lieu privé, y compris hors des heures prévues à l'article 59, à l'insu ou sans le consentement du propriétaire ou du possesseur du véhicule ou de l'occupant des lieux ou de toute autre personne titulaire d'un droit sur celui-ci » (C.P.P., art. 706-102-5, Sur ce premier dispositif, V. not., Rapport n°517 sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure [...], Enregistré à la Présidence du Sénat le 2 juin 2010, Présenté par J.-P.

stockées par la voie des communications électroniques accessibles au moyen d'un identifiant informatique (articles 706-95-1 et s.⁹²) ...

22. Le morcellement consécutif des procédures -. Cette extension des possibilités d'investigation s'est doublée d'une autre évolution remarquable qui tient, elle, au morcellement ou à la « sectorisation » des procédures. Les règles applicables dépendent moins aujourd'hui du cadre procédural des investigations que de la qualification juridique initiale des faits.

En soi, cette sectorisation des moyens d'investigation répond, théoriquement au moins, aux principes de nécessité et de proportionnalité⁹³. Le secret qui entoure la commission de certaines infractions, les modalités de leur commission et, plus généralement, la complexité des investigations requises peuvent nécessiter le recours à des techniques particulières dont l'usage ne se justifierait pas pour toute infraction. Toutefois, indépendamment du fait que cet éclatement des procédures ne contribue pas à la lisibilité de la matière, les largesses et l'extension du champ d'application de ces

COURTOIS, p. 104 ; V. ég., Circ. du 4 août 2011 portant sur la présentation des dispositions de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 dite « LOPPSI II » relatives à la criminalité organisée et autres contentieux spécialisés NOR : JUSD1121937C, pp. 4-6). La loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014, renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme avait réécrit ces dispositions pour autoriser les enquêteurs à capter, non plus simplement des images mais également des sons émis lors de l'utilisation d'un service audiovisuel en ligne, tel que Skype (V. not., S. PIETRASANTA, Rapport n°2173, préc., p. 161 et s.) afin d'adapter les moyens existants aux progrès des moyens de communication (V. not., GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTRIEL SUR LA LUTTE CONTRE LA CYBERCRIMINALITE, *Protéger les internautes. Rapport sur la cybercriminalité*, préc., p. 227). L'article 5 de la loi n°2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale (JORF, 4 juin 2016, texte 1) a étendu le dispositif, le rendant désormais applicable dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance (C.P.P., article 706-102-1, *mod.*). V. *Infra*.

⁹² Selon la pratique des juges d'instruction (V. not., D. BENICHO, « Accès à un compte de données personnelles à l'insu de son titulaire : aspects techniques et juridiques », *AJ pén.* 2013, p. 451), dans un premier temps validée par des chambres de l'instruction (V. not., Aix-en-Provence, 17 déc. 2014), la notion d'interception des télécommunications visait non seulement les correspondances échangées depuis la décision d'interception mais également les messages envoyés à la personne, y compris les messages archivés sur sa boîte de messagerie électronique. La chambre criminelle a mis fin à cette interprétation dans son arrêt du 8 juillet 2015 (*Bull. crim.* n°176, V. not., *JCP éd. G.* 2015.884, obs. S. DETRAZ ; *JCP éd. G.* 2015, doct. 1149, n°14, chron. A. MARON, J-H. ROBERT et M. HAAS ; *Procédures* 2015, comm. 309, obs. A.-N. CHAVENT-LECLERE ; *Dr. pén.* 2015, comm. 131, obs. A. MARON et M. HAAS ; *RPDP* 2015, p. 591, obs. E. VERNY ; *AJ pén.* 2016, p. 90, obs. G. ROUSSEL) en jugeant que l'appréhension, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises ou reçues par la voie des télécommunications antérieurement à la date de la décision écrite d'interception prise par le juge d'instruction n'entraient pas dans les prévisions des articles 100 et suivants du CPP. Celle-ci ne peut fonder que l'interception de communications postérieures et en cours d'acheminement au moment de la réalisation de la mesure. En effet, par définition, « intercepter » c'est « arrêter au passage », de telle sorte qu'une correspondance ne peut être interceptée que lorsqu'elle circule (A. MARON et M. HAAS, « Vifs échanges et données mortes (pas pour tout le monde) », *Dr. pén.* 2015, comm. 131 ; V. ég., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°2249, p. 1487). Or, faute de toute autre disposition appropriée, cette opération ne pouvait répondre qu'au régime des perquisitions informatiques prévu à l'article 97-1 du CPP. Parce que le régime des perquisitions n'était pas adapté à certaines situations, l'efficacité de la mesure pouvant dépendre du secret qui entoure sa réalisation, le législateur a dû intervenir pour combler les carences du droit français. La loi du 3 juin 2016 a introduit des dispositions propres à la saisie de correspondances électroniques stockées (C.P.P., articles 706-95-1 et s.). V. not., Rapport n°491 sur le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, Enregistré à la Présidence du Sénat le 23 mars 2016, présenté par M. MERCIER, spéc. p. 54.

⁹³ V. not., M. TOULLIER, *Procédure pénale de droit commun et procédures pénales spéciales*, Thèse dactyl. Université de Montpellier, 2012, spéc. n°199 et s., pp. 288 et s.

procédures dérogatoires fait régulièrement douter du respect des principes directeurs autour desquelles elles s'articulent normalement⁹⁴. C'est surtout dans cette sectorisation que s'observe le plus nettement une autre évolution de la mise en état, caractéristique, elle, de sa mutation ou de sa métamorphose. Il s'agit de l'enrichissement continu et conséquent des possibilités d'investigation hors instruction et, par là-même, de l'affirmation du procureur en tant que directeur fonctionnel des investigations.

23. La mutation de la mise en état des affaires pénales par le renforcement continu des possibilités d'investigation hors instruction -. Une brève mise en perspective historique permet d'observer comment la mise en état des affaires pénales s'est déformée « pour se transformer en un nouveau système quelque peu bancal »⁹⁵, qui trahit l'absence de vision globale et de réflexion d'ensemble du législateur sur ce qu'est ou ce que doit être la mise en état des affaires pénales.

24. Le choix du Code d'instruction criminelle -. Le système imaginé par le Code d'instruction criminelle, qui renouait en cela avec l'Ordonnance de 1670⁹⁶, s'illustre par son caractère unitaire. L'essentiel de la fonction d'investigation était confié au juge d'instruction néanmoins soumis à la surveillance du procureur général impérial – rebaptisé procureur général à la chute de l'empire – qui, jusqu'à 1959, le notait comme n'importe quel officier de police judiciaire. Seule la flagrante justifiait *de jure* qu'il en aille autrement, l'urgence autorisant alors le procureur impérial – devenu le procureur de la République – à procéder « *sans aucun retard* » aux investigations nécessaires (C.I.C., article 32) avant de saisir le juge d'instruction (C.I.C., article 45). Ce système primitif révélait *in fine* une ingénierie processuelle particulière, l'essentiel des investigations s'inscrivant dans le cadre du procès *stricto sensu*, « la poursuite précéd[ant]

⁹⁴ Sur ces questions, V. not., COURDE CASSATION (sous l'égide de), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Actes du cycle de conférence organisé à Paris du 19 janvier au 22 juin 2006, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, v. spéc. « 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? », pp. 5-55 ; R. GASSIN, « Considérations sur le but de la procédure pénale », in COLLECTIF, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel, op.cit.*, p. 117 et s. ; P. MAISTRE DU CHAMBON, « Observations hétérodoxes sur quelques évolutions de la procédure pénale », *ibid.* p. 397 ; C. LAZERGES, « Dédoublage de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux », in F. ALT-MAES, J.-F. BARBIERI, P. BONFILS, R. BONHOMME (sous la coord.), *Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, Paris, 2006, p. 574 et du même auteur, « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents », *RSC* 2009, n° 3, p. 695 ; E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », *RSC* 2008, p. 23 ; D. SALAS, *Du procès pénal*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2010, p. 333 ; Pour des études approfondies consacrées à ce phénomène d'« éclatement » et les questions qu'ils suscitent : V., T. POTASZKIN, *L'éclatement de la procédure pénale. Vers un nouvel ordre procédural pénal ?*, Préf. G. ROUJOU DE BOUBE, LGDJ, Lextenso-Editions, Coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », Tome 62, Issy-les-Moulineaux, 2014 ; M. TOULLIER, *Procédure pénale de droit commun et procédures pénales spéciales, op. cit.*

⁹⁵ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°31, p. 21.

⁹⁶ Sur celle-ci et les ressemblances du Code d'instruction criminelle, V. not., A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIe siècle jusqu'à nos jours, op. cit.*, pp. 177 et s. et pp. 527 et s.

l'instruction »⁹⁷.

25. Cet ordonnancement s'expliquait par la sauvegarde que constituait, pour le citoyen, la séparation des fonctions d'instruction et de poursuite entre des organes différents. Lors des travaux préparatoires au Code d'instruction criminelle, Cambacérés - s'opposant à Merlin, Treilhard et Regnaud de Saint-Jean d'Angély, qui plaidaient pour la concentration des fonctions de poursuite et d'instruction⁹⁸-, avait estimé que « par son institution, le Ministère public est une partie ; à ce titre, il lui appartient de poursuivre, mais par cela même il serait contre la justice de le laisser faire des actes d'instruction ... Le procureur impérial serait un petit tyran qui ferait trembler la cité ... Tous les citoyens trembleraient s'ils voyaient dans les mêmes hommes le pouvoir de les accuser et celui de recueillir ce qui peut justifier leur accusation »⁹⁹. C'est pourquoi, il insistait sur la nécessité d'une « division des fonctions entre le juge et le procureur [et donc] la distinction entre la poursuite et l'instruction »¹⁰⁰.

Cette présentation de la séparation des fonctions d'instruction et de poursuite a parcouru les siècles¹⁰¹. On enseigne encore classiquement que la séparation des fonctions sert la prévention des abus et constitue une garantie d'impartialité¹⁰².

⁹⁷ E. MATHIAS, « La marginalisation du juge d'instruction : vers un renouveau du modèle inquisitoire ? », *LPA* 18 août 2005, n°164, p. 3, spéc. n°3.

⁹⁸ Ils y voyaient essentiellement un gage de rapidité et d'efficacité (V. not., A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIe siècle jusqu'à nos jours, op. cit.*, p. 531).

⁹⁹ Propos rapportés par A. Esmein, in *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIe siècle jusqu'à nos jours, op. cit.*, p. 530.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 531.

¹⁰¹ V. not., G. LEVASSEUR, « Le principe de séparation des fonctions », Extraits du cours de procédure pénale de G. Levasseur (1959-1960), accessible à l'adresse : www.ledroitcriminel.fr (qui professait que « si la fonction d'instruction était confiée au même magistrat que la poursuite [...] on pourrait craindre que la recherche des preuves n'offre pas toutes les garanties désirables. On pourrait craindre [ajoutait-il] que cette recherche ait davantage pour but l'accablement du suspect que la manifestation de la vérité, du fait que celui qui recherche et établit ces preuves serait celui qui cherche à confondre la personne suspectée et poursuivie. On peut même se demander [précisait-il, enfin] s'il est souhaitable que le magistrat qui a réuni les preuves, et qui doit les rechercher de façon objective et indépendante [...] pendant le cours de l'instruction, soit également celui qui est appelé à se prononcer ensuite sur la pertinence et la suffisance des preuves qu'il a déjà réunies et à décider si elles justifient la comparution de l'inculpé devant une juridiction de jugement »).

¹⁰² V. not., P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, Ed. Armand Colin, Coll. « U », 4^e éd., 2002, p. 47 (qui notent qu'« on voit surtout dans la séparation un moyen de protéger les libertés individuelles, parce que des magistrats différents, se contrôlant mutuellement, peuvent mieux redresser les erreurs et faire disparaître les lacunes de leur travail ») ; J. PRADEL, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 7, p. 27 (qui souligne que l'un des arguments solides du principe de la séparation des fonctions judiciaires est d'ordre politique : « en séparant les fonctions, on protège mieux les libertés individuelles car des magistrats différents vont pouvoir se contrôler, les excès de l'un étant compensés par la prudence de l'autre, le risque de partialité constituant une crainte qu'il ne faut pas sous-estimer ») ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°292, pp. 197-198 (qui relèvent que deux séries de justifications sont apportées au principe de séparation des fonctions. « Elle aurait tout d'abord pour objet de prévenir les abus : un peu comme la séparation des trois pouvoirs au sein de l'Etat, la séparation des trois fonctions judiciaires tendrait à faire en sorte que 'le pouvoir arrête le pouvoir'. De fait, il serait dangereux pour les libertés qu'une sorte de grand inquisiteur, un électron judiciaire échappant à tout contrôle, puisse décider, de son propre mouvement, de poursuivre, instruire et juger tous les agissements qui lui apparaîtraient constitutif d'une infraction pénale. D'autre part, la séparation des fonctions serait une garantie fondamentale d'impartialité. En effet, on peut supposer qu'un magistrat qui a connu d'une affaire en qualité de procureur de la République ou de juge d'instruction, ne puisse, au

26. Le système inscrit dans le Code d'instruction criminelle, salué par la doctrine, dont Hélie¹⁰³ et Esmein¹⁰⁴, recelait cependant dès l'origine quelques paradoxes et contradictions. Le procureur, qui ne disposait normalement pas de la fonction d'instruction, pouvait néanmoins citer directement un prévenu en matière correctionnelle, même en l'absence de délit flagrant (C.I.C., article 182¹⁰⁵). En pratique, si cet ordonnancement des fonctions commandait implicitement des poursuites automatiques¹⁰⁶, l'engorgement des juridictions d'instruction devait rapidement conduire les procureurs à une entreprise « de comblement des brèches »¹⁰⁷. Pour éviter de tomber de Charybde en Scylla, ils se sont arrogés le droit de classer les plaintes fantaisistes¹⁰⁸ et de s'éclairer sur les faits avant de décider de l'opportunité de saisir le magistrat instructeur : ce fut la naissance de l'enquête « officieuse »¹⁰⁹.

27. En consacrant l'enquête préliminaire en 1958, le législateur a donné au système français le caractère dualiste qui le singularise encore aujourd'hui. Toutefois, telle qu'elle avait été originalement conçue, l'enquête préliminaire n'était comparable ni à l'enquête de flagrance, dont l'existence était parallèlement confirmée, ni à l'information judiciaire. Comme l'enquête « officieuse », qui avait puisé sa « légalité » dans l'idée d'une contrainte consentie par l'intéressé¹¹⁰, elle s'illustrait par l'absence de

stade du jugement, apprécier les éléments de preuve réunis contre une personne poursuivie sans préjugés ou idées préconçues »).

¹⁰³ F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. V, *op. cit.*, n°317, p. 141 (pour qui « cette division des pouvoirs, qui maintient exclusivement entre les mains du juge tout la procédure, est la plus forte garantie de l'instruction, puisque le juge, par l'indépendance même de ses fonctions, ne peut avoir d'autres intérêts que les intérêts de la justice »).

¹⁰⁴ A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIe siècle jusqu'à nos jours*, *op. cit.*, p. 530 (qui rappelle que « les partisans des anciennes formes se trouvèrent en face de ceux qui tenaient les procédés suivis dans les lois de l'époque intermédiaire, mais ici, ils avaient pleinement raison, et ils obtinrent gain de cause » (Nous soulignons)).

¹⁰⁵ Aux termes de l'article 182 du Code d'instruction criminelle, « [l]e tribunal sera saisi, en matière correctionnelle, de la connaissance des délits de sa compétence, soit par le renvoi qui lui en sera fait d'après les articles 130 et 160 ci-dessus, soit par la citation donnée directement au prévenu et aux personnes civilement responsables du délit, par la partie civile, et, à l'égard des délits forestiers, par le conservateur, inspecteur ou sous-inspecteur forestier ou par les gardes généraux, et, dans tous les cas, par le procureur impérial » (Nous soulignons). Sur cette contradiction, V. not., M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, Ed. LGDJ, Coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », tome 5, Paris, 1967, n°225, p. 169 ; N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public, Etude comparative France-Angleterre*, *op. cit.*, n°51, p. 65 et s.

¹⁰⁶ En ce sens, V. not., M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, n°305 ; X. MOROZ, « Les initiatives procédurales des parquets au XIXème siècle », préc. p. 89 (qui rappelle que « [l]e principe d'opportunité des poursuites, totalement absent dans l'esprit comme dans la lettre du code d'instruction criminelle, est certainement le premier outrage des parquetiers à ce code »).

¹⁰⁷ X. MOROZ, « Les initiatives procédurales des parquets au XIXème siècle », préc. p. 88.

¹⁰⁸ Ce qui fut rapidement admis, quoiqu'implicitement, par le pouvoir exécutif (Sur ce point, V., X. MOROZ, « Les initiatives procédurales des parquets au XIXème siècle », préc. p. 89).

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Cass. crim., 4 juil. 1832, *DP* 182, 1, p. 395.

toute coercition¹¹¹ ou, selon l'expression de Monsieur Buisson, par le sceau de la « contrainte conditionnelle », c'est-à-dire l'acceptation de la mesure par la personne intéressée¹¹². Cette distinction était particulièrement perceptible dans le régime des perquisitions et des saisies, soumises à l'assentiment préalable de l'occupant des lieux. L'enquête se distinguait surtout de l'information judiciaire. Envisagée comme une « première vérification sommaire » placée sous la direction du procureur de la République¹¹³, elle n'autorisait, en comparaison de l'instruction, que la réalisation d'actes d'investigation plus réduits¹¹⁴. La saisine du juge d'instruction s'imposait donc chaque fois que la manifestation de la vérité impliquait une contrainte, hors flagrance, ou la réalisation de plus amples investigations.

28. L'enrichissement continu des possibilités d'investigation lors de l'enquête -. L'observation des lois adoptées depuis l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale montre que, sous le poids de considérations pratiques, les possibilités d'investigation lors d'une enquête de police, dans ses deux variantes, n'ont cessé d'être renforcées. C'est là, à nos yeux, la cause de la mutation, certes encore incomplète, de la mise en état des affaires pénales qui lui donne cet aspect « bancal » souligné par Madame Lazerges-Cousquer et Monsieur Desportes notamment¹¹⁵. Le renforcement des possibilités d'investigation s'est en effet opéré au prix de perturbations structurelles, fonctionnelles et organiques. Il a surtout participé du déséquilibre actuel de la mise en état des affaires pénales en éborgnant l'articulation *de facto* des cadres de l'investigation qui, en matière délictuelle, comblait l'imprécision de leur superposition *de jure* (C.P.P., article 79).

29. Les perturbations structurelles, fonctionnelles et organiques engendrées par le renforcement continu des possibilités d'investigation en enquête, dans ces deux variantes -. Le renforcement des possibilités d'investigation durant l'enquête a été, et reste, au centre de bouleversements autant structurels qu'organiques et fonctionnels dus au rapprochement matériel des cadres procéduraux d'investigation.

¹¹¹ J.-L. LENNON, « Les aspects coercitifs ou intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire », *Dr. pén.* 2007, ét. n° 21, p. 17 ; V. ég., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°37, p. 24.

¹¹² *Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Enquête préliminaire », 2017, J. BUISSON, spéc. n°5 et s.

¹¹³ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°37, p. 24.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*, n°31, p. 21.

30. Les bouleversements structurels -. La distinction des cadres procéduraux de l'investigation, nette au départ, qu'il s'agisse des cadres d'enquête *stricto sensu* - « pré-enquête »¹¹⁶, enquête préliminaire et enquête de flagrance – ou d'investigation *lato sensu* – enquête(s) et information judiciaire -, s'est diluée, ce qui a entraîné une montée en puissance de l'enquête au détriment de l'information judiciaire.

31. Le rapprochement des cadres d'enquêtes *stricto sensu* -. Enquête de flagrance et enquête préliminaire se rapprochent, en termes de pouvoirs d'investigation¹¹⁷, à mesure de la multiplication de dispositions dérogoires et des mesures disponibles dans ces deux variantes¹¹⁸. Le caractère non-coercitif de la seconde s'effrite au profit d'une contrainte autorisée par le juge¹¹⁹. Cette dilution s'observe notamment, d'abord, à la lecture des dispositions permettant au juge des libertés et de la détention d'autoriser, en enquête préliminaire, certaines mesures sans le consentement de la personne concernée (C.P.P., article 76, al. 4). Elle se perçoit encore dans les dispositions qui, propres à l'enquête préliminaire, opèrent un renvoi à celles qui sont relatives à l'enquête de flagrance. Les articles sur les réquisitions sont, sur ce point, éclairants (C.P.P., articles 77-1 et s.). Dorénavant, la distinction tient moins à la disponibilité de la mesure qu'aux formalités auxquelles sa mise en œuvre est subordonnée. Ce rapprochement s'observe, enfin, à la lecture de dispositions régissant certains actes d'investigation particuliers – géolocalisations, interceptions de télécommunications, sonorisations de lieux privés ou fixations d'images ... - qui assimilent l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire¹²⁰ voire les envisagent, toutes deux, sous le terme générique d'« enquête »¹²¹. Le caractère particulièrement intrusif

¹¹⁶ L'expression est empruntée à Madame Lazerges-Cousquer et Monsieur Desportes, *in Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°2174, p. 1447.

¹¹⁷ Sur les dissemblances qui demeurent, V. not., F. DEBOVE, « L'enquête préliminaire est-elle encore différente de l'enquête de flagrance ? » *in Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud. Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint*, Ed. Dalloz, Mélanges, 2017, Paris, p. 507, spéc., p. 510.

¹¹⁸ J.-L. LENNON, « Les aspects coercitifs ou intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire », préc. ; V. ég., F. DEBOVE, « L'enquête préliminaire est-elle encore différente de l'enquête de flagrance ? », préc., p. 507.

¹¹⁹ V. not., C. MARIE, « La montée en puissance de l'enquête de police », *AJ pén.* 2004, p. 221 ; M. SCHWENDENER, « Une police aux pouvoirs d'enquête renforcés », *AJ pén.* 2004, p. 228 ; J.-L. LENNON, « Les aspects coercitifs ou intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire », préc. ; J. PRADEL, « L'enquête pénale aujourd'hui, vers une stabilisation dans l'équilibre ? », *D.* 2014, p. 1467 ; F. DEBOVE, « L'enquête préliminaire est-elle encore différente de l'enquête de flagrance ? », préc., spéc., p. 513 et s. ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°1531, p. 1036.

¹²⁰ Ainsi de l'article 706-95 du CPP qui, relatif aux interceptions de télécommunications dans le cadre d'une enquête de police, évoque « les nécessités de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-73-1 » (Nous soulignons).

¹²¹ Ainsi de l'article 230-32 du CPP, qui détermine le champ des géolocalisations, en recourant au terme générique d'« enquête » par opposition à celui d'instruction (« Il peut être recouru à tout moyen technique destiné à la localisation en temps réel, sur l'ensemble du territoire national, d'une personne, à l'insu de celle-ci, d'un véhicule ou de tout autre objet, sans le consentement de son propriétaire ou de son possesseur, si cette opération est exigée par les nécessités : 1° D'une enquête ou d'une instruction relative à un

des mesures concernées justifie une similarité de régime, en particulier leur subordination à l'autorisation du JLD, que l'infraction soit flagrante ou non¹²².

32. L'altération de l'opposition traditionnelle entre l'enquête coercitive et l'enquête non coercitive, au profit de l'idée d'une contrainte autorisée¹²³ inspire un débat récurrent sur l'unification de ces cadres procéduraux au profit d'une nouvelle nomenclature des actes d'investigation et d'une nouvelle articulation des critères légaux. Il est parfois préconisé de tirer les conséquences de l'évolution des dispositions du Code de procédure pénale en instaurant un cadre unique d'enquête qui comporterait des règles générales assorties de certaines exceptions tenant à l'urgence ou à la gravité de l'infraction¹²⁴.

33. Le rapprochement des cadres d'investigation *lato sensu* -. Le rapprochement matériel des cadres d'investigation *lato sensu* est tout aussi visible¹²⁵ et d'autant plus remarquable qu'il déstabilise l'ensemble. S'il n'est pas question d'envisager chacun des aspects de ce rapprochement, nous pouvons en revanche souligner que celui-ci s'observe sous différents angles. L'effritement des différences entre l'enquête et l'information se perçoit d'abord à la lecture de dispositions qui, relatives à l'instruction, renvoient aux textes applicables à l'enquête de flagrante¹²⁶. Elle s'observe surtout dans l'extension à l'enquête de police de mesures initialement réservées à l'information judiciaire – interceptions de télécommunications, sonorisation de lieux et fixation d'images – et à la lecture de dispositions récentes prévoyant d'emblée la disponibilité des mesures qu'elles règlementent lors de l'enquête et de l'instruction – pensons par exemple à l'accès à distance et à l'insu de la personne visée, aux correspondances stockées par la voie des communications électroniques accessibles au moyen d'un

délit prévu au livre II ou aux articles 434-6 et 434-27 du code pénal, puni d'un emprisonnement d'au moins trois ans ; 2° D'une enquête ou d'une instruction relative à un crime ou à un délit, à l'exception de ceux mentionnés au 1° du présent article, puni d'un emprisonnement d'au moins cinq ans ; 3° D'une procédure d'enquête ou d'instruction de recherche des causes de la mort ou de la disparition prévue aux articles 74, 74-1 et 80-4 ; 4° D'une procédure de recherche d'une personne en fuite prévue à l'article 74-2 » (Nous soulignons)). Il en va de même des dispositions relatives aux sonorisation de lieux ou fixation d'images qui prévoit que « si les nécessités de l'enquête relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-73-1 l'exigent, le juge des libertés et de la détention peut, à la requête du procureur de la République, autoriser les officiers et agents de police judiciaire à mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de l'image d'une ou de plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé » (Nous soulignons).

¹²² Pour une radiographie synthétique des actes coercitifs et intrusifs en enquête de flagrante ou préliminaire, V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°1531, p. 1038.

¹²³ J. BUISSON, « Enquête préliminaire », préc., spéc. n°18 et s.

¹²⁴ En ce sens, V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°1539, p. 1041.

¹²⁵ V. not., J. DALLEST, « L'ouverture d'une information, une nécessité résiduelle », *AJ pén.* 2004, p. 346 ; E. MATHIAS, « La marginalisation du juge d'instruction : vers un renouveau du modèle inquisitoire ? », *LPA* 18 août 2005, p. 3 ; M. TOUILLIER, *Procédure pénale de droit commun et procédures pénales spéciales, op. cit.*, n°421, p. 555 ; D. THOMAS-TAILLANDIER, « L'enquête-instruction : focus sur l'évolution de la mise en état des affaires pénales », *Gaz. Pal.* 18 juil. 2017, p. 74 ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°45 et s., pp. 31 et s., n°1523, p. 1028.

¹²⁶ Les dispositions relatives aux réquisitions constituent un exemple éclairant (C.P.P., articles 99-3 à 99-5).

identifiant informatique, légalisé par la loi du 3 juin 2016¹²⁷⁻¹²⁸. Si des distinctions demeurent – en termes d'autorités compétentes pour décider de la mesure, de leur champ d'application ou de leur durée –, celles-ci ne tiennent plus à la disponibilité ou à l'indisponibilité de la mesure mais à l'encadrement formel de celle-ci.

34. Les implications de ce rapprochement -. Le rapprochement matériel de l'enquête, spécifiquement de l'enquête préliminaire¹²⁹, et de l'information judiciaire entraîne des conséquences importantes. En l'état actuel du droit français, l'enquête et l'information coexistent davantage qu'elles ne s'articulent harmonieusement. Seul l'article 79 du CPP, qui impose l'ouverture d'une instruction en matière criminelle, organise cette coexistence, de sorte qu'en matière correctionnelle le parquet dispose d'une remarquable liberté d'action. Cette absence d'articulation légale, peu gênante à l'époque où l'enquête n'autorisait que des investigations réduites, est aujourd'hui un facteur du contournement de l'instruction au profit d'autres voies donc, une raison de son déclin¹³⁰. Comme l'a écrit Monsieur Mathias au lendemain de la loi dite « Perben

¹²⁷ L. n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, *JORF* 4 juin 2016, texte 1, *JCP éd. G.*, juin 2016, Libres propos 707, H. MATSOPOULOU ; *JCP éd. G.*, juillet 2016, Aperçu 777, A. BOTTON ; *Gaz. Pal.*, 14 juin 2016, n°22, p. 12, comm. E. DUPIC ; *Procédures*, juillet 2016, comm. 239, J. BUISSON ; *D.* 2016, p. 1826, comm. O. DECIMA ; *AJ pén.* 2016, p. 408, obs. O. CAHN.

¹²⁸ Ajoutons encore l'ensemble de dispositions qui assimilent l'enquête de police et l'information. Ainsi de l'article 230-32 du CPP précité qui, à chaque fois, envisage l'enquête ou l'information. Il en va encore ainsi des dispositions relatives aux « enquêtes sous pseudonyme » ou « cyber-infiltration » (C.P.P., articles 706-2-2, 706-35-1, 706-47-3, 706-87-1) qui prévoient que dans le but de constater les infractions qui autorisent à recourir à de tels procédés – certaines infractions en matière sanitaire et environnementale, en matière de traite des êtres humains, de proxénétisme ou de recours à la prostitution des mineurs, de nature sexuelle et de la protection des mineurs victimes ou relevant de la délinquance et de la criminalité organisée – commises par un moyen de communication électronique, et en vue d'en rassembler les preuves et en rechercher les auteurs, « les officiers ou agents de police judiciaire agissant au cours de l'enquête ou sur commission rogatoire peuvent, s'ils sont affectés dans un service spécialisé désigné par arrêté du ministre de l'intérieur et spécialement habilités à cette fin, procéder aux actes suivants sans en être pénalement responsables : 1° Participer sous un pseudonyme aux échanges électroniques ; 2° Etre en contact par le moyen mentionné au 1° avec les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions ; 3° Extraire, acquérir ou conserver par ce moyen les éléments de preuve et les données sur les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions ; 4° Extraire, transmettre en réponse à une demande expresse, acquérir ou conserver des contenus illicites, dans des conditions fixées par décret » (Nous soulignons).

¹²⁹ L'enquête de flagrance ne pose pas les mêmes interrogations, sa durée étant strictement délimitée (C.P.P., article 53). Il en va de même des « pré-enquêtes » déterminées par des circonstances inquiétantes, réglementées par les articles 74 et suivants du Code de procédure pénale, délimitées dans leur durée. En application de l'article 74 du Code, relatif à la découverte d'un cadavre ou d'une personne grièvement blessée, lorsque les causes de la mort ou des blessures sont inconnues ou suspectes, le procureur peut diligenter une enquête pour rechercher la cause de la mort ou des blessures. Dans ce cadre, il peut être procédé, pendant un délai de huit jours à compter des instructions du procureur, aux actes prévus par les articles 56 à 62, dans les conditions prévues par ces dispositions. A l'issue de ce délai, les investigations se poursuivent sous la forme de l'enquête préliminaire, si le procureur ne requiert pas l'ouverture d'une information judiciaire. De même, aux termes de l'article 74-1 du Code, lorsque la disparition d'un mineur ou d'un majeur ou la disparition d'un majeur présentant un caractère inquiétant vient d'intervenir ou d'être constatée, les OPJ peuvent, sur instructions du procureur de la République, procéder aux actes prévus dans le cadre de l'enquête de flagrance aux fins de rechercher la personne disparue. Ces investigations peuvent se poursuivre selon ces formes durant un délai de huit jours à compter des instructions du procureur. Elles le sont ensuite selon les formes de l'enquête préliminaire, sauf à ce que le procureur décide d'ouvrir une information judiciaire.

¹³⁰ En ce sens, V. not., Circ. relative à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, CRIM 2005-21 G1/01-10-2005, NOR : JUSDO530131C, 1^{er} oct. 2005, p. 4 (qui fait le lien entre les possibilités d'investigation en enquête préliminaire et le recours à la comparution immédiate dont elle encourage le

2 » « les temps sont [désormais] révolus où le procureur de la République, ‘à court de coercition’, ouvrait une information judiciaire par défaut »¹³¹ puisqu’il dispose dorénavant, dans le cadre de l’enquête qu’il dirige, de moyens presque aussi étoffés. En matière délictuelle, l’ouverture d’une information judiciaire est devenue une nécessité « résiduelle »¹³², ne s’imposant généralement que lorsqu’il est nécessaire de recourir à des mesures de contrainte qui ne peuvent être décidées qu’à l’encontre d’une personne mise en examen : contrôle judiciaire, assignation à résidence sous surveillance électronique, détention provisoire¹³³. Les statistiques - qu’il faut manier avec prudence - confirment de longue date cette marginalisation de l’information judiciaire¹³⁴ et l’affirmation consécutive de l’enquête comme le « cadre ordinaire » des investigations¹³⁵.

35. Les perturbations fonctionnelles et organiques en résultant -. Cette évolution s’est opérée au prix de perturbations organiques et fonctionnelles, amplifiant le sentiment d’une confusion des fonctions¹³⁶. Cette confusion ressort d’un double constat. D’une part, les fonctions d’investigation et de poursuites peuvent être concentrées entre les mains d’un même organe, d’autre part, une même fonction est éclatée entre les mains de différents organes.

recours dans le cadre de trafics de stupéfiants dits « locaux » quelle qu’en soit l’envergure et malgré leur dimension transfrontière). V., *Infra*.

¹³¹ E. MATHIAS, « La marginalisation du juge d’instruction : vers un renouveau du modèle inquisitoire ? », *LPA* 18 août 2005, p. 3.

¹³² J. DALLEST, « L’ouverture d’une information, une nécessité résiduelle », *AJ pén.* 2004, p. 346.

¹³³ V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°47, p. 31.

¹³⁴ Les statistiques, qu’il faut évidemment manier avec prudence, confortent ce constat. Les données établies depuis la fin des années 1990 révèlent une diminution continue du nombre de saisine du juge d’instruction : 39 176 informations judiciaires ont été ouvertes en 1999, contre 28 466 en 2008 et 16 772 en 2015. Dans le même temps, le nombre d’affaires poursuivables a augmenté (entre 1999 et 2010) avant de diminuer et de s’établir à un nombre avoisinant celui de 1999, en 2015 (1 262 948 affaires poursuivables en 1999 contre 1 264 619 en 2015). La part des ouvertures d’informations judiciaires dans l’orientation des poursuites pénales a constamment diminué : représentant 3% des affaires poursuivables en 1999, elle était de 1,9% en 2008 ; elle est, depuis 2012, d’environ 1,3% des affaires poursuivables. V., MINISTERE DE LA JUSTICE, *Annuaire Statistique de la Justice. Édition 2005*, p. 109 ; MINISTERE DE LA JUSTICE, *Annuaire Statistique de la Justice. Édition 2005*, p. 109 ; MINISTERE DE LA JUSTICE, *Annuaire Statistique de la Justice. Édition 2009-2010*, p. 109 ; MINISTERE DE LA JUSTICE, *Les chiffres clés de la Justice. Édition 2016*, p. 14.

¹³⁵ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 28.

¹³⁶ V. not., E. MATHIAS, « La marginalisation du juge d’instruction : vers un renouveau du modèle inquisitoire ? », *LPA* 2005, n° 164, p. 3, n° 3 ; G. DI MARINO, « La redistribution des rôles dans le procès pénal », in COLLECTIF, *Le droit pénal à l’aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, Paris, 2006, p. 317 ; G. GUIDICELLI-DELAGE, « La figure du juge de l’avant-procès. Entre symbole et pratiques », *ibid.*, p. 336, spéc. p. 338 ; M. SEURIN, « De la loi du 15 juin 2000 à la loi du 9 mars 2004, quel avenir pour l’instruction préparatoire ? », *ibid.*, p. 565, spéc. p. 570 ; B. DE LAMY, « L’incidence des réformes de procédure pénale sur les acteurs du procès », *Dr. pén.* 2007, rep. 8 ; J. C. SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge d’instruction ? », *Dr. pén.* 2007, ét. 14 ; J. WALTER, « L’évolution de l’instruction de 1808 à 2009 : chronique des turpitudes du modèle français en péril », in J. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ, (sous la dir.), *200 Jans Code d’instruction criminelle, Le bicentenaire du Code d’instruction criminelle, op. cit.*, p.108 et s., spéc. p. 116 ; D. THOMAS-TAILLANDIER, « L’enquête-instruction : focus sur l’évolution de la mise en état des affaires pénales », *Gas. Pal.* 18 juil. 2017, p. 74 ; M. TOUILLIER, *Procédure pénale de droit commun et procédures pénales d’exception, op.cit.*, pp. 555 et s.

36. La multiplication des hypothèses de cumul de différentes fonctions entre les mains d'un même organe -. Si dans le système primitif du Code d'instruction criminelle, les fonctions de poursuite et d'instruction étaient nettement séparées - car dévolues à deux organes distincts -, l'évolution de la mise en état des affaires pénales a conduit à une double concentration des fonctions d'investigation et de poursuite entre les mains d'un même acteur, le procureur de la République.

Alors qu'il est, par nature, l'autorité de poursuite, sa fonction de directeur fonctionnel des investigations, confirmée par le Code de procédure pénale de 1958, s'accroît mécaniquement au fur et à mesure que se renforcent les possibilités d'investigation dans le cadre de l'enquête et que l'instruction décline.

37. Un même cumul peut être observé entre les mains du juge d'instruction, pour peu que l'on adopte une conception large de la notion de « poursuite ». Certes, selon la conception française, la fonction de poursuite est exclusivement confiée au procureur, l'ouverture d'une information judiciaire induisant déjà la mise en mouvement de l'action publique. La remarque procède cependant de l'ingénierie processuelle du système hexagonal dans lequel la poursuite peut précéder l'instruction et qui confère, dans ce cas, au juge le pouvoir de mettre officiellement en cause une personne et la liberté de décider des suites à donner à la procédure à l'issue des investigations qu'il conduit. C'est d'ailleurs dans cette liberté d'action que se situe précisément l'une des principales garanties offertes par l'information judiciaire, en particulier pour le plaignant dont le parquet aurait classé la plainte¹³⁷. Dans d'autres systèmes nationaux ou internationaux, dans lesquels la mise en état des affaires pénales a une structuration unitaire, la poursuite correspond au fait de mettre officiellement en cause un suspect et de lui attribuer en conséquence des droits de la défense renforcés ou au fait de saisir la juridiction de jugement – ce que fait assurément le juge d'instruction français. Pour une partie de la doctrine pénaliste française, il ne fait d'ailleurs aucun doute que le magistrat instructeur est également une autorité de poursuite¹³⁸. Aussi le juge d'instruction cumulerait-il cette fonction avec sa fonction d'instruction.

Cette conclusion peut d'ailleurs être confortée par la « palette » de réponses

¹³⁷ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°1844, p. 1234.

¹³⁸ En ce sens, V. not., S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°368, p. 317 ; D. REBUT, « L'arrêt *Medvedyev* et la réforme de la procédure pénale », *D.* 2010, p. 970 ; S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », *préc.*, p. 256 ; E. BONIS-GARÇON et O. DECIMA, « Le parquet et les sirènes de l'indépendance - À propos du projet de loi du 27 mars 2013 et du projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013 », *JCP éd. G.* 2013, 460 ; C. PIGNON, « Fondement de l'appartenance du ministère public à l'autorité judiciaire », *in* COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *La place de l'autorité judiciaire dans les institutions*, *préc.*, spéc. p. 224 ; J.-F. RENUCCI, « Le juge d'instruction peut-il être ce 'magistrat' au sens de l'article 5§3 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *D.* 2017, p. 861.

pénales qui peuvent être apportées à une infraction en dépit de l'ouverture d'une information judiciaire. Alors que, classiquement, l'instruction ne pouvait déboucher que sur un non-lieu ou sur la saisine d'une juridiction de jugement selon des voies ordinaires, le souci d'économiser du temps et des moyens lorsque les faits n'impliquent pas, malgré leur complexité initiale, la poursuite des investigations et un débat sur la culpabilité¹³⁹, a conduit à une multiplication des suites susceptibles d'y être données. En application des articles 180-1¹⁴⁰ et 180-2¹⁴¹ du CPP, une information judiciaire peut dorénavant aboutir à une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou à une convention judiciaire d'intérêt public. Si le recours à l'une de ces procédures implique l'accord du parquet, il n'en demeure pas moins que le juge d'instruction dispose aujourd'hui, à la manière de ce dernier, d'un choix sur la suite la plus appropriée au regard des faits et de l'attitude de la personne mise en cause.

38. L'éclatement d'une même fonction entre les mains de différentes autorités judiciaires -. La multiplication des possibilités d'investigation hors

¹³⁹ Le rapport *Célérité et qualité de la Justice* avait interrogé l'état du droit français qui liait indéfectiblement la reconnaissance des faits à leur apparente simplicité au commencement de la procédure. Or, il faisait observer que s'« il est incontestable que les affaires d'instruction sont généralement plus lourdes et plus complexes que celles faisant l'objet de citations directes, il n'en demeure pas moins qu'un grand nombre de procédures issues d'une information font l'objet d'une reconnaissance de culpabilité et ne laissent plus subsister que la question de la peine à déterminer ». Dans de tels cas, il n'était pas nécessaire, selon les auteurs du rapport, d'organiser un procès au cours duquel il serait procédé au rappel des faits ainsi qu'à l'interrogatoire du prévenu. Il envisageait donc que le juge d'instruction puisse également décider d'ordonner la transmission du dossier au parquet pour que ce dernier engage des poursuites [en la forme ordinaire ou selon les dispositions nouvelles des articles 495-7 et suivants du Code de procédure pénale] ou mette en œuvre une procédure alternative aux poursuites en application des articles 41-1 et 41-2 du même code » (MISSION MAGENDIE (sous la dir. de J.-C. MAGENDIE), *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, juin 2004, p. 135).

¹⁴⁰ Cette disposition a été introduite par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles (*JORF* du 14 déc. 2011, p. 21105, *Dalloz actualité*, 16 déc. 2011, obs. E. ALLAIN). Le dispositif a été retouché par la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *JORF* du 7 déc. 2013, p. 19941. Lors des travaux préparatoires, il était observé que l'échec de la CRPC ne laissait d'autre choix au procureur de la République que de faire juger l'affaire par le tribunal correctionnel. Il était donc possible que les investigations n'aient pas été aussi approfondies qu'elles auraient pu l'être si le mis en examen n'avait pas annoncé qu'il plaiderait coupable (Rapport n°738 le projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et sur le projet de loi organique relatif au procureur de la République financier, Enregistré à la Présidence du Sénat le 10 juillet 2013, présenté par A. ANZIANI et V. KLES, spéc. p. 103). Pour remédier à cette situation, la loi a prévu « qu'en cas d'échec de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou si, dans un délai de trois mois ou, lorsque la détention a été maintenue, dans un délai d'un mois à compter de celle-ci, aucune décision d'homologation n'est intervenue, l'ordonnance de renvoi est caduque, sauf la possibilité pour le procureur de la République, dans un délai de quinze jours, d'assigner le prévenu devant le tribunal correctionnel » (C.P.P., article 180-1). Il s'ensuit que l'échec de la CRPC décidée dans le cadre d'une information peut désormais donner lieu à la reprise de l'instruction.

¹⁴¹ Cette disposition a été introduite par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (*JORF* 10 déc. 2016, texte n°2, *LPA*, 7 nov. 2016, p. 4, obs. O. DUFOUR ; *Banque et droit*, 2017, n°171, p. 32, obs. E. JOUFFIN ; *Bull. Joly Bourse et produits financiers*, 2017, p. 48, obs. D. REBUT ; *JCP éd. G.* 2017, n°5, 128, obs. A. MIGNON-COLOMBET et S. HANNEDOUCHE-LERIC ; *AJ pén.* 2017, p. 62, obs. A. ROUX ; *Ibid.*, p. 68, obs. A. MIGNON-COLOMBET ; *JCP éd. G.* 2017, n°6, 282, obs. B. QUENTIN ; *RTDF* 2017, p. 130, obs. M. SEVE et M. PEREZ. Les modalités de cette procédure ont été précisées par le décret n°2017-660 du 27 avril 2017 relatif à la convention judiciaire d'intérêt public et au cautionnement judiciaire (*JORF* 29 avr. 2017), V. not., W. ROUMIER, « Détermination des conditions de mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public et des modalités de paiement du cautionnement », *Dr. pén.* 2017, alerte 42 ; *JCP éd. E.* 2017, act. 347) dès la création de la convention judiciaire d'intérêt public.

instruction s'est doublée de l'extension des attributions du juge des libertés et de la détention (JLD). A l'origine créé pour assurer un double regard sur le placement en détention provisoire et en autoriser la prolongation, le JLD a vu ses attributions croître au fur et à mesure de l'enrichissement des mesures intrusives susceptibles d'être décidées lors d'une enquête. L'affirmation du rôle de ce juge a été, conformément aux exigences constitutionnelles¹⁴², une condition *sine qua non* de cet enrichissement. Elle participe, toutefois, à l'éclatement d'une même fonction – la fonction de sauvegarde de la liberté individuelle et des autres droits substantiels de la personne concernée par la procédure –, intrinsèquement liée à la qualité d'autorité judiciaire, entre les mains de différents organes de la procédure selon le cadre procédural et le degré d'atteinte aux droits protégés. Elle est dorénavant partagée entre le procureur de la République, le juge d'instruction et le JLD. S'affirme donc progressivement dans la phase préparatoire un juge dont l'unique fonction est la préservation de ces droits et libertés. Et se dessine alors un nouveau schéma processuel qui substitue progressivement – mais encore partiellement – à l'ancienne distinction entre les fonctions de poursuite et d'instruction, une distinction entre les fonctions d'instruction et de poursuite, d'une part, et celle d'*habeas corpus* et d'*habeas libertas*¹⁴³ ou « coercitive »¹⁴⁴, d'autre part.

¹⁴² Une gradation des exigences s'observe, en effet, dans la jurisprudence constitutionnelle qui opère, une répartition des attributions en fonction du degré d'atteinte aux droits protégés. Cela s'observe facilement à propos des mesures privatives de liberté avant jugement, en particulier à travers l'organisation du contrôle des gardes à vue décidées lors d'une enquête. Le Conseil constitutionnel juge en effet « *si l'autorité judiciaire comprend [certes] à la fois les magistrats du siège et du parquet, l'intervention d'un magistrat du siège est [toutefois] requise pour la prolongation [de la mesure] au-delà de quarante-huit heures* » (V. not., Cons. Const., Déc. n° 93-326 DC, 11 août 1993, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale* (consid. 4 et 5), *JCP éd. G.* 1993, II. 3720, note F. LE GUNHEC ; *RFD const.* 1993, p. 848, note T. RENOUX ; *Pouvoirs* 1994, p. 172, note P. AVRIL et J. GICQUEL). Cette gradation peut également être observée à propos des mesures portant atteinte au droit au respect de la vie privée. En effet, si dans sa jurisprudence récente, le Conseil constitutionnel admet que les mesures portant une moindre atteinte à ce droit puissent être autorisées par le procureur de la République (Cons. Const., Déc. n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure* (consid. 11 et s.), *RFDA* 2003, p. 573, obs. R. GHEVONTIAN ; *RFDA* 2003, p. 760, obs. O. LECUCQ ; *D.* 2004, p. 1273, obs. S. NICOT ; Cons. Const., Déc. n° 2014-693 DC, 25 mars 2014, *Loi relative à la géolocalisation* (consid. 15), *Gaz. Pal.* 4-5 avr. 2014, p. 14, obs. E. DUPIC ; *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 9 mai 2014, obs. C. FONTEIX ; *RSC* 2014.669, obs. C. LAZERGES), voire que les enquêteurs puissent, en cas d'urgence, agir d'initiative (Cons. Const., Déc. n° 2014-693 DC, 25 mars 2014, *Loi relative à la géolocalisation* (consid. 15), préc., avec cependant cette réserve que le procureur de la République puisse décider de sa mainlevée immédiate), les mesures les plus intrusives doivent être soumises à l'intervention d'un juge du siège (Cons. Const., Déc. n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* (consid. 46 et s., 59 à 61, 64 et s.), *D.* 2004, p. 956, obs. M. DOBKINE ; *RSC* 2004, p. 725, obs. C. LAZERGES ; *RFD const.* 2004, p. 347, obs. S. NICOT ; *JCP éd. G.*, 2004, p. 597, obs. F. LE GUHENEZ ; *Ibid.*, p. 619, obs. J.-C. ZARKA ; *RSC* 2005, p. 122, obs. V. BUCK ; *LPA*, 11-14 nov. 2005, p. 5, obs. D. CHAGNOLLAUD ; *Ibid.*, p. 8, obs. R. PIASTRA ; *Ibid.*, p. 14, obs. B. MATHIEU et A.-L. CASSARD-VALEMBOIS) s'agissant des perquisitions de nuit, des interceptions de télécommunication et des sonorisation et fixation d'images). Pour une radiographie des exigences constitutionnelles à cet égard, V. not., CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Commentaire Décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014, Loi relative à la géolocalisation », pp. 13-18.

¹⁴³ L'expression est empruntée à Monsieur le Professeur FOURMENT, in « Repenser le mode de traitement du dossier pénal », in J. LEROY (sous la dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, Ed. Lexis-Nexis, Université d'Orléans, CRJ Pothier, 2016, Paris, p. 173, spéc., p. 175).

¹⁴⁴ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°306, p. 207

39. Le déséquilibre résultant de la métamorphose progressive de la mise en état des affaires pénales. L'enrichissement des possibilités d'investigation pendant l'enquête contribue surtout au déséquilibre de la mise en état des affaires pénales. L'enquête de police, qui s'impose dans un système qui n'avait pas été pensé autour d'elle, présente certes d'indéniables caractéristiques communes avec l'information judiciaire, au premier rang desquelles l'objectif de manifestation de la vérité¹⁴⁵. Mais elle présente aussi avec elle d'irréductibles divergences concernant les garanties offertes aux personnes concernées par la procédure. Si elles s'expliquent par la chronologie respective de l'enquête et de l'instruction au regard de la mise en mouvement de l'action publique, ces divergences sont aujourd'hui à l'origine d'une asymétrie difficilement acceptable. La montée en puissance de l'enquête au détriment de l'instruction fait apparaître un recul des droits de la défense et du juge qui nourrit d'importantes discussions.

40. Précision terminologique -. Le terme de « recul » renvoie classiquement à l'idée de régression¹⁴⁶. Son emploi ici pourrait donner le sentiment d'un retrait de certaines garanties procédurales au stade de l'enquête, ce qui est inexact. Ce n'est donc pas dans ce sens qu'il sera employé. L'idée de régression émerge en revanche du contournement désormais ordinaire de la phase la plus formaliste et la plus garantiste de la procédure (l'instruction) au profit d'un cadre procédural qui l'est moins (l'enquête).

41. Ce phénomène de régression des garanties procédurales résultant de la marginalisation de l'information judiciaire n'est pas nouveau. Il avait déjà été observé par Adolphe Guillot au XIXe siècle lors de la légalisation de la procédure de flagrant délit. Le magistrat faisait observer que faute de s'être accompagnée d'une réflexion sur les droits de la défense, la consécration d'une telle procédure engendrerait leur diminution puisque les réformes libérales de la fin du XIXe siècle ne devaient concerner que l'inculpé¹⁴⁷. Le même effet insidieux a été souligné par la Commission Delmas-

¹⁴⁵ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°1490, p. 1006.

¹⁴⁶ Centre national de ressources textuelles et lexicales, v° « Recul ».

¹⁴⁷ A. GUILLOT, *Des Principes du nouveau Code d'instruction criminelle (discussion du projet et commentaire de la loi)*, L. Larose et Forcel, Paris, 1884, pp. 172 et s. (« Nous devons aussi nous demander [écrivait-il] si, dans les dispositions destinées à assurer la défense des inculpés, la loi n'a pas omis une classe très nombreuse de prévenus ; nous voulons parler de ceux vis-à-vis desquels l'instruction est faite par le ministère public, en exécution de la loi sur les flagrants délits, et qui, aux termes de l'article 187 du projet, doivent être immédiatement traduits devant lui... par un étrange oubli, ni dans le projet ni dans la discussion, aucune déclaration semblable [droit pour l'inculpé de ne pas répondre] n'a été faite en faveur de ces milliers d'individus interrogés et placés sous mandat de dépôt par le procureur de la République. Le projet s'est contenté d'insérer, sous les n°185, 186 les deux premiers articles de la loi du 1er juin 1863 sur les flagrants délits, sans se référer aux dispositions des articles 100, 138 et suivants, déterminant la forme de

Marty¹⁴⁸. L'enrichissement des possibilités d'investigation durant l'enquête ne peut que conforter ce constat, faute pour le législateur d'avoir renforcé en conséquence les droits des personnes concernées par une enquête.

42. Le recul des droits de la défense -. Personne ne peut nier le délitement de la logique originelle du système français qui consistait à lier l'acquisition de droits de la défense à celle de la qualité de parties à la procédure. Les deux dernières décennies ont été marquées par l'affirmation des droits procéduraux dès l'enquête. Les lois du 4 janvier 1993, du 15 juin 2000, du 14 avril 2011, du 27 mai 2014 ou encore du 3 juin 2016 précitées furent, toutes, l'occasion d'un enrichissement des droits du simple suspect et/ou de la victime. Il n'en reste pas moins vrai que si l'accroissement de ces droits est un « phénomène contemporain »¹⁴⁹, le législateur français, qui s'y attelé à marche forcée, n'y a procédé qu'avec une évidente retenue¹⁵⁰. L'essentiel a été d'assurer la conformité du droit interne avec les standards supra-législatifs qui s'imposaient à lui. Il a donc maintenu d'évidentes divergences entre les garanties des personnes concernées par la procédure en fonction de leur statut et donc, au stade des investigations, selon l'ouverture ou non d'une information judiciaire. Cette asymétrie a été accentuée par l'augmentation concomitante des garanties procédurales lors de l'instruction. Parmi les exemples éclairants de cette dissymétrie, il est permis de citer l'accès au dossier de la procédure, ouvert de façon permanente à la personne mise en cause dès sa mise en examen (C.P.P., article 114, al. 3), mais uniquement de manière ponctuelle et dans des conditions dérogeant au droit commun (C.P.P., articles 706-1-1 et 706-1-2¹⁵¹ et 706-105¹⁵²) au suspect. Il ne s'impose pour ce dernier, depuis la loi du

l'interrogatoire ». Or, « [s]i on a cru nécessaire [, ajoutait l'auteur,] de prendre des garanties contre les juges d'instruction, d'assurer à l'inculpé la protection d'un défenseur, de le prévenir qu'il a le droit de se taire, ne doit-on pas lui donner les mêmes garanties vis-à-vis du ministère public ? [...] Dira-t-on ? A quoi bon s'occuper de ces vagabonds, de ces mendiants, de ces escrocs, de ces voleurs vulgaires, de ces misérables ramassés sur le pavé ? La justice doit être également scrupuleuse pour tous ; les erreurs judiciaires ne sont jamais tant à redouter que dans cette procédure accélérée, où ne se rencontre même pas l'action tutélaire et modératrice du magistrat instructeur ; c'est peut-être à cette foule sans cesse renouvelée que peuvent se trouver le plus facilement mêlés des innocents, des malheureux qui méritent plus de compassion que de sévérité. Les procédés sommaires du petit parquet sont exclusifs d'une défense sérieuse et réfléchie ; souvent l'inculpé, s'il était conseillé, s'il avait un avocat, réclamerait une instruction qui pourrait le sauver, au lieu de consentir à être traduit tout de suite devant le tribunal, où sa condamnation est presque fatalement assurée [...] »).

¹⁴⁸ M. DELMAS-MARTY, S. LAVISGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, op. cit., pp. 124-125.

¹⁴⁹ G. BEAUSSONIE et A. BOTTON, « Analyse comparée des droits des parties privées durant l'enquête et l'instruction », *Gas. Pal.* 18 juil. 2017, p. 84.

¹⁵⁰ V. not., A. BOTTON, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale. - À propos du Titre II de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *JCP éd. G.* 2016, Aperçu 777 ; O. CAHN, « Réflexions désabusées sur le chapitre I du titre I de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *AJ pén.* 2016, p. 408 ; G. BEAUSSONIE et A. BOTTON, « Analyse comparée des droits des parties privées durant l'enquête et l'instruction », préc. ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., n°48, pp. 31 et s.

¹⁵¹ Ces dispositions qui renvoient aux articles relatifs à la procédure applicable en matière de délinquance et de criminalité organisée, trouvaient leur siège, dès la loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption (*JORF* du 14 nov. 2007, p. 18648, *JCP éd. G.* 2008, act. 568, F. STASIAK ; *Dr. pén.* 2008, ét. n°1, P. CONTE) à l'article 706-1-3 du CPP.

¹⁵² Cette disposition a été introduite par la loi du 9 mars 2004 précitée. V. *infra*, n°72.

3 juin 2016, qu'à la clôture des enquêtes d'une certaine durée (C.P.P., article 77-2).

43. Le caractère de plus en plus résiduel de l'instruction rend discutable cette asymétrie des droits puisqu'en matière correctionnelle les garanties procédurales de la personne mise en cause dépendent *in fine* du libre du choix du parquet (C.P.P., article 79).

44. Le recul de la garantie judiciaire -. La montée en puissance de l'enquête de police amène également un recul du juge. Indépendamment de la substitution du procureur à un juge (le juge d'instruction), le déclin de l'information judiciaire entraîne une marginalisation de l'accès au juge et des dispositifs de contrôle qu'elle ménage. C'est dire qu'en plus de la question récurrente des qualités des magistrats du ministère public, substitué au juge d'instruction dans la direction fonctionnelle des investigations, la déliquescence de l'information interroge la suffisance du rôle du juge lors de l'enquête et celle des garanties qui en découlent.

45. L'information judiciaire, qui n'est « autre qu'une enquête juridictionnelle placée sous la direction d'un juge du siège, [...] saisi par l'exercice de l'action publique » et appelé, à l'issue des investigations, à « prendre une décision juridictionnelle sur la suite qu'il convient de donner à la procédure »¹⁵³, offre au suspect un accès au juge ainsi qu'à différents contrôles. En plus de la faculté dont il dispose de solliciter des investigations complémentaires auprès du juge d'instruction et de saisir, le cas échéant, le président de la chambre de l'instruction à défaut de réponse (C.P.P., articles 81, 82-1 et 156), il bénéficie aussi du droit d'interjeter appel des ordonnances juridictionnelles du magistrat instructeur ou du JLD (C.P.P., articles 185 à 187 et 207 du CPP)¹⁵⁴ et de contester la régularité des actes ou pièces de la procédure durant l'information (C.P.P., article 173)¹⁵⁵. Il dispose encore de la possibilité de provoquer différents contrôles du

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Les parties privées ne disposent toutefois que d'un droit d'appel exceptionnel, limité aux ordonnances énumérées aux articles 186 à 186-2 du CPP (Cass. crim., 6 janv. 1961, *Bull. crim.* n°6, *D.* 1961.581, note M.R. M. P. ; Cass. crim., 31 oct. 1961, *D.* 1962, somm. 27 ; Cass. crim., 13 mars 1968, *D.* 1968. 429 ; Cass. crim., 25 juil. 1978, *Bull. crim.* n°244 ; Cass. crim., 12 mai 1987, *Bull. crim.* n°195 ; Cass. crim., 19 nov. 1990, *Bull. crim.* n°390 ; Cass. crim., 8 déc. 1993, *Bull. crim.* n°380 ; Cass. crim., 10 déc. 1996, *Bull. crim.* n°458), qui établissent un lien entre le droit d'interjeter appel et la défense de leurs intérêts particuliers. V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°2082 et s., pp. 1388 et s. ; J. PRADEL, *Procédure pénale, op. cit.*, n°790 et s., pp. 691 et s. ; P. BELLOIR, « Chambre de l'instruction », *préc.*, n°37 et s.

¹⁵⁵ Le législateur a toutefois soumis ces requêtes sont toutefois soumises au filtre du président de la chambre de l'instruction afin d'éviter l'engorgement de celle-ci par des actions dilatoires ou vouées à l'échec (C.P.P., article 173, al. 5, 186 *in fine* et 186-1), introduisant par-là même une distinction entre l'exercice de leurs droits par les parties privées et l'exercice de ses prérogatives par le procureur de la République, considéré par le « comme un gardien plus objectif de la bonne marche de la procédure » (F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°455 et s., p. 337). Cette inégalité de traitement, discutée par une partie de la doctrine au regard des impératifs conventionnels (H. ANGEVIN, *La pratique de la chambre d'instruction*, Lexis Nexis, coll. « Pratique professionnelle », 2^e éd., 2004, Paris, n°261), est jugée acceptable par d'autres auteurs qui rappellent que si l'article 6 de la Convention implique d'assurer un équilibre entre les droits des parties, cette exigence impose uniquement de ne pas placer l'une

bon déroulement de l’instruction, que le législateur a multiplié pour s’assurer que celle-ci ne se prolonge inconsidérément ou encore pour pallier l’inertie injustifiée du magistrat instructeur¹⁵⁶. Une radiographie plus fine de l’ensemble de ces mécanismes conduirait à reconnaître que si le juge d’instruction a autrefois été « l’homme le plus puissant de France », il est aujourd’hui l’homme le plus contrôlé de France.

46. L’enquête de police n’assure pas le même degré de juridictionnalisation. Certes, elle n’est pas exclusive de l’intervention d’un juge. Toutefois, au-delà de la question récurrente de l’effectivité du contrôle du JLD durant l’enquête, la délimitation de son rôle nourrit le débat. Comme l’explique Monsieur Capdepon, le rôle du JLD est conçu de manière limitée, son intervention n’étant prévue que ponctuellement et dans un but bien défini¹⁵⁷. Il s’agit principalement d’une juridictionnalisation de contrôle¹⁵⁸, trouvant sa justification dans l’impératif de protection de certains droits fondamentaux comme la liberté d’aller et venir, la protection du domicile et plus largement le droit à la vie privée. Cette juridictionnalisation n’a aucun égard pour le suspect qui, à la différence du mis en examen, ne peut le plus souvent accéder au juge en tant que demandeur ni faire valoir son point de vue devant lui¹⁵⁹. Cette précarité du rôle du juge au stade de l’enquête de police s’explique, elle aussi, par sa nature. Préalable à l’exercice d’une action en justice, elle ne peut être qualifiée de procédure juridictionnelle. Aussi, sa juridictionnalisation ne peut-elle se concevoir que modestement : il s’agit d’« inclure du juridictionnel dans un cadre juridique qui ne l’est pas »¹⁶⁰. Si le rôle du JLD au stade de l’enquête s’explique donc, la marginalisation de l’information judiciaire n’en entraîne pas moins un affaiblissement de la garantie judiciaire.

47. Les traits caractéristiques de l’évolution de la mise en état des affaires pénales et de la manière dont elle se déforme progressivement ayant été dépeints, les termes de l’étude, son intérêt et la perspective retenue peuvent être énoncés. Ceci suppose au préalable de préciser à quoi se rapporte l’expression de « droits européens ».

des parties dans une situation nettement moins avantageuse que son adversaire (F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°455 et s., p. 337). Pour sa part, la chambre criminelle a, pour l’heure, considéré que ces divergences de traitement n’étaient contraires ni aux exigences européennes (Cass. crim., 9 nov. 1999, *Bull. crim.* n°251), ni aux impératifs constitutionnels du droit à un recours effectif et des droits de la défense (Cass. crim., 6 déc. 2011, n°11-90.095).

¹⁵⁶ Pour une radiographie complète des attributions de la chambre de l’instruction et du contrôle qu’elle exerce sur l’activité des juges d’instruction, V. not., *Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Chambre de l’instruction », mai 2017, par P. BELLOIR.

¹⁵⁷ Y. CAPDEPON, « Quelle place pour le suspect ? » in O. DECIMA (sous la dir.), *La juridictionnalisation de l’enquête*, Ed. Cujas, Coll. « Actes & Etudes » Paris, 2015, p. 101.

¹⁵⁸ *Ibid.*, spéc., n°4, p. 102.

¹⁵⁹ *Ibid.*, spéc., n°24, p. 109.

¹⁶⁰ *Ibid.*, spéc., n°1, p. 101.

48. La délimitation des « droits européens » -. La confrontation de la procédure pénale française aux standards de la Convention européenne des droits de l'homme est usuelle car l'empreinte de celle-ci est plus ancienne et fut longtemps la plus visible. Le choix a cependant été fait de ne pas cantonner cette étude à l'incidence de cette seule source mais d'avoir une vision plus globale des droits européens.

49. Le contexte dans lequel cette étude a pris naissance invitait en effet à ne pas retenir une conception aussi restrictive. L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne laissait présager que ce droit deviendrait une nouvelle source de la procédure pénale interne et augurait d'influences d'un nouveau genre. Une vision partielle des droits européens, limitée aux seules incidences de la jurisprudence de la Cour européenne, n'était guère justifiable.

La coexistence de ces droits européens et la manière dont ils se croisent et se rencontrent allaient également dans ce sens. L'impact du droit dérivé de l'Union sur la procédure pénale française, et en particulier sur la mise en état des affaires pénales, durant cette dernière décennie, a confirmé qu'une telle approche aurait conduit à amputer l'étude d'une grande partie de son intérêt. La récente adoption du règlement portant création du Parquet européen ne peut que conforter ce choix.

50. Si une confrontation de la matière avec les standards de la Convention européenne des droits de l'homme et les obligations nées des directives de l'Union s'imposait donc, le choix a aussi été fait de ne pas s'en tenir à ces deux seules sources mais d'embrasser plus généralement le droit produit au sein du Conseil de l'Europe, particulièrement riche en matière pénale. Nous avons donc inclus dans le champ de l'étude la multitude des conventions et recommandations adoptées en son sein qui, malgré leurs limites propres, ont participé de la fabrication du droit interne. La lecture des projets et propositions de lois et des discussions préparatoires a justifié cette conception des droits européens puisqu'ils témoignent de leur empreinte sur différents aspects de la mise en état des affaires pénales.

51. La densité de la matière a en revanche suggéré une approche moins complète qu'elle n'aurait pu l'être. Nous avons ainsi décidé de nous concentrer sur les aspects qui nous sont apparus comme les plus saillants et les exemples les plus éclairants.

52. L'intérêt de l'étude et l'axe retenu -. L'intérêt de confronter la mise en état des affaires pénales avec les droits européens est aisément perceptible. Leur incidence sur une matière qui ressortit à la compétence du seul législateur, est visible. Ne sont-ils pas depuis quelques années l'un des principaux baromètres des réformes dans ce domaine, qui se succèdent au rythme des évolutions des sources supralégislatives, souvent dans l'urgence et, par conséquent, sans vision d'ensemble¹⁶¹ ?

53. De ce constat pouvait découler un premier axe d'étude qui est le plus intuitif, mais aussi le plus délicat. Mettre la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens pouvait impliquer d'observer comment et dans quelles conditions, ces droits ont façonné cette phase de la procédure ou participé à ses évolutions au prix d'une plus grande instabilité voire de la remise en cause de logiques jusqu'alors bien ancrées. Cette approche, qui supposait d'adopter une vision plutôt « passéiste » du sujet, est aussi l'approche la plus délicate parce que l'on se heurte alors à la densité de la matière, à ses évolutions constantes mais aussi à la difficulté de déterminer, pour chaque évolution, si les ajustements apportés par le législateur ont été imposés ou davantage inspirés des droits européens ou s'ils résultent de la lecture que celui-ci a eu des standards qu'ils égrainent. Ce serait donc se confronter à un volume impressionnant et instable de sources laissant une grande latitude au législateur et à l'interprétation qu'il fait. C'aurait été également se risquer à sombrer dans une énumération d'effets, parcellaires ou diffus, bien perceptibles ou plus cachés. En dépit de ces difficultés, cette approche a l'immense avantage de mettre au jour les évolutions impliquées ou inspirées par les droits européens ainsi que la manière dont ils ont pu contribuer à la mutation de la mise en état des affaires pénales. Aussi un panorama de ces influences du droit européen sera-t-il dressé dans un Titre préliminaire. Sans prétendre à l'exhaustivité, il a le mérite de rappeler les cadres institutionnels dans lesquels se construisent les droits européens et les limites de leur influence sur la formation des droits nationaux, d'envisager comment ils ont participé aux principales évolutions de l'avant-procès pénal français voire créé un contexte propice à la métamorphose aujourd'hui constatée. Cette présentation servira de prémisse à l'approche plus prospective que nous avons finalement retenue.

54. Mettre la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens pouvait également conduire à s'interroger sur la conformité de celle-ci, telle qu'elle a évolué, avec les standards européens. Puisque tel est le débat contemporain en France,

¹⁶¹ En ce sens, S. PELLE, « Repenser le pouvoir de contrainte policier et judiciaire », in J. LEROY, *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, Ed. Lexis-Nexis, Université d'Orléans, CRJ Pothier, Paris, 2016, p. 163.

cela revient à se demander si la substitution progressive de l'enquête de police à l'information judiciaire, telle qu'elle s'opère actuellement, avec les déséquilibres qu'elle produit, est discutable au regard des droits européens ou si les réformes successivement apportées par le législateur français pour satisfaire à ceux-ci assurent la compatibilité du droit interne avec les exigences supranationales. De la réponse à cette interrogation dépend la nécessité éventuelle de nouvelles adaptations du droit. L'approche prospective peut alors prendre une autre dimension. De façon générale, si le souci de remédier à certaines carences doit guider le législateur, la mise en conformité du droit français avec les standards connus ne peut être le seul angle de vue. Ce serait risquer de multiplier les confusions et les incohérences et opter pour des solutions dont la pérennité ne serait pas assurée. La perspective de l'intégration future du Parquet européen doit en effet également orienter la réflexion puisque là est le chantier qui se profile aujourd'hui.

55. Problématique -. La problématique se dédouble donc. A la question de savoir en quoi les droits européens viennent au soutien d'une réforme de la mise en état des affaires pénales répond celle de savoir pourquoi ils encouragent à une réflexion sur sa recomposition. Aussi examinerons-nous la nécessité de réformer la mise en état des affaires pénales à la lumière des droits européens (Première Partie) avant de déterminer les modalités de cette réforme à l'aune de ces derniers (Seconde Partie).

Première Partie. La nécessité de réformer la mise en état des affaires pénales à la lumière des droits européens

Seconde Partie. Les modalités de la réforme de la mise en état à l'aune des droits européens

TITRE PRELIMINAIRE.

L'INFLUENCE DES DROITS EUROPEENS SUR LA MISE EN ETAT DES AFFAIRES PENALES

56. Envisager l'influence des droits européens sur la mise en état des affaires pénales en France suppose, presque par essence, d'adopter une attitude « passéiste ». Aborder ce que l'on définit classiquement comme étant l'action d'une chose sur une autre chose ou sur une personne et suscitant, par réaction, des adaptations de différents ordres¹⁶² implique par définition de s'interroger sur la manière dont cet élément en a impacté d'autres et sur les ajustements qui en ont résulté. En d'autres termes, envisager l'influence des droits européens sur la mise en état des affaires pénales suggère principalement de s'intéresser à la manière dont ces droits ont agi sur le système national ou à la façon dont celui-ci s'est progressivement acclimaté à ceux-là. L'axe retenu, qui se veut davantage prospectif, invite à ne pas se limiter à une approche tournée vers le passé mais à envisager la perspective d'influences nouvelles, l'intérêt étant alors d'orienter les réflexions mises au jour par l'observation de certaines contrariétés du droit actuel avec les standards européens. Parce que ces perspectives sont plus ramassées que l'influence déjà identifiable, elles nécessiteront des développements nécessairement plus brefs. A l'observation de l'influence identifiée des droits européens sur la mise en état des affaires pénales, qui permettra de rappeler comment le système français s'est progressivement acculturé à ces derniers et d'envisager le cadre général de cette emprise (Chapitre Premier), succéderont donc des développements plus succincts sur la perspective d'influences nouvelles (Chapitre Second).

¹⁶² Centre national de ressources textuelles et lexicales, *v*° « influence ».

Chapitre Premier

L'influence identifiée des droits européens

58. La France a incontestablement « perdu une partie de sa souveraineté pénale au profit d'institutions supranationales auxquelles elle participe mais qui expriment une volonté et produisent un droit qui leur sont propres »¹⁶³. Si elle n'est évidemment pas la seule phase de la procédure touchée, c'est surtout sur la mise en état des affaires pénales que leur influence s'observe avec une particulière netteté. Certaines caractéristiques des droits européens, qui ont moins été conçus comme des droits absolus qui auraient vocation « à tout emporter sur [leur] passage »¹⁶⁴ que comme des droits qui existent au côté des droits nationaux qu'ils ont pour ambition de compléter ou, le cas échéant, de modifier¹⁶⁵, invitent néanmoins à envisager les limites de leur impact sur la fabrication des législations et, en conséquence, sur les systèmes nationaux.

59. La première caractéristique de ces droits, parfois qualifiée de « pierre angulaire »¹⁶⁶, est de primer sur les droits nationaux. Aussi, tendent-ils à s'imposer, sous

¹⁶³ J. LEBLOIS-HAPPE, « L'europanisation du droit pénal depuis le traité de Lisbonne », in X. PIN (sous la dir.), *Mémoire et droit pénal en France et en Allemagne, Gedächtnis und Strafrecht in Frankreich und Deutschland*, 5^e rencontre du droit pénal franco-allemand, Deutsch-französische Strafrechtstagung, Ed. Société de Législation comparée, 2017, p. 113 ; V. ég. (Entre de nombreux autres), M. DELMAS-MARTY, « Préface » in L. SAENKO (sous la dir.), *Le nouveau Code pénal 20 ans après, état des questions*, LGDJ, Lextenso Editions, 2014, p. XV ; E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, Coll. Manuel, 3^e éd., 2014, pp. 362 et s., n°491 et s.).

¹⁶⁴ J.-S. BERGE ET S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen, Union européenne et Conseil de l'Europe*, PUF, Coll. « Thémis », 2^e éd., Paris, 2011, p. 40, n°59.

¹⁶⁵ *Ibid.*, pp. 40-42, n°60-63.

¹⁶⁶ *Ibid.*, n°670, p. 492 ; D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSZY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2^e éd., Larcier, Bruylant, Coll. Europe(s), 2014, Bruxelles, p. 17.

les réserves formulées par les articles 53 à 55 de la Constitution¹⁶⁷, aux autorités internes lorsqu'elles élaborent le droit mais aussi lorsqu'elles l'appliquent. De la sorte, ils contribuent inmanquablement au renouvellement des sources de la procédure pénale¹⁶⁸. Ils influencent également les méthodes de l'élaboration de la norme, renouvelant en particulier l'office du juge interne qui en faisant prévaloir, le cas échéant, les règles et standards internationaux sur les dispositions internes, peut se trouver davantage qu'autrefois à l'origine d'une refonte de la législation en vigueur¹⁶⁹. La contrainte qui résulte des droits européens et, en conséquence, leur capacité à façonner les droits nationaux doivent toutefois être relativisées en considération d'autres caractéristiques. Les droits européens se présentent avant tout comme des ensembles de normes incomplets. Ils revêtent, par conséquent, un caractère nécessairement subsidiaire par rapport aux droits internes¹⁷⁰. Leur capacité à influencer les droits internes doivent surtout être mesurées à l'aune de la place accordée à la volonté des Etats et aux traditions juridiques de ces derniers au stade de l'élaboration de la norme, de leur engagement à s'y conformer et de son application.

Il ne peut donc être question de nier l'impact de ces droits sur la législation française, en particulier sur les normes qui nous intéressent parce qu'elles régissent la mise en état des affaires pénales. Soumettre cette mise en état à l'épreuve des droits européens implique néanmoins de rappeler les limites de leur influence. La plasticité qui les caractérise permet surtout de relativiser l'impact que ces droits ont pu avoir sur la mutation de l'avant-procès, quand bien même ils ont pu, nous semble-t-il, créer un contexte propice à celle-ci. Si l'influence des droits européens sur la mise en état des affaires pénales est donc certaine (Section Première), elle n'en est pas moins limitée (Section Seconde).

¹⁶⁷F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°137, p. 71.

¹⁶⁸ V. not., E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, pp. 362 et s. ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, pp. 62 et s. ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n°67 et s., pp. 80 et s. ; V. ég., E. VERGES, « La réforme par transposition : la nouvelle voie de la procédure pénale », *RSC* 2015, p. 683 ; V. ég., M. TOULLIER, « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale : entre "petite" et "grande" révolutions », *RSC* 2015, p. 127.

¹⁶⁹ V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op.cit.*, pp. 77 et s., n°146 et s. ; V. ég., R. KOERING-JOULIN, « Le juge répressif, notamment de cassation, entre Cour européenne des droits de l'homme et Conseil constitutionnel », in S. GUINCHARD et J. BUISSON (sous la dir.), *Les transformations de la justice pénale – Cycle de conférence 2013 à la Cour de cassation*, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, Actes, Paris, 2014, p. 69.

¹⁷⁰ J.-S. BERGE ET S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen, Union européenne et Conseil de l'Europe, op. cit.* n°60 et s., p. 40 et s.

Section Première. L'influence certaine des droits européens

60. Ce serait une gageure de vouloir retracer, en l'espace de quelques dizaines de pages, toute l'influence que les droits européens ont eu sur la mise en état des affaires pénales. L'exercice, qui supposerait d'inventorier ses manifestations les plus diffuses¹⁷¹ et les plus précises¹⁷², les plus manifestes¹⁷³ et les moins dévoilées¹⁷⁴, risquerait d'ailleurs de conduire à une énumération à la Prévert, qui exigerait au surplus un respect scrupuleux de la chronologie. Si telle ne peut être notre ambition, il est en revanche possible d'envisager les manifestations les plus franches de cette influence en s'attachant à l'impact effectif des droits européens. Car, si parmi les évolutions des normes internes, nombre ont été justifiées – ou pouvaient l'être – par les exigences et standards européens, certaines ont été directement impliquées par ceux-ci (§1^{er}) tandis que d'autres, bien qu'inspirées par eux, ne s'imposaient pas aussi sûrement ou, du moins, pas dans ces termes (§2^d).

§1^{er} - Les évolutions directement impliquées par les droits européens

61. L'extension des droits procéduraux à l'enquête de police (A) et l'enrichissement, apparent ou effectif, des moyens d'investigations (B) apparaissent comme deux illustrations éclairantes d'évolutions du droit français directement impliquées par les droits européens.

¹⁷¹ Songeons, par exemple, à celles justifiées par le souci de satisfaire à l'exigence générale du droit d'être jugé ou d'obtenir une décision dans un délai raisonnable. Sur cette exigence, V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°405 et s., pp. 291 et s.

¹⁷² Pensons, par exemple, à l'évolution du droit des saisies à titre conservatoire à mesure de l'intégration des instruments internationaux, et en particulier européens (V. not., M. MASSE, « L'évolution du droit en matière de gel et de confiscation », *RSC* 2006, p. 463 ; E. CAMOUS, « Les saisies en procédure pénale : un régime juridique modernisé. - Commentaire des dispositions pénales de droit interne de la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale », *Dr. pén.* 2011, étude 1 ; J. LELIEUR, « Le dispositif juridique de l'Union européenne pour la captation des avoirs criminels », *AJ pén.* 2015, p. 232) ou encore au droit, pour la personne mise en examen de consulter elle-même le dossier de la procédure lorsqu'elle n'est pas assistée d'un avocat à la suite de la transposition de la directive de l'Union relative au droit à l'assistance d'un avocat, sur lequel nous reviendrons.

¹⁷³ Songeons, par exemple, à la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue (V. *infra*) ou à la loi du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (V. *Infra*, n°81 et n°87.).

¹⁷⁴ Pensons, par exemple, aux évolutions du droit à l'information des victimes par les lois du 15 juin 2000 et de la loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, qui ne font pas particulièrement état des instruments européens encourageant une meilleure prise en considération des victimes d'une infraction, alors qu'ils en sont parfois de stricte transposition (V. *Infra*, n°96).

A. L'extension à l'enquête de police de certains droits procéduraux

62. Les droits européens ont directement participé à l'extension à l'enquête de police de certains droits procéduraux, entraînant alors une rupture avec une logique séculaire qui consistait à n'attribuer de telles garanties qu'à la partie à la procédure. Cette influence se constate évidemment si l'on considère les droits du simple suspect, dont les exigences européennes ont justifié une identification plus nette (1). Mais elle se constate aussi si l'on s'attache à certains droits reconnus aux victimes d'une infraction ou au plaignant (2).

1) *La consécration des droits procéduraux du simple suspect*

63. Longtemps réservés à la personne mise en cause ayant acquis la qualité de la partie à la procédure, les droits procéduraux se sont étendus au « simple » suspect sous l'effet des droits européens, moins sensibles à la distinction suspect/personne poursuivie que ne l'était classiquement le droit français. Si ces droits se sont d'abord développés sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (a), les directives de l'Union tendant à rapprocher les législations internes inhérentes aux garanties procédurales des personnes mises en cause ont poursuivi l'édification d'un statut de suspect, générateur de droits procéduraux (b).

a) L'emprise de la jurisprudence européenne

64. Le droit européen des droits de l'Homme a, le premier, participé à l'extension de certains droits procéduraux à l'enquête¹⁷⁵, sous le paradigme des garanties offertes à la personne qui, suspectée d'une infraction, fait l'objet d'une mesure privative de liberté. Les exigences égrainées par la Cour européenne ont imposé l'identification du suspect (α) et la reconnaissance de certains droits à son profit, sur le fondement des articles 5 et 6 de la Convention (β).

¹⁷⁵ Pour des études plus complètes de cette première source d'influence, V. not., X. PIN, « L'évolution des droits de la défense depuis le Code d'instruction criminelle », H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (sous la dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, Saarbrücker Studien zum Internationalen Recht, n°44, p. 157, spéc. p. 160 ; J. PRADEL, « La montée des droits du délinquant au cours de son procès. Essai d'un bilan », in COLLECTIF, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier*, PUG, Grenoble, 1993, p. 223.

α) *L'identification du suspect en considération de la privation de sa liberté*

65. L'identification du suspect sous le paradigme de la privation de liberté

-. La première implication notable du droit européen des droits de l'Homme a été d'imposer l'identification du « simple » suspect, qui n'avait pas encore d'existence juridique en droit français¹⁷⁶. Celle-ci s'est réalisée en considération de la privation de liberté dont il pouvait faire l'objet et donc, des conditions énumérées par l'article 5 de la Convention. Aussi a-t-elle initialement concerné la personne gardée à vue.

66. La garde à vue a incontestablement une nature singulière. Si elle est évidemment un instant crucial, au cours duquel la personne mise en cause est directement confrontée aux autorités répressives, elle est surtout une mesure privative de liberté, entrant en conséquence dans le champ de l'article 5 de la Convention européenne¹⁷⁷. Cette disposition cardinale, destinée à prémunir contre des atteintes illégitimes à l'un des droits substantiels les plus sacrés de l'Homme – sa liberté –, délimite les hypothèses dans lesquelles il peut y être légitimement dérogé, avant de formuler un ensemble de garanties procédurales et de contrôle. Elle prévoit notamment qu'il peut être porté atteinte à cette liberté lorsqu'une personne à l'encontre de laquelle il existe « *des raisons plausibles de soupçonner qu'[elle] a commis une infraction* » est arrêtée et détenue en vue d'être conduite devant l'autorité judiciaire compétente¹⁷⁸ (article 5§1 c)). Cette exigence n'est finalement autre chose qu'une déclinaison des principes de nécessité et de proportionnalité dans le domaine particulier des privations de liberté avant jugement¹⁷⁹, subordonnant donc la régularité de ces mesures à l'existence d'une suspicion préalable¹⁸⁰.

¹⁷⁶ D. THOMAS, « Le suspect en quête d'un statut procédural » in COLLECTIF, *Mélanges Michel Cabrillac*, Ed. Dalloz-Litec, Paris, 1999, p. 423, spéc. n°8, pp. 427-428.

¹⁷⁷ Pour des études plus complètes de cet article, V. not., *Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Convention européenne des droits de l'homme (Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale) », par P. DOURNEAU-JOSETTE, spéc., n°193 et s. ; M. MACOVEI, *Liberté et sûreté de la personne. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Précis sur les droits de l'homme n°5, Direction générale des droits de l'homme Conseil de l'Europe, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2003 ; J. PRADEL, G. CORTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, Ed. Dalloz, Coll. « Précis », 3^e éd., Paris, 2009, spéc. n°346, p. 355 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n°374 et s., pp. 371 et s. et n°492 et s., pp. 523 et s. ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°254, pp. 156 et s., n°273, pp. 178-179 et n°381 et s., pp. 270 et s.

¹⁷⁸ La mesure n'est, ce faisant, compatible avec les exigences conventionnelles que lorsqu'elle a été décidée dans le but d'intenter une poursuite. Ceci ne signifie pas que toute privation de liberté doit être suivie d'une procédure pénale. L'objectif doit cependant être celui-ci lorsque la mesure est décidée. Cette souplesse permet de prendre en considération la dynamique des enquêtes pénales et la possibilité que les poursuites soient finalement superflues, impossibles ou peu souhaitables (M. MACOVEI, *Liberté et sûreté de la personne. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme*, préc., pp. 23 et s.).

¹⁷⁹ V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°254, pp. 156 et s.

¹⁸⁰ Par l'exigence de plausibilité du soupçon, il faut entendre celle d'un soupçon raisonnable, c'est-à-dire fondé sur des faits ou des informations établissant un lien objectif entre le suspect et l'infraction supposée. En d'autres termes, aucune privation de liberté ne peut valablement reposer sur des simples impressions, intuition, associations d'idées ou

67. Dans son rapport sur la mise en état des affaires pénales, la Commission Justice pénale et droits de l'Homme avait pointé les défaillances du droit français en vigueur qui, en l'état, autorisait les enquêteurs à placer en garde à vue toute personne susceptible « *de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets saisis* » et donc, indépendamment de toute suspicion à son encontre (C.P.P., articles 63, 77 et 154)¹⁸¹. Aussi avait-elle appelé à un resserrement des conditions de fond d'un placement en garde à vue, afin de le cantonner aux personnes à l'encontre desquelles existent des indices de participation à la commission d'une infraction. Le législateur y a procédé, à marche forcée¹⁸² et par touches successives¹⁸³, esquissant une première distinction entre le simple témoin, étranger à la commission de l'infraction, et le suspect qui, sans être pleinement étranger à celle-ci, n'est pas encore officiellement poursuivi¹⁸⁴.

préjugés. L'exigence de plausibilité ne signifie cependant pas non plus que les éléments sur lesquels reposent le soupçon puissent constituer à eux-seuls la preuve justifiant une condamnation (M. MACOVEI, *Liberté et sûreté de la personne. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme*, préc., pp. 23 et s.).

¹⁸¹ M. DELMAS-MARTY, S. LAVISGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, préc., p. 200.

¹⁸² V. not., Rapport n°44 sur le projet de loi portant réforme de la procédure pénale, Annexe au procès-verbal de séance du 12 nov. 1992, Présenté par J.-M. GIRAULT, spéc. pp. 36 et 41 (qui relevait que toute autre solution consistant à distinguer, « dès le début de la garde à vue, deux catégories de personnes [...], alors même qu'il faut bien souvent attendre les premiers éléments de l'enquête pour faire le départ entre le suspect, dont la garde à vue peut être prolongée, et le simple témoin, qui ne peut être retenu au-delà de vingt-quatre heures » était contestable, sur le plan de l'efficacité des procédures) ; V. ég., Rapport n°419, fait au nom de la commission des lois, sur la loi renforçant la présomption d'innocence, déposé le 10 juin 1999, Présenté par C. JOLIBOIS (qui, tout en admettant l'intérêt d'uniformiser les conditions d'un placement en garde à vue, quel que soit le cadre procédural, soulignait les difficultés pratiques de distinguer, à un instant précoce de l'enquête le suspect et le témoin, « la frontière entre l'absence d'indices et l'existence de tels indices [étant], dans certaines affaires, extrêmement ténue »).

¹⁸³ La loi du 4 janvier 1993 a interdit le placement en garde à vue d'un simple témoin dans le cadre des enquêtes préliminaires (C.P.P., article 77). La loi du 15 juin 2000 a généralisé cette interdiction pour satisfaire aux exigences conventionnelles (V., Rapport n°1468 sur la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, le 11 mars 1999, Présenté par C. LAZERGES, p. 20). La loi n°2002-307 du 4 mars 2002 complétant la loi du 15 juin précitée (*JORF* du 5 mars 2002, p. 4169) a substitué une formule plus proche de l'article 5§1 c) de la Convention à l'ancienne formulation – « [l']officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe des indices faisant ou tenté de commettre une infraction ». Si cette réécriture des dispositions en vigueur ne constituait, selon la Chancellerie, qu'une modification formelle des conditions de fond d'un placement en garde à vue, sans réelle conséquence pratique (Circ. CRIM 2002-01 E8/10-01-2002, *Application des dispositions relatives à la garde à vue résultant de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, 10 janv. 2002, point I. 1 ; Circ. CRIM 2002-07 E8/19-03-2002 portant présentation des dispositions de la loi n°2002-307 complétant la loi n°2000-516 du 15 juin 2000, point I, 2), elle n'en fut pas moins discutée par certains observateurs qui y voyait le risque de davantage de subjectivité. En ce sens, Monsieur Badinter avait indiqué que « [l]es indices [...] peuvent être matériels ou intellectuels, mais ils doivent exister. Ils ont [...] un caractère objectif et, s'ils sont objectifs, ils peuvent faire l'objet d'un contrôle par ceux qui ont pour mission, [...] de veiller au respect des libertés individuelles à propos de la garde à vue [...]. Mais la raison plausible, qui est en effet mentionnée dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés individuelles, c'est la subjectivité. Comment voulez-vous contrôler si vous n'avez pas, par ailleurs, les indices qui fondent ces raisons plausibles de soupçonner ? C'est, donc en partant des indices, et sur ce point votre circulaire m'avait tout à fait convaincu, que l'on peut parler de 'raisons plausibles de soupçonner'. C'est parce qu'il y a des indices qu'on a des raisons, mais si on fait disparaître les indices, il ne reste plus que la subjectivité » (SENAT, Compte-rendu de la séance du 7 novembre 2002). Pour une opinion critique à l'égard de cette substitution, V. ég., E. GILARDEAU, *Au crépuscule de la justice pénale*, L'Harmattan, Coll. « Questions contemporaines », Paris, 2011, pp. 96 et s.).

¹⁸⁴ D. THOMAS, « Le suspect en quête d'un statut procédural », préc. spéc. n°8, pp. 427-428.

68. Ce premier chantier, inscrit dans la lignée des exigences conventionnelles, mais aussi constitutionnelles¹⁸⁵ et législatives¹⁸⁶, s'est poursuivi avec la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue¹⁸⁷. Visant, notamment, à restreindre le nombre de placements en gardes à vue¹⁸⁸, dont l'augmentation était devenue préoccupante¹⁸⁹, la loi a clarifié et rendu plus exigeantes les conditions de fond les encadrant. Suivant les propositions du rapport « Léger »¹⁹⁰ et de l'avant-projet de futur code de procédure pénale¹⁹¹, elle a délimité le champ de la garde à vue aux infractions punies d'une peine d'emprisonnement (C.P.P., article 62-2, al. 1^e), quel que soit le cadre procédural, et consacré la solution prétorienne n'imposant un placement en garde à vue qu'en cas de contrainte¹⁹². La mesure reste donc facultative dans tous les autres cas (C.P.P., article 73, al. 2). Elle a surtout précisé les objectifs justifiant sa mise en œuvre sur le modèle des dispositions relatives à la détention provisoire (C.P.P., article 62-2), ce qui laissait d'emblée présager un infléchissement de la jurisprudence de la chambre criminelle en faveur d'un contrôle juridictionnel de la nécessité du placement en garde à vue¹⁹³. Cette première identification du suspect, impliquée par les termes de l'article 5 de la Convention, s'est accompagnée de la consécration progressive de certains droits

¹⁸⁵ DDHC, articles 7 et 9 ; V. ég., Cons. Const. Déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, *Gaz. Pal.*, 5 août 2010, p. 14, obs. O. BACHELET ; *AJDA* 2010, p. 1556, obs. S. BRONDEL ; *D.* 2010, p. 1928, ent. C. CHARRIÈRE-BOURNAZEL ; *Ibid.*, p. 1949, comm. P. CASSIA ; *Ibid.*, p. 2783, chron. J. PRADEL ; *AJ pén.*, 2010, p. 470, ét. J.-B. PERRIER ; *RTD Civ.*, 2010, p. 513, obs. P. PUIG et *Ibid.*, p. 517 ; *Procédures*, 2010, comm. n°382, obs. A.-S. CHAVENT-LECLERE ; *Ibid.*, Rep. 9, obs. H. CROZE ; *Constitution*, 2010, p. 571, obs. E. DAOUD et E. MERCINIER ; *JCP éd. G.*, 2010, 914, obs. F. FOURNIE ; *RPDP*, 2010, n° 3, p. 599, point de vue O. FOLL et J. POINAS ; *Ibid.*, p. 609, point de vue F. CASORLA ; *Ibid.*, p. 623, point de vue F. SAINT-PIERRE ; *RSC* 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *Ibid.*, p. 165, obs. B. DE LAMY ; Cons. Const. Déc. n° 2010-31 QPC, du 22 septembre 2010, *M. Bulent A. et autres*, consid. 4., *D.* 2010 p. 2162, obs. L. PRIOU-ALIBERT ; *RSC* 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY.

¹⁸⁶ C.P.P., article préliminaire, point III.

¹⁸⁷ L. n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, préc.

¹⁸⁸ Projet de loi n°2855 relatif à la garde à vue, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 octobre 2010, présenté par Mme M. ALLIOT-MARIE, spéc. p. 4 ; V. ég., Rapport n°3040 sur le projet de loi relatif à la garde à vue, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 octobre 2010, Présenté par P. GOSSELIN, spéc. p. 27 ; Rapport n°315 sur le projet de loi relatif à la garde à vue, Enregistré à la Présidence du Sénat le 16 février 2011, Présenté par F. ZOCCHETTO, spéc. p. 18.

¹⁸⁹ Cette hausse exponentielle du nombre de placements en garde à vue s'expliquait non seulement par un souci des enquêteurs de « sécuriser » les procédures en cours en raison des difficultés à définir la contrainte imposant un tel placement en garde à vue (F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°2531 et s., pp. 1724 et s.) mais également par le fait qu'il était devenu un indicateur de performance de l'activité des services de police (Sur ce point, V. not., F. ZOCCHETTO, Rapport n°315, préc., spéc., p. 18).

¹⁹⁰ P. LEGER (sous la dir.), Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale, remis le 1^e sept. 2009 à Monsieur le Président de la République et à Monsieur le Premier ministre, pp. 19 et s. Sur ce Rapport, V. not., V. SIZAIRE, « Quel modèle pour l'instruction », *AJ pén.* 2009, p. 388 et s. ; M. ROBERT, « Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un parquetier », *Ibid.*, p. 393 et s. ; A. BLANC, « L'audience pénale et le rapport Léger sur la réforme de la procédure pénale », *Ibid.*, p. 396 et s. ; J.-Y. LE BORGNE, « Le rapport Léger, le poids de l'habitude et la peur de la nouveauté », *Ibid.*, p. 400 et s.

¹⁹¹ Avant-projet de futur code de procédure pénale, version soumise à la concertation, 1^e mars 2010, articles 327-1 à 327-3.

¹⁹² Cass. crim., 11 oct. 2000, *Bull. crim.* n°296 ; Cass. crim., 6 déc. 2000, *Bull. crim.* n°367, *Procédures*, 2001, comm. 115, obs. J. BUISSON ; Cass. crim., 6 mai 2003, *Bull. crim.* n°93, *Procédures*, 2003, comm. 78, obs. J. BUISSON ; Cass. crim., 31 mai 2007, *Bull. crim.* n°146 ; *A contrario*, Cass. crim., 13 nov. 1996, *Bull. crim.* n°40 ; Cass. crim., 4 mars 1998, *Bull. crim.* n°84 ; Cass. crim., 7 sept. 2004, n°03-85956, *Dr. pén.* 2004, comm. 185, obs. A. MARON.

¹⁹³ V. *Infra*, n°526.

procéduraux à son profit, dont elle a en définitive constitué le support.

β) L'acquisition de droits procéduraux en considération d'une privation de liberté

69. L'impact de la jurisprudence européenne sur la consécration puis l'affirmation des droits du suspect gardé à vue est l'un des plus visibles. Il s'est opéré sur un double fondement et de manière progressive, contraignant le législateur français, parfois avec l'appui des Hautes juridictions nationales, à adapter en conséquence les dispositions du Code de procédure pénale. Si certaines adaptations ont résulté des impératifs inscrits à l'article 5 de la Convention, d'autres, qui furent aussi les plus importantes, ont procédé de l'interprétation de l'exigence du droit à une procédure équitable par la Cour européenne.

70. La reconnaissance d'un droit à l'information sur les raisons de la privation de liberté sur le fondement de l'article 5 de la Convention -. La condition de personne privée de sa liberté du suspect gardé à vue a naturellement impliqué la reconnaissance à son profit des garanties formulées par l'article 5 de la Convention. Au premier rang de celles-ci figure le droit d'être informé « *dans le plus court délai* » et dans « *un langage simple et accessible* », « *des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre [soi]* » (article 5§2), c'est-à-dire des « *raisons juridiques et factuelles de [l]a privation de liberté afin [de pouvoir] en discuter la légalité devant un tribunal* »¹⁹⁴. La Commission Justice pénale et droits de l'Homme avait également souligné les défaillances du droit français en la matière¹⁹⁵ qui, considération faite des conditions de fond d'un placement en garde à vue, n'en faisait pas mention. Si le législateur admettait qu'en pratique l'information requise était communiquée¹⁹⁶, la loi du 15 juin 2000 a toutefois légalement consacré le droit des personnes gardées à vue d'être informées, dès le début de la mesure, de « *la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête* » (C.P.P., articles 63-1 et 77)¹⁹⁷ ; la loi du 14

¹⁹⁴ CEDH, 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, Req. n°12244/86, 12245/86, 12383/86 (§40) ; CEDH, 28 oct. 1994, *Murray c. Royaume-Uni*, Req. n°14310/88 (§72) ; CEDH, [G.C.], 12 avr. 2005, *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, Req. n°36378/02 (§§413 et s.) ; CEDH, 30 nov. 2008, *Maire d'Eglise c. France*, Req. n°20335/04 (§59), *Dr. pén.* 2009, chron. 8, obs. V. LESCLOUS ; *RIDP* 2009/1, p. 338, obs. F. FOURMENT et al. Pour une étude complète de la jurisprudence européenne rendue sur le fondement de l'article 5§2, V., P. DOURNEAU-JOSETTE, « Convention européenne des droits de l'homme (Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale) », préc., n°193 et s.

¹⁹⁵ M. DELMAS-MARTY, S. LAVIGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, préc., p. 200.

¹⁹⁶ Rapport n°419 sur le projet de loi sur la présomption d'innocence et propositions de loi relatives aux gardes à vue et à la détention provisoire, Enregistré à la Présidence du Sénat le 10 juin 1999, présenté par M. Ch. JOLIBOIS, spéc. p. 27.

¹⁹⁷ Certains auteurs avaient toutefois discuté l'insuffisance de la loi interne, estimant que « [p]our que le droit procédural français atteigne enfin [le] niveau de garantie, il faudrait que lors de son placement en garde à vue, le suspect soit informé, non seulement de la nature juridique de l'infraction recherchée, mais encore de l'existence des indices

avril 2011 en a précisé les termes, imposant une information sur la « date présumée » de la commission de l'infraction (C.P.P., article 63-1, 2°). C'est surtout, cependant, dans l'interprétation de l'article 6 de la Convention par la Cour de Strasbourg, que l'affirmation des droits de la personne gardée à vue a puisé sa principale origine.

71. L'interprétation de l'article 6 de la Convention au fondement de la consécration puis de l'affirmation des droits procéduraux de la personne gardée à vue -. Le droit à un procès équitable énoncé à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme fait l'objet d'une appréciation non seulement *in concreto* mais également *in globo*, en ce sens que si les instances européennes estiment de longue date que cette disposition a pour objectif essentiel d'assurer l'équité de la procédure au stade du procès *stricto sensu*, l'effectivité de cette garantie implique qu'elles ne se désintéressent pas des phases antérieures à celui-ci¹⁹⁸. En son temps déjà, la Commission européenne avait estimé que l'article 6§3 b) de la Convention, qui garantit à l'accusé le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires pour préparer sa défense, « impliqu[ait] la nécessité de prendre certaines mesures avant le procès lui-même »¹⁹⁹. Elle admettait parallèlement que dès lors que ce paragraphe 3 n'indiquait pas « à quel stade de la procédure il s'appliquait », il laissait « une place à une interprétation à cet égard », la Commission précisant toutefois qu'il appartenait « à un groupe de dispositions qui [pouvait] s'appliquer au procès lui-même autant qu'à une phase antérieure à la procédure »²⁰⁰. La Cour européenne jugeait, dans le même temps, que la prise en compte, au stade du procès, d'aveux recueillis au cours d'une longue période de garde à vue au secret, et donc sans assistance d'un avocat, appelait des réserves²⁰¹. Elle estime dorénavant, par une formule aujourd'hui usuelle²⁰², que si « l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un "tribunal" compétent pour décider "du bien-fondé de l'accusation" [...] » certaines de ses exigences « et notamment son paragraphe 3, peuvent [...] jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès »²⁰³. C'est sur la base de

relevés à son encontre et qui ont motivé la mesure policière » (D. THOMAS, « Le suspect en quête d'un statut procédural », préc., p. 435). D'autres discutaient sa formulation, rappelant que « la nature de l'infraction » renvoie au « point de savoir s'il s'agit d'une infraction de droit commun ou politique, instantanée ou continue » (M.-L. RASSAT, « À remettre sur le métier - Des insuffisances de la réforme de la garde à vue », préc.).

¹⁹⁸ V. déjà., Com. EDH, 7 déc. 1982, *X. c. République Fédérale d'Allemagne*, Req. n°9578/81 ; Com. EDH, 13 juil. 1983, *W. c. Suisse*, Req. n°9022/80 ; V. ég., Com. EDH, Rapport, 12 juil. 1984, *Can c. Autriche*, (§47).

¹⁹⁹ Com. EDH, Rapport, 12 juil. 1984, *Can c. Autriche*, (§47).

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ CEDH, 6 déc. 1988, *Barbera, Messgué et Jabardo c. Espagne*, Req. n°10590/83 (§87).

²⁰² V. not., CEDH [G.C.], 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, Req. n°36391/01 (§50), *Actualités droits-libertés*, 28 nov. 2008, note N. HERVIEUX ; *Dr. pén.* 2009, chron. 4, E. DREYER ; *JCP éd. G.*, I. 104, chron. F. SUDRE ; *CPDH*, 18 nov. 2009, obs. O. BACHELET ; CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*, Req. n°54729/00 (§68), *JCP éd. G.*, 2010, 859, n°12, obs. F. SUDRE ; CEDH, 24 juil. 2012, *Stanca c. Roumanie*, Req. n°34116/04 (§61) ; CEDH [G.C.], 20 oct. 2015, *Dvorski c. Croatie*, Req. n° 25703/11 (§76).

²⁰³ CEDH, 24 nov. 1993, *Imbrioscia c. Suisse*, Req. n°13972/88 (§36).

cette interprétation jurisprudentielle, précisée et développée au fil des arrêts européens, que les droits procéduraux du suspect gardé à vue se sont progressivement affirmés.

72. La reconnaissance initiale de droits embryonnaires -. Là encore, la Commission Justice pénale et droits de l'Homme, faisant cas des doutes émis par la Cour à l'endroit des aveux d'un suspect non assisté d'un avocat lors de sa garde à vue, avait pressé le législateur de combler les lacunes du droit français, encore exclusif de tous véritables droits procéduraux au stade de celle-ci. Elle l'encourageait plus précisément à autoriser le suspect gardé à vue à refuser d'être interrogé avant d'avoir pu s'entretenir avec un avocat, physiquement présent ou – en cas d'impossibilité – via un entretien téléphonique, l'intervention de l'avocat étant alors essentiellement conçue comme un moyen d'assurer à l'intéressé une information appropriée²⁰⁴. Ses propositions, que le législateur n'a que partiellement reprises, ont inspiré une première évolution dans un contexte globalement propice au renforcement de la protection de la personne privée de sa liberté²⁰⁵. Malgré l'hostilité d'une partie des parlementaires à l'égard de ce droit²⁰⁶, la loi du 4 janvier 1993 a consacré le droit du suspect gardé à vue à un entretien de trente minutes avec un avocat²⁰⁷. Durant une période transitoire, le bénéfice de ce droit était reporté à la vingtième heure de privation de liberté, sauf dans une série d'hypothèses dans lesquelles la garde à vue faisait l'objet de dispositions dérogatoires (C.P.P., *anc.* article 63-4). A l'issue de cette période, ce droit devait être acquis dès le début de la mesure, sauf dans les hypothèses susmentionnées pour lesquelles il était reporté à la première prolongation. Après un changement de majorité parlementaire, le report de ce droit à la vingtième heure était finalement maintenu et l'intervention de l'avocat au cours d'une garde à vue décidée dans le cadre d'enquêtes portant sur des faits de participation à une association de malfaiteurs, de proxénétisme, d'extorsion de fonds aggravés ou certaines infractions commises en bande organisée reportée à la trente-sixième heure (C.P.P., *anc.* article 63-4)²⁰⁸. Le législateur avait d'ailleurs ambitionné de supprimer le bénéfice de celle-ci lors des gardes à vue se rapportant à des faits de terrorisme et de trafics de stupéfiants, avant d'être freiné dans son emballement par le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 11 août 1993,

²⁰⁴ M. DELMAS-MARTY, S. LAVISGNES et *al.*, *La mise en état des affaires pénales*, préc., p. 200.

²⁰⁵ La Cour européenne venait en effet de condamner la France pour violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Tomasi* du 27 août 1992 (CEDH, 27 août 1992, *Tomasi c. France*, JDI 1993, p. 740, obs. DECAUX et TAVERNIER ; RSC 1993, p. 142, obs. L.-E. PETITTI ; RUDH 1993, p. 1, obs. F. SUDRE et a. ; *Gaz. Pal.* 4 oct. 1992, 28, note VORMS ; D. 1993, Somm. 383, obs. RENUCCI).

²⁰⁶ J.-M. GIRAULT, Rapport n°44, sur le projet de loi portant réforme de la procédure pénale, préc., pp. 38 et s. ; Rapport n°94 sur le projet de loi portant réforme de la procédure pénale, Annexe au procès-verbal de la séance du 9 décembre 1992, Présenté par J.-M. GIRAULT, spéc. p. 23.

²⁰⁷ L. n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, préc.

²⁰⁸ L. n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, JORF du 25 août 1993, p. 11992.

devait estimer que si ce droit pouvait faire l'objet de restrictions en considération de la gravité de l'infraction, il ne pouvait être pleinement exclu (consid. 12) puisqu'il constituait « *un droit de la défense qui s'exerce durant la phase d'enquête* » (consid. 11)²⁰⁹. La loi du 1^{er} février 1994²¹⁰ palliait les conséquences de cette censure en reportant, dans le cadre des gardes à vue relatives à de tels faits, le droit à un entretien avec un avocat à l'issue de la soixante-douzième heure de privation de liberté (C.P.P., *anc.* article 63-4 *in fine*). Ce n'est finalement qu'avec la loi du 15 juin 2000²¹¹, également adoptée dans un climat favorable au renforcement de la protection de la personne gardée à vue²¹² et sous-tendue par la volonté du législateur d'aligner la législation française sur celle de la plupart des Etats européens²¹³, que le droit de s'entretenir avec un avocat dès le début de la mesure devait s'imposer (C.P.P., *anc.* article 63-4, al. 1^{er}) ; l'entretien à la vingtième heure et, le cas échéant, à la trente-sixième heure étaient parallèlement maintenus. Globalement favorable à l'affermissement des droits procéduraux des personnes mises en cause dans une procédure pénale, cette loi avait néanmoins conservé les dérogations jusqu'alors admises (C.P.P., *anc.* article 63-4, al. 7 et 10). La loi du 15 juin 2000 consacrait, en parallèle, l'information du suspect sur son droit de garder le silence qui, discutée par une partie de la doctrine²¹⁴ et contestée par les praticiens²¹⁵, devait finalement être supprimée par la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure²¹⁶. Si elle n'est pas revenue sur le droit du suspect de s'entretenir avec un avocat dès les premières heures d'une garde à vue de « droit commun », la loi du 9 mars 2004, inspirée par l'objectif d'efficacité de la procédure, a en revanche multiplié les dérogations à ce droit et, en parallèle de nouvelles dispositions permettant de prolonger la garde à vue au-delà de quarante-huit heures, reporté l'intervention de l'avocat à la quarante-

²⁰⁹ Cons. Const., Déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993, Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale, préc.

²¹⁰ L. n° 94-89 du 1 février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *JORF* 2 fév. 1994, p. 1803.

²¹¹ L. n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JO* 16 juin 2000, *RSC* 1999, p. 167, comm. C. LAZERGES ; *Gaz. Pal.* 22 juin 2000, p. 11, comm. C. CHARBONNEAU et F.-J. PANSIER ; *Gaz. Pal.* 29 juin 2000, p. 3, comm. C. CHARBONNEAU et F.-J. PANSIER ; *Gaz. Pal.* 30 juin 2000, p. 6, comm. C. CHARBONNEAU et F.-J. PANSIER ; *JCP éd. G.* 2000.1299, comm. F. LE GUNEHÉC ; *RSC* 2001, p. 7, comm. C. LAZERGES ; *D.* 2001, p. 1039, comm. J. PRADEL.

²¹² La France venait d'être une deuxième fois condamnée pour violation de l'article 3 de la Convention, à l'occasion d'une garde à vue (CEDH, 28 juil. 1999, *Selmouni c. France*, Req. n°25803/94, *RSC* 1999, p. 891, obs. F. MASSIAS ; *JCP éd. G.* 1999, II. 10193, note F. SUDRE ; *RTD Civ.* 1999, p. 911, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.* 2000, Somm. 179, obs. J.-F. RENUCCI ; *Ibid.*, Somm. 31, obs. Y. MAYAUD ; *RGDIP* 2000, p. 181, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *RTDH* 2000, p. 138, obs. P. LAMBERT).

²¹³ Rapport n°1468 sur la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, le 11 mars 1999, par C. LAZERGES, p. 19.

²¹⁴ M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, PUF, Coll. « Droit privé fondamental », 2001 (L'auteur y voyant une « absurdité » ou « une formule de bonne conscience » puisque la torture ayant été abolie, rien ni personne ne pouvait le contraindre à parler).

²¹⁵ X. PIN, « L'évolution des droits de la défense depuis le Code d'instruction criminelle », préc., p. 167.

²¹⁶ L. n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JORF* 19 mars 2003, p. 4761 (article 19).

huitième heure dans une série d'hypothèses (C.P.P., *anc.* articles 63-4 et 706-88)²¹⁷. En « contrepartie de l'amélioration des instruments mis à la disposition des services en charge des investigations »²¹⁸, le législateur a toutefois inséré deux nouvelles dispositions. L'une, qui demeure en vigueur, permet au suspect gardé à vue, lorsqu'il a été fait application des dispositions dérogatoires prévues en matière de délinquance et de criminalité organisées, d'interroger, six mois après son placement en garde à vue, le procureur de la République sur les suites données ou susceptibles d'être données à l'enquête. Surtout, en cas de poursuite de l'enquête préliminaire, il est informé, dans les deux mois suivants la réception de sa demande, qu'il peut solliciter que son avocat puisse consulter le dossier de l'enquête avant toute nouvelle audition (C.P.P., article 706-105)²¹⁹. L'autre, abrogée par la loi du 27 mai 2014 qui a généralisé ces dispositions²²⁰, renforçait, elle, les droits de la personne déférée devant le procureur de la République, lui reconnaissant en particulier le droit d'être assistée d'un avocat lors du défèrement (C.P.P., article 706-106²²¹).

73. La remise en cause de la conventionnalité et de la constitutionnalité de ces dispositions et l'affirmation consécutive des droits du suspect gardé à vue -.

La jurisprudence de la Cour européenne, suivie par le Conseil constitutionnel et la chambre criminelle, a impliqué de nouvelles adaptations du droit interne, dont la conventionnalité mais aussi la constitutionnalité étaient remises en cause. Il serait évidemment hors de propos de revenir, en détail, sur les arrêts et décisions qui ont inspiré la loi du 14 avril 2011, parfaitement connus et largement commentés. Aussi, nous contenterons-nous de les rappeler le plus succinctement possible, pour ce qu'ils éclairent l'interprétation de la Cour et les raisons au cœur de l'affermissement du droit à l'assistance d'un avocat lors d'une garde à vue.

²¹⁷ Sur les discussions relatives à cette adaptation, inspirée par un souci de simplification du droit en vigueur, V. not., Rapport n°441 sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Enregistré à la Présidence du Sénat le 24 septembre 2003, présenté par F. ZOCCHETTO, spéc. p. 67 et s. ; V. ég., Rapport n°856 sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 mai 2003, Présenté par J.-L. WARSMANN, pp. 71 et s.

²¹⁸ J.-L. WARSMANN, Rapport n°856, préc. p. 16.

²¹⁹ V. ég., par renvoi à ces dispositions, C.P.P., article 706-1-1.

²²⁰ L. n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JORF*, 28 mai 2014, p. 8864.

²²¹ M. BROCHIER et K. LEE, « À propos d'une disposition oubliée : l'article 706-106 du code de procédure pénale », *AJ pén.* 2009, p. 447.

74. Différents arrêts européens – les arrêts *Imbrioscia*²²², *John Murray*²²³, *Averil*²²⁴ et

²²² CEDH, 24 nov. 1993, *Imbrioscia c. Suisse*, préc. (Dans celui-ci, les juges européens ont confirmé, dans une affaire mettant en cause la validité de l'audition secrète d'un suspect, la méthode d'appréciation *in globo* du caractère équitable de la procédure, qui implique de ne pas se désintéresser des phases antérieures au procès *stricto sensu*. Il ont indiqué, pour la première fois, que si « l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un 'tribunal' compétent pour décider 'du bien-fondé de l'accusation', [...] il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement » (§36). En effet, certaines exigences formulées par l'article 6, « et notamment » celles mentionnées dans son troisième paragraphe, « peuvent [...] jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès » (*ibid.*). Ils ont précisé que le droit de se défendre seul ou avec l'assistance d'un défenseur de son choix ou, le cas échéant commis d'office, « constitue [en effet] un élément, parmi d'autres, de la notion de procès équitable en matière pénale, contenue aux paragraphes 1 » (§37). Or, si faute de précision, l'article 6 laisse « aux Etats contractants le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de le garantir », il n'en reste pas que « la tâche de la Cour consiste à rechercher si la voie qu'ils ont empruntée cadre avec les exigences d'un procès équitable » (§38). Pour la Cour, cela implique de prendre en considération « l'ensemble des procédures internes dans l'affaire considérée » (*ibid.*). En l'espèce, les juges européens ont néanmoins conclu, après un « examen global de la procédure », que le seul fait que l'intéressé n'ait pas été assisté de son conseil durant certains de ses interrogatoires ne l'avait pas privé d'un procès équitable (§44). A cet effet, ils ont relevé qu'au-delà d'une défaillance de l'avocat initialement désigné par le requérant, qui ne pouvait être imputée à l'Etat, le conseil ultérieurement commis d'office n'avait pas contesté l'absence d'un avocat lors des interrogatoires antérieurs de son client au cours de la procédure interne et, qu'au demeurant, les débats devant les juridictions du fond avaient été entourés de « garanties suffisantes » (§§39 et s.).

²²³ CEDH, 8 fév. 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*, Req. n°18731/91, *Procédures* 1996, n°194, obs. J. BUISSON ; *RSC* 1997, p. 481, obs. R. KOERING-JOULIN ; *Justice* 1997, n°5, p. 203, obs. G. COHEN-JONATHAN (Cet arrêt a permis à la Cour de préciser sa jurisprudence inhérente au droit à la présence d'un avocat au cours d'une mesure privative de liberté avant jugement. Dans celui-ci le requérant, arrêté et retenu en application d'une loi portant dispositions provisoires sur la prévention du terrorisme de 1989, s'était vu notifier, conformément au droit en vigueur, l'avertissement suivant : « Vous n'êtes pas tenu de dire quoi que ce soit sauf si vous le souhaitez; mais je dois vous avertir que si vous omettez de mentionner un fait quelconque que vous invoquerez pour votre défense devant le tribunal, cette omission de vous prévaloir de cette possibilité peut être retenue par le tribunal comme corroborant un élément de preuve à charge. Si vous souhaitez dire quelque chose, votre déclaration pourra être produite comme preuve ». Il s'était également vu refuser, conformément à la législation sur l'état d'urgence en Irlande du Nord de 1987, le droit de s'entretenir avec un solicitor pendant quarante-huit heures à compter du début de sa détention, le commissaire principal étant fondé à croire que l'exercice de ce droit entraverait l'enquête ou compliquerait les opérations visant à prévenir la commission d'un autre acte de terrorisme. Interrogé à plusieurs reprises durant cette période, le requérant avait été à chaque fois avisé des conséquences de son silence éventuel. Il avait néanmoins décidé d'en faire usage. Lors de son premier interrogatoire suivant son entretien avec son solicitor, au cours duquel ce dernier ne put assister, il indiquait, sur conseil de celui-ci, ne souhaiter répondre à aucune question posée. Lors de son procès, il avait également choisi de ne pas déposer, ni de citer de témoins. Des conclusions défavorables étaient partiellement tirées de son attitude au cours de la procédure. Devant la Cour européenne, il arguait d'une violation de son droit au silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination, garantis par les normes internationales et déduits de l'article 6 de la Convention, ainsi que de la méconnaissance de son droit à l'assistance d'un solicitor. Si la Cour devait d'abord conclure, en considération des garanties encadrant la prise en compte de son attitude pour justifier sa condamnation (§§41-57), à la non-violation de son droit de ne pas s'auto-incriminer, elle estimait, en revanche, que l'ajournement de son droit à un entretien avec un solicitor durant les quarante-huit premières heures de sa garde à vue constituait, dans les circonstances particulières de l'espèce, une violation de l'article 6§1 combiné à l'article 6§3 c) de la Convention. Dans la lignée de l'arrêt *Imbrioscia*, elle a d'abord rappelé que l'article 6 de la Convention et, notamment son paragraphe 3, peut jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où l'inobservation initiale des garanties qu'il formule risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès. La Cour a surtout ajouté que lorsqu'« une législation nationale peut attacher à l'attitude d'un prévenu à la phase initiale des interrogatoires de police des conséquences déterminantes lors de toute procédure pénale ultérieure, l'article 6 exige normalement que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police », sauf à ce qu'il existe « des raisons valables » de restreindre ce droit. Elle a ensuite précisé que, dans chaque cas, il s'agit de savoir si, « à la lumière de l'ensemble de la procédure, la restriction a privé l'accusé d'un procès équitable » (§63). Or, en l'espèce, la Cour a observé que l'intéressé se heurtait, depuis le début des interrogatoires de police, « à un profond dilemme en ce qui concerne sa défense ». En effet, s'il choisissait de garder le silence, des conclusions défavorables pouvaient être tirées de son attitude. En revanche, s'il choisissait de rompre ce silence au cours de son interrogatoire, il s'exposait à compromettre sa défense sans nécessairement lever le risque que des conclusions soient tirées en sa défaveur. Pour la Cour, « [d]ans ces conditions, la notion d'équité consacrée par l'article 6 [exigeait] que l'accusé ait le bénéfice de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de l'interrogatoire de police ». En effet, « [d]énier cet accès pendant les quarante-huit premières heures de celui-ci alors que les droits de la défense peuvent fort bien subir une atteinte irréparable, est – quelle qu'en soit la justification – incompatible avec les droits que l'article 6 reconnaît à l'accusé » (§66).

²²⁴ CEDH, 6 juin 2000, *Averil c. Royaume-Uni*, Req. n°36408/97 (Dans celui-ci, la Cour a confirmé la position qui avait été la sienne dans son arrêt *John Murray* précité, étant toutefois observé que la période durant laquelle le requérant avait été privé de son droit de consulter un avocat, dans des conditions semblables, était néanmoins plus courte que

*Magee*²²⁵ – pouvaient déjà apparaître comme la prémisse d’une évolution des exigences de la Cour, que les arrêts *Salduz*²²⁶ et *Dayanan*²²⁷ – pour ne citer que les plus connus – ont explicitement amplifié en stigmatisant les législations internes restreignant, sur la base de dispositions systématiques l’intervention de l’avocat dès le début d’une garde à vue. L’arrêt *Brusco contre France* a parachevé cet édifice²²⁸.

75. Dans son arrêt *Salduz contre Turquie* du 27 novembre 2008, la Grande Chambre a rappelé le principe connu suivant lequel les garanties du procès équitable doivent jouer dans la phase antérieure du procès *stricto sensu*, dès lors que leur inobservation initiale risque de compromettre durablement l’équité de la procédure (§50). Il en va ainsi du droit de bénéficier de l’assistance d’un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police lorsque la législation nationale peut attacher à l’attitude d’un prévenu durant cette phase des conséquences déterminantes pour les perspectives de la défense lors de toute procédure pénale ultérieure (§52). Elle a ensuite rappelé, comme dans ses arrêts *John Murray* ou *Magee* précités, que ce droit, qui n’est pas énoncé expressément par la Convention, peut être soumis à des restrictions valables et qu’il lui revient, en conséquence, d’apprécier, « dans chaque cas » si la restriction litigieuse est justifiée et, dans l’affirmative, si à la lumière de la procédure envisagée dans son ensemble, l’accusé a néanmoins bénéficié d’un procès équitable. La Cour a alors souligné l’importance de l’enquête pour la préparation du procès puisque les preuves obtenues durant celles-ci « déterminent le cadre dans lequel l’infraction imputée sera examinée au procès » (§54). En parallèle, elle a fait observer la vulnérabilité particulière dans laquelle se trouve souvent un accusé

dans cette dernière affaire. La Cour a cependant jugé que le refus d’autoriser l’accusé de consulter un avocat au cours des vingt-quatre premières heures de son interrogatoire « [devait] tout de même être jugé incompatible avec les droits garantis par l’article 6 » (§60), ajoutant que, « [d]ans un souci d’équité », il aurait dû disposer de « l’accès à un avocat avant le début de son interrogatoire » (*ibid.*). (Nous soulignons).

²²⁵ CEDH, 6 juin 2000, *Magee c. Royaume-Uni*, Req. n°28135/95 (Cet arrêt a d’intéressant que la Cour européenne s’est intéressée, comme elle y était invitée par le requérant, au poids qu’avait pu avoir « l’environnement oppressant et effroyable » dans lequel il avait été « détenu au secret et soumis, pendant des périodes prolongées, à un feu roulant de questions par des équipes d’inspecteurs qualifiés qui se relayaient pour l’interroger, au mépris de son souhait, clairement exprimé le premier jour de sa détention ». La Cour a fait remarquer que « [l]’austérité des conditions de détention du requérant et le fait qu’il ait été coupé de l’extérieur [avait été] conçus pour exercer une coercition psychologique et briser [sa] résolution de garder le silence ». Elle a estimé qu’« [e]n égard à ces considérations [...] pour l’équité de la procédure, le requérant aurait dû avoir accès à un sollicitor dès les premiers stades de l’interrogatoire, ce pour contrebalancer l’atmosphère intimidante destinée à vaincre sa volonté et à le faire passer aux aveux devant les personnes qui l’interrogeaient » (§43). Elle a ajouté que « refuser l’accès à un avocat pendant une période aussi longue, alors que les droits de la défense peuvent fort bien subir une atteinte irréparable, est – quelle qu’en soit la justification – incompatible avec les droits que l’article 6 reconnaît à l’accusé » (§44) ; ce, d’autant que les aveux passés par l’intéressé étaient devenus « l’élément clé des réquisitoires » et avaient « fondé sa condamnation » (§45) (Nous soulignons)).

²²⁶ CEDH [G.C.], *Salduz c. Turquie*, préc.

²²⁷ CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan c. Turquie*, préc., CPDH, 18 nov. 2009, obs. O. BACHELET ; *Gaz. Pal.* 23 oct. 2010, p. 2, obs. C. CHARRIÈRE-BOURNAZEL ; *Gaz. Pal.* 3 déc. 2009, p. 19, obs. H. MATSOPOULOU ; *D.* 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; *RSC* 2010, p. 23, obs. D. ROETS ; *Dr. pén.* 2010, chron. 4, E. DREYER ; V. ég., E. VERGES, « L’enquête pénale au cœur d’un changement de paradigme : le statut et les droits de la personne mise en cause dans la procédure pénale », *RPDP* 2009, p. 837.

²²⁸ CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c. France*, Req. n°1466/07, *D.* 2010, p. 2950, obs. J.-F. RENUCCI ; *Ibid.* p. 2850, obs. D. GUÉRIN ; *JCP éd. G.*, act. 1064, obs. F. SUDRE ; *Procédures* 2010, comm. 419, A.-N. CHAVENT-LECLERE ; *Dr. pén.* 2010, ét. 29, C. MAURO ; *RSC* 2011, p. 211, comm. D. ROETS ; *Dr. pén.* 2011, chron. 7, V. LESCLOUS.

à ce stade de la procédure, vulnérabilité qui, selon ses termes, « *ne peut être compensée de manière adéquate que par l'assistance d'un avocat, dont la tâche consiste notamment à faire en sorte que soit respecté le droit de tout accusé de ne pas s'incriminer lui-même* » (*ibid.*). Aussi, un prompt accès à un avocat fait partie des garanties procédurales auxquelles la Cour doit nécessairement prêter une attention particulière lorsqu'elle examine la question de savoir si une procédure a anéanti la substance même du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Suivant les nombreuses recommandations du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (§§39-40), elle a enfin souligné que le droit de tout détenu à l'intervention d'un avocat est une garantie fondamentale contre les mauvais traitements infligés à l'intéressé au cours de ses interrogatoires (§54). Dans ces conditions, la Cour a estimé que « *pour que le droit à un procès équitable [...] demeure suffisamment "concret et effectif", il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police [...] sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit* » (§55). Il en va notamment ainsi de l'existence d'un besoin urgent de prévenir une atteinte grave à la vie privée, à la liberté ou à l'intégrité physique « *démontrée de façon convaincante [...] dans un cas donné* » par les autorités nationales²²⁹, étant précisé que « *pour déterminer si l'existence de raisons impérieuses a été démontrée, il est important de vérifier si la décision de restreindre l'assistance juridique avait une base en droit interne et si la portée et la teneur de toutes les restrictions à cet accès étaient suffisamment encadrées par la loi de manière à aider les personnes chargées de leur application concrète dans leur prise de décisions* »²³⁰. Toutefois, même lorsque des raisons impérieuses peuvent justifier « *exceptionnellement* » le refus de l'accès à un avocat, de telles restrictions, « *quelle que soit [leur] justification* » ne doivent pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6 de la Convention. Or, pour la Cour, « *[i]l est en principe porté une atteinte irréversible aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation* » (§55).

La Grande Chambre a depuis tempéré ces principes dans ses arrêts *Ibrahim et autres*

²²⁹ CEDH, [G.C.], 13 sept. 2016, *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09 (§§258), *Dalloz actualité*, 15 sept. 2016, obs. A. PORTMANN ; RSC 2017, p. 130, obs. J.-P. MARGUENAUD. La Cour a rappelé ces précisions dans son arrêt *Simeonovi contre Bulgarie* (CEDH [G.C.], 12 mai 2017, *Simeonovi c. Bulgarie*, Req. n°21980/04 (§§116-118)).

²³⁰ *Ibid.*, (§§258-259).

*contre Royaume-Uni*²³¹ précité et *Simeonovi contre Bulgarie*²³².

Dans son arrêt *Salduz*, la Cour devait néanmoins admettre que le caractère systématique de l'exclusion du droit à l'intervention d'un avocat selon le droit turc en vigueur « *suffi[sait] déjà à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6* » (§56), relevant, au surplus, qu'en l'espèce, les déclarations faites par le requérant lors de ses interrogatoires avaient ultérieurement fondé sa condamnation (§§57-58).

En définitive, pour les juges de Strasbourg, si le requérant avait certes eu l'occasion de contester les preuves à charge lors de son procès en première instance et en appel, « *l'impossibilité pour lui de se faire assister lorsqu'il se trouvait en garde à vue a[vait] irrémédiablement nui à ses droits de la défense* » (§62). Ils ont donc conclu à la violation de l'article 6§3 c), relatif au droit à l'assistance d'un avocat, combiné avec l'exigence plus générale du droit à un procès équitable (§63). Au terme de cet arrêt, il se déduisait qu'une personne interrogée par des services d'enquête au cours d'une mesure privative de liberté devait bénéficier de l'accès à un avocat dès son premier interrogatoire et que, si des restrictions étaient effectivement admises, elles devaient reposer sur des raisons concrètes et impérieuses, de telle sorte que toute dérogation systématique était contestable sur le plan des exigences conventionnelles.

76. L'arrêt *Dayanan* du 13 octobre 2009 a apporté certaines précisions, déliant davantage le droit à l'assistance d'un avocat du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination puisque le requérant avait, dans cette affaire, gardé le silence durant ses interrogatoires. La Cour a cependant confirmé les principes dégagés dans son arrêt *Salduz* précité, rappelant en effet que « *d'une manière générale, aux fins de l'article 6 de la Convention [...] l'équité de la procédure requiert [...] que le suspect jouisse de la possibilité de se faire assister par un avocat dès le moment de son placement en garde à vue* » (§31) et cela « *indépendamment des interrogatoires qu'il subit* » (§32). Elle a ajouté que « *l'équité de la procédure requiert [en effet] que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. A cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement*

²³¹ *Ibid.* (La Cour a indiqué que « *l'absence de "raisons impérieuses" de restreindre l'accès à un avocat n'emporte pas à elle seule violation de l'article 6 §§ 1 et 3 c) de la Convention* (§262). En effet, en cas d'absence de telles raisons, « *la Cour doit opérer un contrôle très strict de l'équité de la procédure pénale* », l'incapacité du gouvernement défendeur à établir l'existence de raisons impérieuses pesant lourdement dans la balance lorsqu'il s'agit d'apprécier globalement l'équité du procès. C'est alors au gouvernement défendeur, indique-t-elle, « *qu'il incombe d'expliquer de façon convaincante pourquoi, à titre exceptionnel et au vu des circonstances particulières du cas d'espèce, la restriction de l'accès à l'assistance juridique n'a pas porté une atteinte irrémédiable à l'équité globale du procès* » (§265). Si, au contraire, l'existence de raisons impérieuses de restreindre l'accès à un avocat est jugée établie, un examen global de l'ensemble de la procédure doit néanmoins être conduit de manière à déterminer si celle-ci a été équitable au sens de l'article 6§1 (§264)).

²³² CEDH [G.C.], 12 mai 2017, *Simeonovi c. Bulgarie*, Req. n°21980/04 (§§116-118). Dans celui-ci, la Grande Chambre a repris les précisions qu'elle avait apporté dans son arrêt *Ibrahim* précité.

exercer » (*ibid.*)²³³.

77. Parmi les très nombreux arrêts qui ont confirmé les standards ainsi dégagés²³⁴, l'arrêt *Brusco*, qui a concerné la France²³⁵, a eu pour intérêt de trancher plus clairement la question de la présence de l'avocat lors des interrogatoires. Les juges européens ont indiqué que « *la personne placée en garde vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de [celle-ci] ainsi que pendant les interrogatoires, et ce a fortiori lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire* » (§45). Ils ont ainsi établi un lien étroit entre la présence de l'avocat, la notification du droit au silence et, donc, la préservation du droit de ne pas s'auto-incriminer. L'exigence d'une notification du droit de se taire est plus nettement ressortie d'arrêts plus récents²³⁶.

78. Les standards progressivement précisés par la Cour européenne, qui permettaient une analyse critique des dispositions françaises – parce qu'elles concédaient un report systématique du droit à l'assistance d'un avocat au regard de la seule qualification juridique des faits, n'autorisaient pas sa présence durant les interrogatoires et n'assuraient pas la notification du droit de garder le silence –, se sont néanmoins imposés, en droit interne, par l'intermédiation du Conseil constitutionnel et de la chambre criminelle, qui ont en cela illustré le dialogue qui se noue entre la juridiction européenne et les Hautes juridictions françaises.

79. Le premier glas a été sonné par les Sages dans leur décision du 30 juillet 2010²³⁷, le Conseil concluant à l'inconstitutionnalité du seul régime des gardes à vue de droit commun. A cet effet, il a dû observer un changement de circonstances (consid. 18)²³⁸, qu'il a recherché dans l'évolution générale de la mise en état des affaires pénales

²³³ Sur l'interprétation de ce paragraphe, V. *Infra*, n°731.

²³⁴ V. not., CEDH, 9 fév. 2010, *Boz c. Turquie*, Req. n°2039/04, (§§33-36) ; CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*, Req. n°54729/00 (§§82-92) ; CEDH [G.C.], 23 mars 2016, *Blokhin c. Russie*, Req. n°47152/06 (§197).

²³⁵ CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c. France*, Req. n°1466/07, D. 2010, p. 2950, obs. J.-F. RENUCCI ; *Ibid.* p. 2850, obs. D. GUÉRIN ; *JCP éd. G.*, act. 1064, obs. F. SUDRE ; *Procédures* 2010, comm. 419, A.-N. CHAVENT-LECLERE ; *Dr. pén.* 2010, ét. 29, C. MAURO ; *RSC* 2011, p. 211, comm. D. ROETS ; *Dr. pén.* 2011, chron. 7, V. LESCLOUS.

²³⁶ V. déjà, CEDH, 12 fév. 2010, *Aleksandr Zaichenko c. Russie*, Req. n°39660/02 (§52) ; V. ég., CEDH, 16 juin 2015, *Schmid-Laffer c. Suisse*, Req. n° 41269/08 (§§29 et 39) ; CEDH [G.C.], *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, préc. (§§270 et s.).

²³⁷ Cons. Const. Déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, *Gaz. Pal.*, 5 août 2010, p. 14, obs. O. BACHELET ; *AJDA* 2010, p. 1556, obs. S. BRONDEL ; *D.* 2010, p. 1928, ent. Ch. CHARRIÈRE-BOURNAZEL ; *Ibid.*, p. 1949, comm. P. CASSIA ; *Ibid.*, p. 2783, chron. J. PRADEL ; *AJ Pén.*, 2010, p. 470, ét. J.-B. PERRIER ; *RTD Civ.*, 2010, p. 513, obs. P. PUIG et *Ibid.*, p. 517 ; *Procédures*, 2010, comm. n°382, A.-S. CHAVENT-LECLERE ; *Ibid.*, Repère 9, obs. H. CROZE ; *Constitution*, 2010, p. 571, obs. E. DAUDOU et E. MERCINIER ; *JCP éd. G.*, 2010, 914, obs. Fr. FOURNIE ; *RPDP*, 2010, n° 3, p. 599, point de vue O. FOLL et J. POINAS ; *Ibid.*, p. 609, point de vue Fr. CASORLA ; *Ibid.*, p. 623, point de vue Fr. SAINT-PIERRE ; *RSC* 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *Ibid.*, p. 165, obs. B. DE LAMY ; V. ég., Cons. Const. Déc. n° 2010-31 QPC, du 22 septembre 2010, *M. Bulent A. et autres*, consid. 4., *D.* 2010 p. 2162, obs. L. PRIOU-ALIBERT ; *RSC* 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY.

²³⁸ Sur le changement de circonstances ayant justifié que le Conseil ne se prononce que sur le régime de droit commun, V. not., S. BRONDEL, « Changement de circonstances justifiant le réexamen d'une disposition déclarée constitutionnelle », *AJDA* 2010, p. 1556 ; Pour des opinions plus critiques, V. not., P. CASSIA, « Les gardes à vue

(consid. 15 et 16), faisant de la garde à vue « *la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause* » (consid. 16). Il a estimé que ce changement de circonstances devait être accompagné de « *garanties appropriées encadrant le recours à la garde à vue ainsi que son déroulement et assurant la protection des droits de la défense* » (consid. 25). Or, les Sages ont fait observer qu'en l'état, les dispositions applicables « *ne [permettaient] pas à la personne ainsi interrogée [...] de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat* » et qu'elles n'imposaient pas la notification du droit de garder le silence (consid. 28). Le Conseil a conclu que, compte tenu de l'usage actuel de la garde à vue, le droit en vigueur n'assurait pas « *la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties* » et méconnaissait donc les articles 9 et 16 de la DDHC (consid. 29). En considération du trouble créé par une abrogation immédiate des dispositions du CPP, les juges de la rue Montpensier ont toutefois reporté les effets de cette inconstitutionnalité au 1^{er} juillet 2011 (consid. 30), laissant ainsi au législateur le temps de légiférer.

80. Le second glas l'a été par la chambre criminelle, appelée à examiner la conventionnalité des dispositions du CPP relatives aux gardes à vue de droit commun et dérogatoires. Dans trois arrêts rendus quelques jours seulement après l'arrêt *Brusco c. France*, le 19 octobre 2010²³⁹, la Haute juridiction a estimé que le report du droit de s'entretenir avec un avocat en considération de la seule qualification juridique des faits méconnaissait les exigences européennes précédemment rappelées²⁴⁰, ajoutant que le seul entretien de trente minutes n'était pas conforme aux standards conventionnels²⁴¹. Elle a également admis que l'absence de notification du droit au silence ne répondait pas aux exigences strasbourgeoises²⁴². En cohérence avec la décision du Conseil constitutionnel susmentionnée, la Cour a néanmoins précisé que les effets de ce constat d'inconventionnalité devaient être reportés à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, laissant donc sans sanction procédurale des situations dans lesquelles l'inobservation

'particulières' ne sont plus conformes à la Constitution », *D.* 2010, p. 1949 ; A. GIUDICELLI, « Le Conseil constitutionnel et la garde à vue : 'puisque ces mystères nous dépassent, feignons d'en être l'organisateur' », *RSC* 2011, p. 139 ; C. LAZERGES, « Les désordres de la garde à vue », *RSC* 2010 p. 275 ; J.-B. PERRIER, « Une décision empreinte de pragmatisme », *AJ pén.* 2010, p. 470.

²³⁹ Cass. Crim., 19 oct. 2010, *Bull. crim.* n°163, n°164 et n°165, *D.* 2010, p. 2696, obs. Y. MAYAUD ; *Ibid.*, chron. p. 2783, note J. PRADEL ; *Ibid.*, p. 2811, obs. E. DREYER ; *RSC* 2010, chron. p. 839, obs. E. GINDRE ; *AJ pén.* 2011, p. 479, obs. E. ALLAIN ; *Dr. pén.* 2011, chron. 7, obs. V. LESCLOUS.

²⁴⁰ Cass. crim., 19 oct. 2010, *Bull. crim.* n°164 (« *sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce, et non à la seule nature du crime ou délit, toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit, dès le début de la garde à vue, être informée de son droit de se taire et bénéficier, sauf renonciation équivoque, de l'assistance d'un avocat* ») ; Cass. Crim., 19 oct. 2010, *Bull. crim.* n°165 ; V. ég., Cass. crim., 27 oct. 2010, *D.* 2010, actu., p. 2912 ; *Dalloz actualité*, 6 déc. 2010, obs. S. LAVRIC ; Cass. crim., 9 nov. 2010, *Procédures* 2011, comm. n°76, J. BUISSON.

²⁴¹ Cass. crim., 19 oct. 2010, *Bull. crim.* n°163 ; Cass. crim., 19 oct. 2010, *Bull. crim.* n°165.

²⁴² *Ibid.*

des impératifs conventionnels était néanmoins patente²⁴³. Elle s'est par la suite livrée à une subtile distinction entre l'annulation des actes exécutés en méconnaissance de ces exigences et l'appréciation de la valeur probante des aveux recueillis lors d'une garde à vue irrégulière²⁴⁴.

81. La loi du 14 avril 2011, dont l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a pressé l'application immédiate²⁴⁵, s'est employée à gommer les principaux motifs d'inconventionnalité et d'inconstitutionnalité. Au-delà des dispositions visant à délimiter davantage le recours à la garde à vue (C.P.P., article 63-5) ou à prévenir les atteintes au droit au respect de la vie privée²⁴⁶, cette loi a procédé à un renforcement des droits procéduraux de la personne gardée à vue, en conformité avec les exigences précédemment rappelées²⁴⁷. En particulier, elle a, de nouveau, imposé la notification du droit de se taire (C.P.P., article 63-1, 3°) et érigé en principe le droit de s'entretenir avec un avocat dès le début de la mesure, y compris, donc, lors de gardes à vue se rapportant à des faits relevant de la délinquance et de la criminalité organisées (C.P.P., article 706-88). L'exercice effectif de ce droit a par ailleurs été renforcé par l'instauration d'un délai de carence durant lequel les enquêteurs ne peuvent, en principe, débiter l'audition d'un suspect portant sur tout autre élément que ceux relatifs à son identité (C.P.P., article 63-4-2). Elle a, enfin, consolidé le rôle de l'avocat à ce stade de la procédure, en

²⁴³ Pour des observations critiques, V. not., E. GINDRE, Une révolution jurisprudentielle en trompe l'œil : les décisions de non conventionnalité des régimes de garde à vue au regard des droits de la défense, *RSC* 2010, p. 879 ; J. ALIX, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *D.* 2011, p. 1699, n°18 et s. ; X. PIN, « Le glas de la religion de l'aveu a sonné », *JCP éd. G.* 2011, 819 ; *Contra*, H. MATSOPOULOU, « Garde à vue : la Cour de cassation partagée entre conventionnalité et constitutionnalité - À propos des arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 », *JCP éd. G.* 2011, 1104.

²⁴⁴ Cass. crim., 4 janv. 2011, n°2010-85.520, *D.* 2011, p. 242, obs. M. LENA ; *AJ pén.* 2011, p. 83 et *RSC* 2011, p. 144, obs. J. DANET ; *Dr. pén.* 2011, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Ibid.*, chron. 7, obs. V. LESCLOUS ; *Procédures* 2011, comm. n°75, J. BUISSON ; Cass. crim., 18 janv. 2011, *Bull. crim.* n°9, *Dalloz actualité*, 20 fév. 2011, obs. E. ALLAIN ; *D.* 2011, actu. 381 ; *Ibid.*, pan. 2239, obs. J. PRADEL ; *AJ pén.* 2011, p. 83, obs. J. DANET ; *Ibid.* p. 198, obs. L. ASCENCI ; *Dr. pén.* 2011, chron. 7, obs. V. LESCLOUS.

²⁴⁵ Ass. plén., 15 avril 2011, n° 10-17.049, n° 10-30.242, n° 10-30.313 et n°10-30.316, *Dalloz actualité*, 19 avr. 2011, obs. S. LAVRIC ; *D.* 2011, Actu. 1080 ; *Ibid.*, p. 1128, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; *AJ Pén.* 2011, p. 311, obs. C. MAURO ; *RSC* 2011, p. 410, obs. A. GIUDICELLI ; *Dr. pén.* 2011, comm. n°72, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Ibid.* Chron. 7, obs. V. LESCLOUS ; *JCP éd. G.*, 2011, act. 483, obs. S. DETRAZ ; V. ég., Circ. relative aux droits de la personne gardée à vue suite aux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, CRIM-11-8-E6 du 15 avr. 2011, NOR : JUS D 1110661 C.

²⁴⁶ C.P.P., articles 63-5 et 63-5.

²⁴⁷ Pour des études plus complètes de ses dispositions, V. not., G. ROUJOU DE BOUBEE, « La réforme de la garde à vue », *D.* 2011, p. 1570 ; P. GAGNOUD et L. ROBERT, « Réforme de la garde à vue : évolution ou révolution ? », *Gaz. Pal.* 22 mai 2011, p. 13 ; J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Description succincte de la réforme de la garde à vue », *Gaz. Pal.*, spéc. 6-7 juil. 2011, p. 5 ; E. GINDRE, « Une réforme en urgence : la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue », *Rev. pénit. dr. pén.* 2011, p. 297 ; V. ég., ; G. STRAHELI, « La loi sur la garde à vue au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'appliquée dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *ibid.* p. 12 ; C. CHARRIERE-BOURNAZEL, « La réforme de la garde à vue : l'avis d'un avocat », *ibid.* p. 17 ; C. NISAND, « La réforme de la garde à vue : l'avis d'un procureur de la République », *ibid.* p. 24 ; O. CLERC, « Le juge des libertés et de la détention et la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue », *ibid.* p. 30 ; J. BOURGUIGNON, « La réforme de la garde à vue : l'avis d'un juge d'instruction », *ibid.* p. 33 ; J.-L. LAUMONT, « La réforme de la garde à vue : l'avis d'un officier de police judiciaire », *ibid.* p. 37.

l'autorisant à assister aux interrogatoires du suspect (C.P.P., article 63-3-4), à prendre connaissance de certaines pièces strictement relatives à la mesure - procès-verbal constatant la notification du placement en garde à vue et des droits qui y sont attachés, certificat médical, procès-verbaux d'audition des personnes qu'il assiste (C.P.P., article 63-4-1) – et à poser des questions ou à formuler des observations versées au dossier à l'issue de l'audition de son client (C.P.P., article 63-4-1). Malgré ses apports, cette loi, plutôt de demi-mesures, a, pour l'essentiel, inspiré un sentiment d'insuffisance et de fragilité²⁴⁸. Limitée à la garde à vue, et donc aux droits procéduraux de la personne auditionnée sous contrainte, la loi du 14 avril 2011 n'a surtout pas suffi à prémunir le droit interne de nouvelles adaptations, impliquées, elles, par les directives de l'Union.

b) L'impact des directives de l'Union

82. Les directives de l'Union, qui s'appuient sur les exigences égrainées par la Cour européenne pour en forcer le respect systématique, ont parachevé l'édification d'un statut de suspect générateur de droits procéduraux dans deux directions. Elles ont d'abord impliqué de délier ce statut de la contrainte exercée sur l'intéressé (α). Elles ont ensuite obligé à une nouvelle affirmation des droits de la personne suspectée (β).

α) La consécration d'un statut de suspect indépendamment de sa privation de liberté

83. Le maintien d'un lien discuté entre l'attribution de droits procéduraux et la contrainte exercée sur la personne soupçonnée avant la transposition des directives de l'Union -. Indépendamment des critiques opposées à la loi du 14 avril 2011 sur le plan de l'insuffisance des droits procéduraux accordés au suspect gardé à vue²⁴⁹, le maintien d'un lien étroit entre l'acquisition de ces droits et la contrainte exercée sur l'intéressé était discutable²⁵⁰. En effet, sous l'empire de cette loi, en dehors

²⁴⁸ Pour des observations critiques des apports de cette loi, V. not., D. MARAIS, « Insatisfaisant ! – A propos de la réforme de la garde à vue », *JCP éd. G.* 2011, p. 540 ; H. MATSOPOULOU, « Une réforme inachevée – A propos de la loi du 14 avril 2011 », *ibid.*, p. 542 ; J. PRADEL, « Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue – A propos de la loi du 14 avril 2011 », *JCP éd. G., ibid.*, doct. 665 ; M.-L. RASSAT, « A remettre sur le métier – Des insuffisances de la réforme de la garde à vue », *JCP éd. G.* 2011, doct. 632 ; J. ALIX, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », préc. ; Y. MULLER, « La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française », *Dr. pén.* 2011, ét. 2 ; D. THOMAS, « A propos de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue : les leçons d'une réforme hâtive » in COLLECTIF, *Mélanges J.-H. Robert*, Litec, Paris, 2012, p. 771 ; C. CHARRIERE-BOURNAZEL, « La réforme de la garde à vue : l'avis d'un avocat », préc.

²⁴⁹ V., *Infra*, n°354.

²⁵⁰ V. not., E. MATHIAS, « Pour une loi des suspects ... libres (à propos du projet de loi relatif à la garde à vue) », *Dr. pén.*, 2011, ét. 6 ; J. ALIX, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue :

d'une garde à vue, la législation française n'accordait aucun droit particulier à une personne qui, soupçonnée de la commission d'une infraction, était auditionnée librement. Celle-ci était donc *de facto* placée dans une situation comparable à celle du témoin, faute de dispositions relatives à l'audition d'un suspect en dehors d'une garde à vue. Seules d'infimes « protections » lui étaient assurées. La première résidait dans l'interdiction faite aux juridictions de jugement de fonder une condamnation en matière criminelle ou correctionnelle sur les seules déclarations incriminantes faites avant que l'intéressé n'ait pu bénéficier de l'assistance d'un avocat (C.P.P., article préliminaire, *in fine*)²⁵¹. Cette protection, qui a pour effet de replacer la question sur le terrain de la preuve, pouvait cependant apparaître comme un pis-aller insuffisant puisqu'une convocation de l'intéressé par les enquêteurs manifestait déjà l'existence de certains éléments susceptibles de corroborer les déclarations incriminantes²⁵². La chambre criminelle a depuis, il est vrai, vivifié cette règle, en imposant qu'une condamnation ne soit pas essentiellement fondée sur les déclarations incriminantes faites avant d'avoir pu bénéficier de l'assistance d'un avocat²⁵³. La seconde résidait dans les réserves émises par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 18 novembre 2011²⁵⁴, dans laquelle les Sages ont estimé que l'« audition libre » d'une personne suspectée, dont il consacrait donc l'existence, ne pouvait être régulière qu'à la double condition que l'intéressé ait été informé de la nature et de la date de l'infraction dont il était suspecté et de son droit de quitter les locaux de police ou de gendarmerie à tout moment (consid. 20). Il est vrai que, suivant les propositions de l'avant-projet de futur Code de procédure pénale

état des lieux et perspectives », préc., et, du même auteur, « La (lente) réception en France des acquis de l'Union européenne en matière de droits de la défense », *Arch. pol. crim.*, 2015/1, n°37, p. 27.

²⁵¹ V. not., J. DANET, « Le nouvel alinéa de l'article préliminaire du code de procédure pénale nous prémunit-il des erreurs judiciaires ? », *AJ pén.* 2011, p. 331.

²⁵² En ce sens, V. not., O. BACHELET, « La réforme de la garde à vue : un jeu d'ombre et de lumière », *Gaz. Pal.*, 2 fév. 2010, p. 10 ; J. LEROY, « Garde à vue : le droit à l'avocat », Dossier « La pratique du droit », *Gaz. Pal.* 30 juil. 2013 ; R. AUDEBERT, « Les droits du gardé à vue », Dossier « La pratique du droit », *Ibid.*

²⁵³ Cass. crim., 11 mai 2011, n° 10-84.251, *JCP* éd. G. 2011, 819, note X. PIN ; *D.* 2011, Act. p. 1421, obs. C. GIRAULT ; *AJ pén.*, 2011, p. 371, obs. L. ASCENCI ; *RSC* 2011, p. 414, obs. J. DANET (La chambre criminelle y jugeait qu'en fondant la déclaration de culpabilité sur des déclarations enregistrées au cours de la garde à vue par lesquelles la personne a contribué à sa propre incrimination sans avoir pu être assistée par un avocat, et ensuite rétractées, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision) ; V. ég., Cass. crim., 11 déc. 2011, *Bull. crim.* n°247, *Dr. pén.* 2012, chron. n°7, obs. V. LESCLOUS ; Cass. crim., 24 avr. 2013, *Dalloz actualité*, 16 mai 2013, obs. M. BOMBLED (Dans ces arrêts, la Cour de cassation estimait qu'avait justifié sa décision au regard de l'article 6 de la Convention, la juridiction qui justifiait la condamnation de l'intéressé par des motifs dont il résultait que les juges ne s'étaient fondés « ni exclusivement, ni même essentiellement sur les déclarations recueillies au cours des gardes à vue sans l'assistance d'un avocat », exprimant *a contrario* le principe suivant lequel la condamnation ne devait pas non plus se fonder essentiellement sur de telles déclarations).

²⁵⁴ Cons. Const., Déc. n°2011-191/194/195/196/197 QPC, nov. 2011, *Mme Élise A. et autres [Garde à vue II]* (consid. 20), *Dalloz actualité*, 24 nov. 2011, obs. C. GIRAULT ; *D.* 2011, actu. 2800 ; *Ibid.*, p. 3034, obs. H. MATSOPOULOU ; *Gaz. Pal.* 22 nov. 2011, p. 18, O. BACHELET ; *D.* 2012, pan. 1638, obs. V. BERNAUD et N. JACQUINOT ; *AJ pén.* 2012, p. 102, obs. J.-B. PERRIER ; *RSC* 2012, chron. p. 185, obs. J. DANET ; *Ibid.*, p. 217, obs. B. DE LAMY ; *Dr. pén.* 2012, chron. 7, obs. V. LESCLOUS ; V. ég., Cons. Const., Déc. n°2012-257 QPC, 18 juin 2012, *Société OLANO CARLA et autre [Convocation et audition par OPJ en enquête préliminaire]* (consid. 9), *AJ pén.* 2012, p. 602, obs. J.-B. PERRIER ; *Gaz. Pal.* 8 juil. 2012, p. 17, obs. O. BACHELET ; *Constitution*, 2012, p. 442, obs. A. DARSONVILLE ; *RSC* 2013, p. 842, obs. X. SALVAT.

(article 327-6), le projet de loi initial avait envisagé la création de l'audition libre d'un suspect²⁵⁵. Ce nouveau cadre légal d'audition, inspiré par le souci de limiter le recours à la garde à vue²⁵⁶, s'était néanmoins heurté à l'opposition de certains parlementaires qui avaient constaté l'insuffisance des garanties procédurales offertes au suspect auditionné libre, en particulier l'exclusion de l'assistance d'un avocat²⁵⁷. Or, malgré les précisions du Conseil constitutionnel, le maintien de ce lien entre l'acquisition de droits procéduraux et l'exercice d'une contrainte était déjà hasardeux à l'aune des exigences conventionnelles. En effet, si la Cour européenne s'était effectivement prononcée dans des situations dans lesquelles le suspect auditionné était privé de sa liberté et avait pris en considération la vulnérabilité particulière de celui-ci, les standards qu'elle avait alors dégagés l'avaient été sur le fondement de l'article 6 – relatif au droit à un procès équitable – et non sur celui de l'article 5 de la Convention, propre à une privation de liberté. Il s'en déduisait – et l'importance des garanties formulées pour la protection du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination allait en ce sens – que les exigences égrainées par les juges européens avaient moins trait à l'exercice d'une contrainte sur la personne mise en cause qu'au soupçon dont elle faisait l'objet²⁵⁸. Aussi, une application plus pure des standards conventionnels aurait dû impliquer, dès l'origine, que le droit à l'assistance d'un avocat soit pareillement reconnu aux suspects interrogés libres. Les directives de l'Union européenne ont imposé des évolutions en ce sens, aboutissant à délier l'acquisition de droits procéduraux de l'exercice d'une contrainte.

84. La cause du délitement du lien entre l'acquisition de droits procéduraux et l'exercice d'une contrainte -. L'obligation pour le législateur français de délier, lors de la transposition de ces instruments, l'octroi de droits procéduraux de la privation de liberté s'est déduit du champ d'application des directives de l'Union et du seuil de déclenchement de certains des droits qu'elles couvrent. En droit français, l'exemple révélateur des implications de ces directives sur l'« avancée [de ce] seuil de déclenchement » est à rechercher dans la consécration légale de l'audition libre²⁵⁹.

²⁵⁵ Projet de loi n°2855, préc.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 4 ; V. ég., Etude d'impact sur le projet de loi relatif à la garde à vue, pp. 11, 15 et 16.

²⁵⁷ Amendements CL 175 de Monsieur Gosselin et CL 102, rectifié de Monsieur Houillon, adopté par la Commission des lois (CR n°27, 15 déc. 2010).

²⁵⁸ J. ALIX, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », préc. ; B. DANLOS, « De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale », préc.

²⁵⁹ J. LEBLOIS-HAPPE, « Une réforme nécessaire face aux exigences européennes », in J.-B. PERRIER (sous la dir.), *L'audition libre : de la pratique à la réforme*, éd. LGDJ-Lextenso, Coll. « Hors collection », 2017, Paris, p. 101.

85. D'une manière générale, le champ d'application des directives de l'Union européenne tendant au rapprochement des droits à l'interprétation et à la traduction²⁶⁰, à l'information²⁶¹, à l'assistance d'un avocat²⁶² ou encore au respect de la présomption d'innocence²⁶³ impliquait *de facto* de désolidariser l'acquisition des droits procéduraux qu'elles énoncent d'une privation de liberté. A l'exception de la directive 2016/1919/UE relative au droit à l'aide juridictionnelle²⁶⁴, dont le champ d'application est logiquement déterminé par le droit à l'assistance d'un avocat²⁶⁵, leur champ est défini par une formule, presque identique, suivant laquelle, sauf dispositions contraires, les droits qu'elles formulent doivent trouver à s'appliquer « *dès le moment où [Les suspects ou personnes poursuivies] sont informés par les autorités compétentes d'un État membre, par notification officielle ou par tout autre moyen, qu'ils sont soupçonnés ou poursuivis pour avoir commis une infraction pénale* » et ce, « *jusqu'au terme de la procédure* »²⁶⁶. L'article 2§1 de la directive relative au

²⁶⁰ Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, JOUE L 280, du 26 oct. 2010, *Eucrim*, 2010, n°4, p. 162, obs. S. CRAS et L. DE MATTEIS ; RSC 2010, p. 945, obs. S. MANACORDA ; RTD Eur., 2011, p. 763, obs. S. MONJEAN-DECAUDIN ; *Gaz. Pal.* 2013, n°299, p. 13, obs. B. LAVIELLE ; *AJ pén.* 2013, p. 656, obs. C. GUERY ; V. ég., D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSJ), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, pp. 381 et s.

²⁶¹ Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, JOUE L 142, du 1^{er} juin 2012, p. 1, RSC 2012, p. 635, obs. E. VERGES ; *Gaz. Pal.* 2013, n°209, p. 15, obs. F. FOURMENT ; V. ég., J. LEBLOIS-HAPPE, « La directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales », in *Questions de droit pénal international, européen et comparé. Mélanges en l'honneur du Professeur Alain Fournier*, PUN, Institut François GENY, 2013, p. 245 ; D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSJ), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, pp. 388 et s.

²⁶² Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, JOUE L 294, du 6 nov. 2013, p. 1, *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 27 nov. 2013, obs. K. GACHI ; *Rev. Lamy, droit des affaires*, 2014, p. 71, obs. T. CASSUTO ; *Gaz. Pal.*, 2014, n°127, p. 14, obs. A. FAUTRE-ROBIN ; V. ég., D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSJ), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, pp. 391 et s.

²⁶³ Directive 2016/343/UE du Parlement européen du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, JOUE L 65 du 11 mars 2016, p. 1, *Cab. dr. eur.* 2016/1, p. 385, comm. D. FANCIULLO ; RPD 2016/2, p. 465, obs. B. THELLIER DE PONCHEVILLE ; *AJ pén.* 2016, p. 314, comm. T. CASSUTO ; RTD eur. 2016, p. 787, obs. M. BENLOLO-CARABOT et P. BEAUBAIS ; RTDE 2017, p. 354, obs. F. BENOIT-ROHMER.

²⁶⁴ Directive 2016/1919/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, JOUE L 297, 4 nov. 2016, p. 1, RPD 2016/2, p. 465, obs. B. THELLIER DE PONCHEVILLE ; *AJ pén.* 2016, p. 314, comm. T. CASSUTO ; RTD eur. 2016, p. 787, obs. M. BENLOLO-CARABOT et P. BEAUBAIS ; *Cahiers de la Sécurité et de la Justice*, 2016/4, n°38, p. 48, comm. J. PRADEL ; RTDE 2017, p. 354, obs. F. BENOIT-ROHMER.

²⁶⁵ Dir. 2016/1919/UE, article 2 (« *La présente directive s'applique aux suspects et aux personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales qui bénéficient du droit d'accès à un avocat en vertu de la directive 2013/48/UE [...]* »).

²⁶⁶ Dir. 2013/48/UE (droit à l'assistance d'un avocat), préc., art. 2 ; *Comp. Dir.* 2010/64/UE (droit à l'interprétation et à la traduction), préc., art. 1^{er} (Le droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen « *s'applique aux personnes dès le moment où elles sont informées par les autorités compétentes d'un État membre, par notification officielle ou par tout autre moyen, qu'elles sont suspectées ou poursuivies pour avoir commis une infraction, jusqu'au terme de la procédure, qui s'entend comme la détermination définitive de la question de savoir si elles ont commis l'infraction, y compris, le cas échéant, la condamnation et la décision rendue sur tout appel* » ; Dir. 2012/13/UE (droit à l'information), préc., art. 2§2 (« *La présente directive s'applique dès le moment où des personnes sont informées par les autorités compétentes d'un État membre qu'elles sont soupçonnées d'avoir commis une infraction pénale ou qu'elles sont poursuivies à ce titre, et jusqu'au terme de la procédure, qui s'entend comme la détermination définitive de la question de savoir si le suspect*

droit à l'assistance d'un avocat ajoute d'ailleurs que cela vaut que la personne suspectée ou poursuivie soit privée de sa liberté ou non, manifestant ainsi explicitement qu'une privation de liberté n'est pas un critère déterminant de l'acquisition des droits qu'elle énonce, quand bien même il peut être un critère du renforcement de ceux-ci. Au contraire, tel que défini par les directives susmentionnées, ce champ renvoie à la notification du soupçon, qui doit avoir lieu, en application de la directive relative au droit à l'information précitée, « rapidement » (article 6§1) et « au plus tard avant [le] première interrogatoire officiel par la police ou une autre autorité compétente » (consid. 28), sauf à ce que cette notification porte préjudice au déroulement de l'enquête en cours (*ibid.*).

86. Cette obligation de délier l'acquisition de droits procéduraux de la contrainte exercée sur la personne mise en cause se lit encore plus nettement dans le contenu des directives. En effet, si celles-ci font parfois de la privation de liberté une cause du renforcement des droits ou une circonstance, parmi d'autres, du déclenchement des garanties formulées, elles n'en font pas le critère exclusif. Deux exemples révélateurs peuvent être rappelés.

La première situation est illustrée par la directive relative au droit à l'information précédemment mentionnée. Celle-ci énumère un ensemble de règles minimales relatives à l'information que toute personne suspectée ou poursuivie doit recevoir au cours d'une procédure pénale, qu'elle soit ou non privée de sa liberté. La personne mise en cause doit être informée rapidement, « dans un langage simple et accessible, en tenant compte [de ses] éventuels besoins particuliers », des droits dont elle bénéficie nécessairement au cours de la procédure : droit à l'assistance d'un avocat, droit de bénéficier de conseils juridiques gratuits et les conditions d'obtention de tels conseils, droit d'être informée de l'accusation portée contre elle, droit à l'interprétation et à la traduction, droit de garder le silence, droit d'être informée de l'acte pénalement sanctionné qu'elle est soupçonnée d'avoir commis « rapidement et de manière suffisamment détaillée » (article 6§1) et de tout changement de qualification (article 6§4) et, sauf dérogation admise (article 7§4), d'avoir « au minimum » accès « en temps utile pour permettre l'exercice effectif des droits de la défense et, au plus tard, lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation » (article 7§3), personnellement ou par l'intermédiaire de son avocat, « à toutes les preuves matérielles à charge ou à décharge des suspects ou des personnes poursuivies [...] détenues par les autorités compétentes » (article 7§2). A ces droits s'en ajoutent d'autres lorsque la

ou la personne poursuivie a commis l'infraction pénale, y compris, le cas échéant, la condamnation et la décision rendue sur tout appel ») ; Dir. 2016/343/UE (respect de la présomption d'innocence), préc., art. 2 (« La présente directive s'applique aux personnes physiques qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales. Elle s'applique à tous les stades de la procédure pénale, à partir du moment où une personne est soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale ou une infraction pénale alléguée, ou est poursuivie à ce titre, jusqu'à ce que la décision finale visant à déterminer si cette personne a commis l'infraction pénale concernée soit devenue définitive »).

personne mise en cause est arrêtée et/ou détenue. La directive impose, par exemple, aux Etats de veiller « à ce que les suspects ou les personnes poursuivies qui sont arrêtés ou détenus soient informés des motifs de leur arrestation ou de leur détention, y compris de l'acte pénalement sanctionné qu'ils sont soupçonnés ou accusés d'avoir commis » (article 6§2) et ait accès aux « documents [...] détenus par les autorités compétentes [...] essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention soient mis à la disposition de la personne arrêtée ou de son avocat » (article 7§1). Elle prévoit également des modalités particulières de communication de l'information sur les droits dont la personne détenue dispose puisque celle-ci doit être formulée dans une déclaration écrite (article 4§4), que l'intéressé doit être autorisé à garder en sa possession durant toute la durée de sa privation de liberté (article 4§1).

La seconde situation est illustrée par la directive relative au droit d'accéder à un avocat qui fait de la privation de liberté un critère, parmi d'autres, de l'attribution des droits qu'elle formule. Le droit d'accéder à un avocat, qui implique la possibilité pour le suspect de rencontrer son conseil, de communiquer avec lui et de bénéficier de sa présence lors de ses interrogatoires ou à l'occasion de certaines mesures d'investigation (article 3§3), doit être assuré dès « la survenance du premier en date des événements » qu'elle mentionne (article 3§2), sauf dérogations temporaires admises (article 8). Or, si la privation de liberté constitue effectivement l'un des cas d'ouverture de ces droits (article 3§2 c)), elle n'est pas l'unique élément déclenchant de cette garantie, l'interrogatoire du suspect « par la police ou par une autre autorité répressive ou judiciaire » (article 3§2 a)), en est, par exemple, un autre.

87. L'exemple révélateur de la consécration légale de l'audition libre -. La consécration de l'audition libre par la loi du 27 mai 2014 portant transposition de la directive relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales²⁶⁷ est l'exemple le plus éclairant des répercussions des directives européennes sur l'abaissement du seuil de déclenchement des droits procéduraux²⁶⁸ et, en conséquence,

²⁶⁷ L. n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, préc.

²⁶⁸ Pour des études complètes sur l'audition libre, E. ALLAIN, « Les nouveaux droits de la défense », *AJ pén.* 2014, p. 261 ; J.-B. PERRIER, « La transposition tardive de la notification du droit du suspect libre à l'assistance d'un avocat », *D.* 2014, p. 1160 ; J.-Y. MARECHAL, « Loi du 27 mai 2014 : principales dispositions relatives aux droits des personnes suspectées », *JCP éd. G.* 2014. 1113 ; J. BUISSON, « Droit à l'information », *Procédures* 2014, n°7, p. 28 ; G. TAUPIAC-NOUVEL et A. BOTTON, « La réforme du droit à l'information en procédure pénale », *JCP* 2014, doct. 802 ; E. VERGES, « Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale. A propos de la loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales », *Dr. pén.* 2014, n°7, p. 10 ; N. LE COZ, « L'audition des personnes soupçonnées dans les enquêtes pénales. Retour sur certaines modifications du code de procédure pénale issues de la loi du 27 mai 2014 », *AJ pén.* 2014, p. 320 ; B. CHAPLEAU, « L'audition libre des mineurs à l'aune de la Loi du 27 mai 2014 », *D.* 2014, p. 1506 ; P. HENNION-JACQUET, « La consécration légale du statut du suspect libre », *Gaz. Pal.* 2014, n°208, p. 9 ; C. MICHALSKI, « La défense censitaire

sur la reconnaissance d'un statut de suspect indépendamment de la contrainte exercée sur lui²⁶⁹. Si l'acte de naissance de cette « audition libre » fut la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 2011 précitée, la loi du 27 mai 2014 l'a légalement consacré, sous la pression des directives de l'Union. Cette loi, qui a surtout concerné le droit à l'information, a également anticipé, par souci de cohérence, la transposition de la directive relative au droit à l'assistance d'un avocat en jouant toutefois sur la date d'entrée en vigueur des dispositions nouvelles²⁷⁰. Plus précisément, cette loi a élaboré un ensemble de dispositions idoines encadrant l'audition de la personne à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a participé à la commission d'une infraction, en dehors de tout placement en garde à vue. Dans le sillon des exigences constitutionnelles et des obligations découlant des directives de l'Union, elle a imposé aux enquêteurs de l'informer de l'accusation portée contre elle (C.P.P., article 61-1, 1°), de son « droit de quitter à tout moment les locaux où elle est entendue » (*ibid.*, 2°), de son droit d'être assistée d'un interprète (*ibid.*, 3°) et de son droit de garder le silence (*ibid.*, 4°). Elle a également précisé les modalités de son droit à l'assistance d'un avocat lors de ses auditions et confrontations lesquelles, applicables depuis le 1^{er} janvier 2015, ne valent toutefois, ainsi qu'y autorisait la directive²⁷¹, qu'au profit des suspects

du suspect libre », *Garç. Pal.* 2014, n°208, p. 16 ; R. OLLARD, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? A propos de la loi du 27 mai 2014 », *JCP éd. G.* 2014, p. 1547 ; R. MESA, « Le renforcement relatif des droits procéduraux du suspect pendant la phase d'enquête », *Garç. Pal.* 2014, n°262, p. 17 ; E. ALLAIN, « L'audition libre des suspects », *AJ pén.* 2014, p. 549 ; M. TOULLIER, « Le statut du suspect à l'ère de l'europanisation de la procédure pénale : entre " petite " et " grande " révolutions », *RSC* 2015, p. 127 ; E. GALLARDO, « Procédure pénale : accès à l'avocat », *RSC* 2015, p. 447 ; J. LEBLOIS-HAPPE, « Une réforme nécessaire face aux exigences européennes », in J.-B. PERRIER (sous la dir.), *L'audition libre : de la pratique à la réforme*, éd. LGDJ-Lextenso, Coll. « Hors collection », 2017, Paris, p. 101 ; V. ég., J.-B. PERRIER (sous la dir.), *L'audition libre : de la pratique à la réforme*, Ed. LGDJ-Lextenso, Coll. « Hors collection », 2017, Paris.

²⁶⁹ V. not., J.-Y. MARECHAL, « Loi du 27 mai 2014 : principales dispositions relatives aux droits des personnes suspectées », préc. ; J. ALIX, « La (lente) réception en France des acquis de l'Union européenne en matière de droits de la défense », préc., p. 32 ; E. VERGES, « Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale. A propos de la loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales », préc. ; P. HENNION-JACQUET, « La consécration légale du statut du suspect libre », préc.

²⁷⁰ La loi du 27 mai 2014, adoptée en urgence, a joué sur le délai de transposition plus tardif de la directive relative au droit à l'assistance d'un conseil, pour prévoir que l'intervention de celui-ci lors des auditions et confrontations du suspect libre ne s'imposait qu'à compter du 1^{er} janvier 2015, ce qui a opéré une fragmentation des droits reconnus à ce dernier dans le cadre de l'audition libre (V. not., J.-B. PERRIER, « La transposition tardive de la notification du droit du suspect libre à l'assistance d'un avocat », préc.). C'est toutefois là, la reproduction d'une incohérence à l'échelle des textes de l'Union qui exigeait l'information à propos d'un droit, avant qu'il ne s'impose dans sa substance même (V. not., R. MESA, « Le renforcement relatif des droits procéduraux du suspect pendant la phase d'enquête ; Note sous Loi numéro 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales », préc.). En droit interne, ces dispositions transitoires ont été officiellement justifiées par la nécessité de permettre aux enquêteurs de s'adapter à cette nouvelle donne (J.-P. MICHEL, Rapport n°380, préc., p. 38) qui, il est sans doute vrai, multiplie leurs obligations et accentue le formalisme, réduisant, corrélativement selon certains auteurs, « le temps consacré par la police à l'audition des personnes soupçonnées » (N. LE COZ, « L'audition des personnes soupçonnées dans les enquêtes pénales. Retour sur certaines modifications du code de procédure pénale issues de la loi du 27 mai 2014 », préc.).

²⁷¹ V., en ce sens, Rapport n°380 sur le projet de loi portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, Enregistré à la Présidence du Sénat le 19 février 2014, présenté par J.-P. MICHEL, pp. 37 et 38. En effet, les dispositions

entendus à raison d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement²⁷². L'article 61-1 du CPP renvoie ici aux modalités prévues pour la garde à vue (C.P.P., articles 63-4-3 et 63-4-4), à l'exception remarquée des dispositions relatives à l'accès à certains éléments du dossier de la procédure prévu par l'article 63-4-1²⁷³.

Si l'avancement du seuil de déclenchement des droits du suspect et, en conséquence, l'émergence d'un statut de suspect générateur de droits procéduraux délié d'une privation de liberté a été l'une des principales répercussions des directives européennes, celles-ci ont également impliqué l'enrichissement de ses droits dans l'enquête.

β) L'affirmation de ses droits

88. Deux exemples suffisent à témoigner de l'impact des directives européennes sur l'affirmation des droits du simple suspect au cours de l'enquête et, par conséquent, de l'affirmation du phénomène d'extension des droits procéduraux en amont de l'ouverture d'une procédure *stricto sensu*. Ils ont essentiellement concerné le droit à l'information du suspect et son droit à l'assistance d'un avocat.

89. L'affirmation du droit à l'information du suspect -. L'affirmation du droit à l'information du suspect est la première marque particulièrement visible du renforcement des garanties procédurales de la personne mise en cause résultant des directives de l'Union. En plus de communication au suspect gardé à vue, par le biais d'un écrit rédigé « *dans des termes simples et accessible et dans une langue qu'[il] comprend* », des droits dont il bénéficie (C.P.P., articles 63-1 *in fine* et 803-6), la transposition de la directive relative au droit à l'information a imposé la reformulation de son droit de connaître l'accusation portée contre lui. Alors qu'auparavant le suspect gardé à vue était informé « *[d]e la nature et de la date présumée de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre* », la loi du 27 mai 2014 a imposé l'information du suspect, auditionné libre ou retenu, sur « *la qualification, [...] la date et [le] lieu présumés de l'infraction* » à la commission de laquelle il est soupçonné d'avoir participé (C.P.P., articles 61-1, 1° et 63-1, 1°). Cette nouvelle formulation se rapproche des exigences de la directive de l'Union,

de la directive relatives à son champ d'application réservaient en effet aux législateurs nationaux la possibilité de faire exception au droit à l'assistance d'un avocat, sous réserve que le droit à un procès équitable ne soit pas compromis, « *lorsque la privation de liberté ne peut pas être imposée comme sanction* » (article 2§2 b)).

²⁷² Cette restriction, certes justifiée au regard des dispositions de la directive de l'Union, a cependant été discutée par une partie de la doctrine, qui estimait que l'enjeu dépassait la seule transposition des obligations européenne, pour questionner plus largement le statut de suspect. V. not., en ce sens, S. PELLE, « Garde à vue : la réforme de la réforme (acte I), A propos de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 », préc., n°8 et s.

²⁷³ V., *Infra*, n°355.

qui invitait les législateurs nationaux à s'assurer que l'information délivrée au suspect soit suffisamment détaillée (article 6§1) et mentionne, lorsque ces éléments sont connus, la date mais aussi le lieu présumé de la commission de l'infraction (consid. 28). Le caractère apparemment insuffisamment imprécis de l'information communiquée pourrait être discutée dès lors la directive évoque une « description des faits » (*ibid.*). Il faut cependant relever que le législateur européen n'a pas imposé une information précise dès le début de la procédure, admettant au contraire que son contenu soit précisé à mesure de l'avancée de celle-ci (*ibid.*).

90. L'affirmation du droit à l'assistance d'un avocat -. La consolidation du droit à l'assistance d'un avocat est la deuxième manifestation essentielle de l'impact des directives européennes sur le droit interne. Ce droit, jusqu'à présent limité lors de l'enquête au droit de s'entretenir avec un avocat lors d'une garde à vue et de bénéficier de sa présence lors des interrogatoires et confrontations, s'impose dorénavant à d'autres occasions. Pour rappel, l'article 3§3 c) de la directive relative à l'assistance d'un avocat a prévu que celle-ci devait être garantie au suspect « *lors des mesures d'enquête ou des mesures de collecte des preuves [mentionnées], lorsque ces mesures sont prévues par le droit national et si [la personne concernée] est tenu[e] d'y assister ou autorisé[e] à y assister* » : séances d'identification, confrontations ou encore reconstitution de la scène d'une infraction. Pour combler les carences des dispositions en vigueur, la loi du 3 juin 2016²⁷⁴ a inséré un nouvel article 61-3 dans le Code de procédure pénale, partiellement retouché par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle²⁷⁵. En conformité avec les dispositions de la directive précitée, il dispose que « *[t]oute personne à l'égard de laquelle existent une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a participé, en tant qu'auteur ou complice, à la commission d'un crime ou d'un délit puni d'emprisonnement peut demander qu'un avocat de son choix ou, si elle n'est pas en mesure d'en désigner un, qu'un avocat commis d'office par le bâtonnier : 1° L'assiste lorsqu'elle participe à une opération de reconstitution de l'infraction ; 2° Soit présent lors d'une séance d'identification des suspects dont elle fait partie* ». L'avocat est autorisé, à l'issue de ces mesures, à « *présenter des observations écrites [...] jointes à la procédure* » ou directement communiquées au procureur de la République (C.P.P., article 63-1 *in fine*). Les dispositions inhérentes à l'enquête préliminaire (C.P.P., article 76-1), mais aussi à l'information judiciaire (C.P.P., article 154), renvoient à ce nouvel article.

91. Les droits européens, moins sensibles à la distinction suspect/personne poursuivie et s'articulant donc davantage autour de l'existence d'un soupçon, ont

²⁷⁴ L. n°2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, préc.

²⁷⁵ L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* 9 nov. 2016, texte 1, *D.* 2017, p. 873, comm. J. LEBLOIS-HAPPE.

contribué à l'identification, à marche forcée, du suspect qu'il soit privé de sa liberté ou non. Ce « simple » suspect que l'on identifie dorénavant comme celui « à l'égard [duquel] existent une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'[il] a participé » (C.P.P., articles 61-1, 61-3 et 62-2), a corrélativement acquis, à mesure du développement des exigences européennes, différents droits procéduraux au premier rang desquels un droit affermi à l'information et un droit renforcé à l'assistance d'un avocat au cours de certaines mesures. Certes plus ponctuels mais aussi moins étoffés que les garanties de la défense dont disposent la personne mise en examen – ou le témoin assisté –, ces droits procéduraux ont néanmoins participé de la remise en question de la logique initiale selon laquelle les garanties procédurales étaient étroitement dépendantes de l'acquisition de la qualité de partie à la procédure et ne pouvaient ce faisant s'exprimer, durant la phase d'investigations, qu'à l'occasion d'une instruction. Un phénomène semblable d'extension de droits procéduraux en amont de la procédure *stricto sensu* résultant des standards européens s'observe à propos des victimes.

2) *La consécration des droits du plaignant non constitué partie civile*

92. L'intérêt des organisations européennes pour la situation des victimes d'infractions, quelle que soit la place qui leur est reconnue dans l'avant-procès
-. Les organisations européennes, qu'il s'agisse du Conseil de l'Europe ou de l'Union²⁷⁶, se sont attachées à la situation des victimes d'infractions, encourageant toutes deux, les droits nationaux quelle que soit la place qu'ils leur accordent dans le procès pénal, à faire davantage cas de leurs besoins et intérêts tout au long du processus répressif afin, notamment, « d'accroître la confiance de la victime dans la justice pénale et d'encourager sa coopération »²⁷⁷. Cette prise en considération devait premièrement impliquer de lui assurer une protection contre des représailles et de prévenir les risques de victimisation secondaire en lui assurant notamment un traitement rassurant et respectueux de sa dignité et de sa vie privée²⁷⁸. Si elle ne fut pas le premier instrument européen à s'y

²⁷⁶ G. GAMBERINI, « Les politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisation », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (sous la dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Ed. PUF, Coll. « Les voies du droit », Paris, 2008, p. 159 ; V. ég. E. VERGES, « Peut-on parler d'un droit des victimes d'infraction ? Éclatement et croisement des sources », in C. RIBEYRE (sous la dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes & Commentaires », Paris, 2016, p. 29.

²⁷⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation n°R(85)11 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale, adoptée par le Comité des Ministres le 28 juin 1985, lors de la 387^e réunion des Délégués des Ministres, Exposé des motifs.

²⁷⁸ Sur ce point, V., CONSEIL DE L'EUROPE, Rec. n°R(85)11, préc. (point 16) ; Déc.-cad. 2001/220/JAI relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, JO L 082 du 22 mars 2001, p. 1 (article 8) ; Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, JOUE, 14 nov. 2012, L 315, p. 57 (articles 18 à 24), D. 2012, p. 2665, comm. C. FLEURIOT ; RTDE 2013, p.

attaché, la directive de l'Union concernant les droits, le soutien et la protection des victimes du 25 octobre 2012²⁷⁹ s'est néanmoins faite plus précise que les instruments antérieurs en engageant, spécifiquement, les Etats à permettre à la victime d'être accompagnée durant l'enquête (article 20 c)) et à veiller à ce qu'il soit procédé « *en temps utiles* » à une évaluation personnalisée de ses besoins en matière de protection (article 22).

Le législateur français a transposé ses dispositions par la loi du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne²⁸⁰, insérant un nouveau sous-titre III au titre préliminaire du CPP, spécifiquement relatif aux droits des victimes²⁸¹. Celui-ci contient, notamment, un nouvel article 10-4 autorisant les victimes d'infraction à être assistées « *à tous les stades de l'enquête [...] sauf décision contraire motivée prise par l'autorité judiciaire* » ainsi qu'un nouvel article 10-5 qui pose, le principe d'une évaluation personnalisée de la victime, permettant de déterminer leurs besoins éventuels de protection. Cette évaluation s'opère dès sa première audition et donne lieu, le cas échéant, à une évaluation approfondie²⁸². Les modalités de celle-ci ont été précisées par un décret du 26 février 2016 relatif aux droits des victimes²⁸³ qui reprend en substance les dispositions de la directive européenne précitée. Par-delà le souci d'assurer aux victimes une meilleure prise en considération de leurs besoins de protection, relayé par des instruments de coopération appropriés²⁸⁴, et une prise en charge idoines lors de l'avant-procès, les normes européennes ont également encouragé, voire contraint, les Etats membres à leur garantir une information adéquate sur leurs

805, comm. P. BEAUVAIS ; *RSC* 2013, p. 121, comm. E. VERGES ; *LPA* 2013, n°55, p. 3, comm. M. RAMBOUR ; *AJ pén.* 2013, p. 534, comm. T. CASSUTO ; *RSC* 2014, p. 459, comm. N. MARIE.

²⁷⁹ Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, préc.

²⁸⁰ L. n° 2015-993 du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne, *JORF* du 18 août 2015, p. 14331, *RSC* 2015, p. 940, comm. G. BEAUSSONIE ; *JCP éd. G.* 2015. 1018, comm. O. CAHN.

²⁸¹ Pour une critique de la manière dont le législateur a transposé ces dispositions et, en particulier, l'absence de vision que révèle ce sous-titre qui accueille à la fois des principes directeurs et des dispositions techniques, V., E. VERGES, « Peut-on parler d'un droit des victimes d'infraction ? Éclatement et croisement des sources », préc., spéc., p. 36-37.

²⁸² V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op.cit.*, pp. 1067 et s., n°1586 et s.

²⁸³ Déc. n°2016-214 du 26 février 2016 relatif aux droits des victimes, *JORF* du 28 fév. 2016, texte n°14 (article 3). Ses dispositions ont été introduites aux articles D. 1^{er} -2 et suivants du code de procédure pénale. Elles précisent, notamment que l'évaluation personnalisée, effectuée par l'officier de police judiciaire ou par l'agent de police judiciaire qui procède à l'audition de la victime (C.P.P., article D. 1^{er} -4), est réalisée au regard de l'importance du préjudice subi par la victime, les circonstances de la commission de l'infraction résultant notamment d'une motivation discriminatoire ou des liens existants entre la victime et la personne mise en cause, de sa vulnérabilité et de l'existence d'un risque d'intimidation ou de représailles (C.P.P., article D. 1^{er} -3). Compte tenu de cette première évaluation, l'autorité qui y procède applique les mesures de protection suivantes : chaque audition de la victime aura lieu dans des locaux conçus ou adaptés sa situation ; lorsqu'il s'agit de violences sexuelles, la victime est entendue par des enquêteurs spécialement formés ou avec l'aide d'enquêteurs spécialement formés ; elle est entendue lors de chaque audition par les mêmes enquêteurs (C.P.P., article D. 1^{er} -7). Ces dispositions précisent également qu'à la suite de cette première évaluation, l'enquêteur qui y a procédé transmet ces éléments à l'autorité judiciaire en charge de la procédure, laquelle décide, le cas échéant, d'une évaluation approfondie dans les conditions prévues par les articles D. 1^{er} -10 et suivants du CPP.

²⁸⁴ Directive 2011/99/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, relative à la décision de protection européenne, *JOUE* L 338 du 21 déc. 2011, p. 2, *RTD eur.* 2012, p. 886, obs. P. BEAUVAIS.

droits au cours de la procédure et les suites de celle-ci et à leur reconnaître, en particulier dans les systèmes reposant sur le principe de l'opportunité des poursuites, la possibilité de contester la décision du parquet de ne pas exercer l'action publique. Ces encouragements ou obligations européennes se sont traduits par des adaptations, par touches successives, des dispositions françaises et ont progressivement forgé les droits des victimes à l'information (a) et à la contestation de la décision du parquet (b).

a) Son droit à l'information

93. Les dispositions du Code de procédure pénale relatives au droit à l'information des victimes dès leur premier contact avec les autorités répressives ont été façonnées à mesure de l'intégration des instruments européens promouvant l'information sur leurs droits et l'aide dont elles peuvent bénéficier au cours de la procédure (α) et sur les suites données à l'enquête (β).

α) L'information sur ses droits et l'aide dont elle peut bénéficier au cours de la procédure

94. Les précisions progressivement apportées par les instruments européens en la matière -. La recommandation du Conseil de l'Europe sur la position des victimes dans le cadre de la procédure pénale, adoptée en 1985, a, la première, fait de l'information des victimes, dès le stade policier, un axe majeur de leur prise en considération. Elle a notamment invité les Etats membres à s'assurer de leur information sur leurs « *possibilités d'obtenir de l'assistance, des conseils pratiques et juridiques, la réparation de son préjudice par le délinquant et le dédommagement par l'Etat* » (point 2). L'Union européenne s'est intéressée à la situation des victimes d'infractions plus récemment, face à l'accroissement du risque d'être victime d'une infraction dans un autre Etat membre que son Etat de résidence, mécaniquement accru par la mobilité des citoyens européens²⁸⁵. Sans imposer un rapprochement de leur statut au cours des procédures pénales – celui étant variable, selon les Etats²⁸⁶ -, la décision-cadre du 15 mars 2001

²⁸⁵ V. not., COMMISSION EUROPEENNE, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social, Les victimes de la criminalité dans l'Union européenne - Réflexion sur les normes et mesures à prendre, Bruxelles, 14 juil. 1999, COM(1999) 349 final.

²⁸⁶ V. not., H. HENRION, « Y a-t-il une place pour la victime en procédure pénale allemande », in G. GIUDICELLI-DELAGÉ et C. LAZERGES (sous la dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe, op. cit.*, p. 25 ; A. MARTINI, « La victime en Angleterre, 'une formidable absence toujours présente' », *ibid.*, p. 47 ; K. DECRAMER et L. GYSELAERS, « La victime dans la procédure pénale belge : victime de son succès ? », *ibid.*, p. 68 ; R. BRENES VARGAS et A. POLETTI ADORNO, « La victime en Espagne : acteur privilégié du procès pénal », *ibid.*, p. 86 ; T. OTTOLINI, « La victime en Italie : histoire d'un difficile équilibre entre les intérêts privés et publics à la réponse au crime », *ibid.* p. 123.

relative au statut des victimes a, en revanche, encouragé les membres de l'organisation à veiller à leur respect et à leur reconnaissance (article 2), à leur protection (article 8) ainsi qu'à la réparation de leur préjudice (article 9), et à leur assurer, en plus d'autres garanties procédurales²⁸⁷, un droit à l'information approprié (article 4). Ce droit, qui devait leur être garanti « *dès leur premier contact avec les services répressifs* », concernait les « *informations pertinentes pour la protection de leurs intérêts* », portant au moins sur :

- Les services ou les organismes auxquels une victime peut s'adresser pour obtenir de l'aide ;
- Le type d'aide qu'elle peut recevoir ;
- Le service auprès duquel elle peut déposer une plainte ;
- Les étapes de la procédure après le dépôt de la plainte ;
- La place qui lui est reconnue dans la procédure ;
- Les modalités suivant lesquelles elle peut obtenir des conseils juridiques ;
- L'aide financière dont elle peut bénéficier ou toute autre forme de conseils ;
- Les mesures de protection dont elle peut bénéficier ;
- Les exigences qui régissent son droit à réparation ;
- Enfin, « *dans le cas où la victime réside dans un autre État, [...] les mécanismes particuliers dont elle dispose pour assurer la défense de ses intérêts* ».

La directive du 25 octobre 2012 susmentionnée, remplaçant la décision-cadre précitée, a précisé le contenu des informations dont la victime d'une infraction doit pouvoir disposer. Elle a notamment ajouté, dans le souci de permettre à la victime de faire effectivement valoir les droits qu'elle énonce (article 4§1), la communication d'informations relatives aux « *procédures disponibles pour faire une réclamation au cas où ses droits ne seraient pas respectés par l'autorité compétente agissant dans le cadre d'une procédure pénale* », aux « *coordonnées utiles pour l'envoi de communications relatives à son dossier* », aux « *services de justice réparatrice disponibles* » ...

95. La traduction de celles-ci dans la loi française -. Une mise en parallèle de ces instruments européens avec les évolutions de la législation française fait ressortir l'adaptation progressive des dispositions nationales à mesure de l'adoption de ceux-ci. La loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, globalement révélatrice du souci du législateur de prendre davantage en considération les victimes d'infraction à chaque stade de la procédure – dont l'inscription des droits des victimes à l'article préliminaire est un symbole – a, entre

²⁸⁷ Ainsi de leur droit d'être entendue et de fournir des éléments de preuves (article 3) et de bénéficier de procédures idoines pour atténuées les difficultés inhérentes à leur résidence dans un autre Etat membre de l'Union (article 11).

autres améliorations²⁸⁸, décliné leur droit à l'information à chaque étape de celle-ci²⁸⁹. Au stade de l'enquête, elle a imposé aux services de police d'informer les victimes, dès leur premier contact avec celles-ci, de leurs droits d'obtenir réparation et de bénéficier d'une aide adéquate par un service spécialisé ou une association conventionnée d'aide aux victimes (C.P.P., articles 53-1 et 75). La loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice²⁹⁰ a réécrit les articles 53-1 et 75 du CPP pour préciser les informations communiquées à la victime par les services d'enquête. Elle a repris, pour une large part, les dispositions de la décision-cadre européenne précitée²⁹¹. La loi du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne a depuis complété cette liste pour adapter les dispositions internes aux obligations nées de la directive du 25 octobre 2012. Il les a parallèlement transférés dans le nouveau sous-titre du titre préliminaire du Code de procédure pénale, spécifiquement consacré au droit des victimes. Le même parallèle peut être dressé à propos du droit de la victime d'une infraction d'être informée des suites données à l'enquête.

β) L'information sur les suites données à l'enquête

96. Les précisions progressivement apportées par les instruments européens en la matière -. La recommandation du Conseil de l'Europe précitée s'est également attachée au droit des victimes d'être informées des suites de l'enquête, précisant que « *[L]a victime devrait pouvoir obtenir des informations sur le sort de l'enquête policière* » (point 3) et « *être informée de la décision définitive concernant les poursuites, sauf si elle indique qu'elle ne souhaite pas cette information* » (point 6). La recommandation du Comité des ministres du 6 octobre 2000 sur le rôle du ministère public dans le système de justice

²⁸⁸ V. not., A. D'HAUTEVILLE, « Les droits des victimes », RSC 2001, p. 107 et s. ; C. LAZERGES, « Le renforcement des droits des victimes par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 », *Arch. pol. crim.*, 2002/1, p. 15 ; V. ég., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 1067, n°1588.

²⁸⁹ Rapport n°3501, sur l'évaluation de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 décembre 2001, par C. LAZERGES, pp. 8 et s. ; V. ég., C. LAZERGES, « Le renforcement des droits des victimes par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 », préc.

²⁹⁰ L. n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *JORF* du 10 sept. 2002, p. 14934, art. 63.

²⁹¹ Dans leur rédaction issue de la loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002, ils prévoyaient que « *Les officiers et les agents de police judiciaire informent par tout moyen les victimes de leur droit : 1° D'obtenir réparation du préjudice subi ; 2° De se constituer partie civile si l'action publique est mise en mouvement par le parquet ou en citant directement l'auteur des faits devant la juridiction compétente ou en portant plainte devant le juge d'instruction ; 3° D'être, si elles souhaitent se constituer partie civile, assistées d'un avocat qu'elles pourront choisir ou qui, à leur demande, sera désigné par le bâtonnier de l'ordre des avocats près la juridiction compétente, les frais étant à la charge des victimes sauf si elles remplissent les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle ou si elles bénéficient d'une assurance de protection juridique ; 4° D'être aidées par un service relevant d'une ou de plusieurs collectivités publiques ou par une association conventionnée d'aide aux victimes ; 5° De saisir, le cas échéant, la commission d'indemnisation des victimes d'infraction, lorsqu'il s'agit d'une infraction mentionnée aux articles 706-3 et 706-14* ».

pénale²⁹² y a également invité, en encourageant les Etats à s'assurer que le parquet prenne « *dûment en compte l'opinion et les préoccupations des victimes lorsque leurs intérêts personnels ont été lésés, et veille[nt] à ce que les victimes soient informées de leurs droits et de l'évolution de la procédure, ou favorise[nt] cette information* » (point 33). Les instruments de l'Union l'ont enfin envisagé, sous réserve que la victime formule une demande en ce sens²⁹³. L'article 6 de la directive du 25 octobre 2012 prévoit ainsi que les Etats membres veillent à ce que la victime soit avisée, sans retard inutile, de son droit de recevoir notamment des informations concernant toute décision de ne pas continuer l'enquête, de la clore ou de ne pas poursuivre l'auteur de l'infraction (article 6§1 a)) et sur l'état de la procédure (article 6§2 b)) ainsi que toute indications approprié lui permettant de décider, le cas échéant, de demander le réexamen d'une décision de ne pas poursuivre (article 11§3).

97. Les adaptations consécutives des dispositions françaises -.
L'observation de l'évolution des dispositions françaises fait, là encore, ressortir leur adaptation à mesure des précisions apportées par les instruments européens. Si, reprenant une pratique bien établie²⁹⁴, la loi du 30 décembre 1985²⁹⁵ a imposé, pour la première fois, que la victime soit informée de tout classement sans suite de sa plainte (C.P.P., *anc.* article 40), la loi du 9 mars 2004 a étoffé ce droit à l'information en imposant au procureur d'aviser le plaignant de toutes les suites données (C.P.P., article 40-2). Elle a également exigé que la victime soit informée des raisons juridiques ou d'opportunité qui justifient cette décision afin de pouvoir, le cas échéant, contester la décision du parquet.

b) Son droit à la contestation de la décision du parquet

98. L'affirmation du droit des victimes de contester la décision du parquet apparaît comme une seconde manifestation de l'emprise des droits européens sur la détermination du *corpus* français des garanties dont ces dernières peuvent bénéficier durant les premiers stades de la procédure. De la même manière que pour leur droit à l'information, un parallèle peut être établi entre ceux-ci et l'évolution des dispositions du Code de procédure pénale, quand bien même les rapports parlementaires ne font pas spécifiquement état de l'influence européenne en la matière.

²⁹² CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation Rec(2000)19 du Comité des ministres aux Etats membres sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, adoptée par le Comité des Ministres le 6 octobre 2000, lors de la 724^e réunion des Délégués des Ministres.

²⁹³ Déc.-cadre 2001/220/JAI (statut des victimes), art. 4§2 a).

²⁹⁴ Rapport n°35 sur le projet de loi relatif à la simplification des procédures et à l'exécution des décisions pénales, Enregistré à la Présidence du Sénat le 16 octobre 1985, présenté par C. JOLIBOIS.

²⁹⁵ L. n°85-1407 du 30 décembre 1985 relative à a simplification des procédures et à l'exécution des décisions pénales, *JORF* 31 déc. 1985, p. 15505, art. 1^{er}, introduit à l'article 40 du code de procédure pénale.

99. Les précisions progressivement apportées par les instruments européens en la matière -. Si aucun instrument européen n'a, à proprement parlé, promu une harmonisation du statut de la victime au cours des procédures pénales, ils ont en revanche envisagé son droit de contester la décision prise par le parquet à l'issue des investigations. La recommandation de 1985 sur le statut des victimes a ainsi encouragé les autorités nationales à revoir leur législation pour s'assurer que toute « *décision discrétionnaire relative aux poursuites [soit] prise en considération adéquate de la question de la réparation du dommage subi par la victime* » (point 5) et garantir à celle-ci « *un droit de demander la révision par l'autorité compétente d'une décision de classement ou [le] droit de procéder par citation directe* » (point 7). La recommandation de 2000 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale s'y est également intéressée, s'attachant en cela à compenser les fragilités des systèmes européens reposant sur le principe d'opportunité des poursuites, à l'image du système français²⁹⁶. Il s'est précisément agi de « *renforcer l'ensemble des contrôles et équilibres visant à garantir que le système de justice pénale n'est pas détourné de ses objectifs* » et, en conséquence, de faire contrepoids à la liberté – certes toute relative, puisqu'encadrée par la loi et la politique pénale²⁹⁷ - du procureur lorsqu'il décide des suites à donner à la procédure. A cet effet, la recommandation a invité les Etats à permettre aux victimes voire, faute de victimes identifiables ou identifiées²⁹⁸, à toutes autres « *parties intéressées par l'affaire lorsqu'elles sont reconnues telles ou identifiables* »²⁹⁹ de « *contester la décision prise par le ministère public de ne pas engager des poursuites* ». Au terme de la recommandation, cette contestation peut prendre la forme d'un recours hiérarchique, d'un contrôle juridictionnel ou encore du droit reconnu à la victime d'engager des poursuites³⁰⁰. La directive du 25 octobre 2012 précitée contient également certaines dispositions inhérentes à ce droit³⁰¹.

100. Leurs répercussions sur le droit interne -. Un certain parallèle peut être établi entre les encouragements européens et l'évolution du droit interne, étant néanmoins rappelé que celui-ci offrait déjà la possibilité à la victime la possibilité de

²⁹⁶ Rec. (2000)19, préc., Commentaire sur chaque point de la Recommandation, Recommandation 34, p. 33 et s.

²⁹⁷ V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., n°1149 et s., pp. 795 et s.

²⁹⁸ Ainsi, notamment, en matière de « *corruption ou [d']atteintes aux intérêts financiers de l'Etat ou d'une collectivité territoriale* » (Rec. (2000)19, préc., Commentaire sur chaque point de la Recommandation, recommandation 34, p. 33 et s.).

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ Son article 11 oblige les Etats, « *selon le rôle qui est attribué aux victimes par le système de justice pénale concerné* » et conformément aux règles fixées par le droit national, à s'assurer « *que la victime ait le droit de demander le réexamen d'une décision de ne pas poursuivre* » (article 11§1). Si elle laisse donc certaines marges de manœuvre aux Etats membres, la directive précise toutefois que « *[l]orsque, conformément au droit national, le rôle attribué aux victimes dans le système de justice pénale concerné n'est établi qu'une fois qu'une décision de poursuivre l'auteur a été prise, les Etats membres veillent à ce qu'au moins les victimes d'infractions graves aient le droit de demander le réexamen d'une décision de ne pas poursuivre* » (article 11§2).

prendre l'initiative des poursuites par la voie de l'action, en saisissant le juge d'instruction³⁰² ou, lorsque les faits revêtent une qualification délictuelle ou contraventionnelle, en citant directement celui qu'elle considère comme l'auteur de l'infraction devant le tribunal³⁰³. En revanche, la possibilité pour un plaignant de contester, par d'autres voies, la décision du procureur de la République, a été précisée en parallèle des recommandations européennes précitées. Cette possibilité avait été discutée par la Commission Truche dès la fin des années 1990³⁰⁴, avant d'être envisagée par le projet de loi relatif à l'action publique, présenté par Madame Guigou en 1998³⁰⁵. L'un et l'autre avaient envisagé la création d'une commission spécialement chargée d'apprécier la requête d'un plaignant contestant la décision du parquet de ne pas poursuivre afin de diluer le risque de décisions arbitraires, fondées sur d'autres considérations que la bonne administration de la Justice. Il s'agissait, en d'autres termes, d'assurer un contrôle indépendant de ces décisions dans le but d'offrir, *in fine*, des garanties d'indépendance et d'impartialité de l'organe qui statue, équivalentes à celles dont disposent les parties en cas de poursuite³⁰⁶. Les discussions sur la consécration du droit de la victime de contester la décision du parquet de ne pas poursuivre se sont finalement poursuivies lors de l'examen du projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Le souci de ne pas engorger davantage un système de justice pénale déjà à bout de souffle a justifié le choix en faveur de solutions plus mesurées³⁰⁷, consistant en un recours hiérarchique auprès du procureur général (C.P.P., article 40-3) compétent pour enjoindre au procureur de la République d'engager des poursuites par application de l'article 36 du CPP.

101. L'extension à l'enquête de certains droits procéduraux, en particulier de ceux du suspect, est sans aucun doute la manifestation la plus frappante de l'influence directe des droits européens sur les dispositions françaises applicables à la mise en état des affaires pénales. Une autre manifestation de celle-ci peut toutefois être recherchée dans l'enrichissement des moyens d'investigation à la disposition des autorités répressives pour quêter la vérité.

³⁰² V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°1643 et s., pp. 1101 et s. ; Sur l'encadrement de la recevabilité d'une plainte avec constitution de partie civile depuis la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, par souci de limiter l'engorgement des cabinets des juges d'instruction et d'assurer, en toute hypothèse, l'information préalable du procureur de la République, V. not., S. DETRAZ, « Le nouveau dispositif de recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile », *JCP éd. G.* 2008. I. 111.

³⁰³ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°2893 et s., pp. 1967 et s.

³⁰⁴ P. TRUCHE (sous la Prés.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la Justice, op. cit.*, pp. 24 et s.

³⁰⁵ Projet de loi n°957 relatif à l'action publique en matière pénale et modifiant le code de procédure pénale, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 juin 1998, Présenté par E. GUIGOU, art. 5.

³⁰⁶ P. TRUCHE (sous la Prés.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la Justice, op. cit.*, p. 24.

³⁰⁷ Rapport n°444 sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Rattaché pour ordre au procès-verbal de la séance du 24 juillet 2003, Enregistré à la Présidence du Sénat le 24 septembre 2003, Présenté par F. ZOCCHETTO, p. 284.

B. La consolidation des possibilités d'investigation

102. Un phénomène de gonflement des dispositions du Code de procédure pénale inhérentes aux moyens d'investigation dont disposent les autorités répressives -. Personne ne peut contester un phénomène de gonflement des dispositions du Code de procédure pénale relatives aux moyens d'investigation. A l'évidence, leur multiplication ou l'extension de leur champ se sont expliquées par la nécessité, ressentie par le législateur, d'adapter les moyens dont disposent les autorités policières et judiciaires à la particularité de certaines infractions, qui s'illustrent par un caractère plus occulte³⁰⁸, ou à des nouvelles formes de commission qui rendent la preuve plus difficilement saisissable, car plus volatile. Ce serait donc un truisme que d'indiquer que ce développement s'est parfois réalisé indépendamment de toute invitation européenne. Certains exemples manifestent cependant l'impact qu'ont pu avoir certains instruments européens sur la multiplication des dispositions relatives aux possibilités d'investigation. Encore conviendrait-il d'opérer une distinction en fonction de l'effet réel des droits européens sur le déploiement des moyens d'investigation. S'ils ont parfois encouragé le législateur à adapter le droit à la particularité de l'environnement dans lequel se commettent certaines infractions ou à habiliter les autorités nationales à recourir à certains moyens d'investigation particuliers, ils l'ont, d'autres fois, contraint à encadrer l'utilisation de certaines techniques d'investigation qui ne faisaient encore pas l'objet d'un régime juridique précis malgré leur utilisation. Un double impact se dessine donc. Les instruments européens ont contribué tantôt à un renforcement apparent des moyens d'investigation (1), tantôt à une consolidation effective des techniques disponibles en encourageant leur utilisation (2).

1) Le renforcement apparent des moyens d'investigation

103. La conséquence d'une remise en cause d'une conception souple du principe de légalité en procédure pénale -. Ce renforcement apparent a résulté d'une remise en cause, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne, de l'acceptation encore souple du principe de légalité en matière de procédure pénale qui, moins bien affirmé qu'en droit pénal de fond, y occupe cependant une place tout aussi centrale³⁰⁹. Comme l'a écrit Georges Levasseur, c'est en effet « à tort que l'on énonce

³⁰⁸ V. not., J. PRADEL, « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *D.* 1998, p. 57 ; V. ég., Rapport explicatif joint à la convention pénale sur la corruption, p. 24, n°114.

³⁰⁹ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°248 et s., pp. 153 et s.

généralement le principe de la légalité sous la forme de “légalité des incriminations et des peines”. En réalité c’est de “légalité de la répression” qu’il conviendrait de parler, car la répression met en péril la liberté individuelle dès le premier moment où elle s’exerce et jusqu’à l’achèvement de l’exécution de la peine, et cette liberté ne peut trouver de protection que dans la loi. Le principe de la légalité est indispensable pour donner à la répression le caractère objectif fondamental sans lequel on ne peut parler de justice ; il est lié à la séparation des pouvoirs, et trouve son application à chacune des phases de l’œuvre répressive »³¹⁰. C’est d’ailleurs, a-t-il ajouté, « en ce domaine qu’il a été observé le plus tôt, du fait de l’ordonnance de 1670 (la grande ressource de la défense était alors de parcourir les nombreux degrés de juridiction pour se prévaloir des vices de procédure). La déclaration des droits de l’Homme (article 8) subordonnait le prononcé d’une peine à l’existence d’un texte antérieur “légalement appliqué”. La Constitution du 4 octobre 1958 ne s’est pas contentée de rappeler, dans son préambule, son attachement aux droits de l’Homme définis par la Déclaration de 1789, elle a pris soin de mentionner expressément (article 34) parmi les matières relevant du domaine législatif “la procédure pénale” et “la création de nouveaux ordres de juridiction”»³¹¹.

S’il n’y a donc aucun doute sur l’application de ce principe intrinsèquement lié à la prééminence du droit, la conception classiquement souple de celui-ci en matière de procédure pénale s’est heurtée aux exigences, plus strictes, de la Cour européenne. Elles ont obligé le législateur à préciser le régime des actes d’investigation portant atteinte au droit au respect de la vie privée. S’il en a résulté une multiplication des dispositions relatives aux possibilités d’investigation, la consolidation de ces moyens n’est ce faisant qu’apparente.

104. La conception classiquement souple du principe de légalité en matière de procédure pénale dans la jurisprudence des juridictions internes -. Il n’est certainement pas besoin de revenir, en détail, sur la conception souple, voire minimaliste, qui fut – voire est demeurée³¹² – celle des juridictions nationales à propos de ce principe. L’exemple historique est celui de l’enquête officieuse, développée par la pratique sous l’empire du Code d’instruction criminelle. Son illégalité, discutée en son

³¹⁰ G. LEVASSEUR, « Réflexions sur la compétence, un aspect négligé du principe de la légalité » in *Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d’études en hommage à M. Louis Hugueney*, Sirey, Paris, 1964, n° 4, p. 13 ; V. ég., M. HERZOG-EVANS, « Le principe de légalité en procédure pénale », *LPA* 6 août 1999, n°156, p. 4 ; R. GASSIN, « Le principe de légalité et la procédure pénale », *RPDP* 2001, n°2, p. 300.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² Cass. crim., 22 nov. 2011, *Bull. crim.* n°234, *Procédures* 2012, comm. 18, A.-N. CHAVENT-LECLERE ; *Dr. pén.* 2012, comm. 12, A. MARON ET M. HAAS ; *JCP éd. G.* 2012. 49, comm. A. BONNET ; *Gaz. Pal.* 13 janv. 2012, p. 44, obs. F. FOURMENT ; *AJ pén.* 2012, p. 293, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

temps³¹³, avait été écartée par la chambre criminelle, en considération notamment du consentement de la personne concernée par la mesure mise en œuvre³¹⁴. Il en résultait cependant que l'inexistence d'une loi préalable n'avait pas pour effet d'emporter l'illégalité de la mesure concernée. Cette lecture, que l'on pourrait croire d'un autre temps, a trouvé quelques manifestations récentes comme le montre un arrêt du 26 février 2003³¹⁵. Dans celui-ci, la Haute juridiction française a jugé, à propos d'une reconstitution réalisée dans le cadre d'une enquête de flagrance, que l'opération litigieuse était licite dès lors qu'elle n'était prohibée par aucun texte. Cette solution est contestable sur le plan des principes puisqu'elle illustre le maintien d'une conception minimaliste du principe de légalité. Il faut toutefois reconnaître que l'atteinte au droit au respect de la vie privée causée n'est pas évidente de telle sorte que son inclusion dans le champ de l'article 8 de la Convention européenne est plus incertaine.

105. Le plus souvent, la conception souple de ce principe par les juridictions internes s'est manifestée par la manière dont la Cour de cassation s'est retranchée derrière l'existence de dispositions générales habilitant les autorités répressives à recourir à tous les actes nécessaires à la manifestation de la vérité, assortissant la licéité de ces mesures et la recevabilité des preuves ainsi collectées de différentes limites et conditions. La jurisprudence rendue à propos des interceptions de télécommunications³¹⁶ ou des sonorisations de véhicules³¹⁷ ou de domicile³¹⁸ offre différents exemples de la manière dont la chambre criminelle a parfois composé avec l'imprécision de la loi, faisant alors prévaloir le contrôle préalable d'un juge du siège, l'absence d'« artifice ou stratagème »³¹⁹, de compromission des droits de la défense³²⁰ ou encore l'observation de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure³²¹. Des arrêts récents témoignent de ce que cette position n'est pas nécessairement celle d'un autre temps, malgré des exigences européennes parfaitement

³¹³ F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle, ou Théorie du Code d'instruction criminelle. De la police judiciaire*, t. IV, 2^e éd., Ed. H. Plon, Paris, 1866, pp. 68 et s.

³¹⁴ V. not., Cass. crim., 4 juil. 1832, préc.

³¹⁵ Cass. crim., 26 fév. 2003, *Bull. crim.* n°56, *Dr. pén.* 2003, comm. 92, A. MARON.

³¹⁶ V. not., Cass. crim., 9 oct. 1980, *Tournet*, *D.* 1981. 332, note J. PRADEL ; *JCP éd. G.* 1982, obs. G. DI MARINO ; *RSC* 1982, p. 144, obs. J. ROBERT ; Cass. crim., 24 avr. 1984, *Peureux, Huvig et autres*, *D.* 1986, juris. 125-128 ; *GAPP* n°15, obs. J. PRADEL ; Cass. crim., 23 juil. 1985, *D.* 1986, somm. 120, obs. J. PRADEL ; Cass. crim., 4 nov. 1987, *D.* 1988, somm. 195, obs. J. PRADEL ; V. ég., G. COHEN-JONATHAN, « Les écoutes téléphoniques », in *Mélanges en l'honneur de G. J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 104.

³¹⁷ Cass. crim., 23 nov. 1999, *Bull. crim.* n°269.

³¹⁸ Cass. crim., 15 fév. 2000, *Bull. crim.* n°68, *Procédures* 2000, comm. n°131, obs. J. BUISSON ; *Dr. pén.* 2000, comm. 82, A. MARON.

³¹⁹ V. not., Cass. crim., 9 oct. 1980, préc. ; Cass. crim., 22 nov. 2011, préc.

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ V. not., Cass. crim., 23 juil. 1985, préc. ; Cass. crim., 4 nov. 1987, préc. ; Cass. crim., 22 nov. 2011, *Bull. crim.* n°234, *Procédures* 2012, comm. 18, A.-N. CHAVENT-LECLÈRE ; *Dr. pén.* 2012, comm. 12, A. MARON ET M. HAAS ; *JCP éd. G.* 2012. 49, comm. A. BONNET ; *Gaz. Pal.* 13 janv. 2012, p. 44, obs. F. FOURMENT ; *AJ Pén.* 2012, p. 293, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

connues³²².

106. L’encadrement européen -. Les rédacteurs de la Convention européenne des droits de l’Homme n’ont évidemment pas fait du droit au respect de la vie privée un droit inviolable, ni du domicile un sanctuaire impénétrable. Telle n’est pas l’ambition de l’article 8 de la Convention, qui admet explicitement qu’il y soit dérogé lorsqu’une atteinte à ce droit est justifiée par la « *défense de l’ordre* », la « *prévention des infractions pénales* » et la « *protection des droits et libertés d’autrui* » (article 8§2). La compatibilité avec les exigences de la Convention est en revanche soumise à certaines conditions au premier rang desquelles figure l’exigence d’une loi préalable revêtue d’une certaine qualité.

107. Cette exigence européenne de légalité, qui n’est pas le propre des atteintes au droit à la vie privée – elle se dégage également de l’article 5 de la Convention³²³-, implique, en premier lieu, que l’ingérence soit prévue par une loi, entendue « *dans son acception ‘matérielle’ et non ‘formelle’* » incluant, donc, l’interprétation des juridictions nationales³²⁴. La Cour s’en est expliquée dans ses arrêts *Kruslin* et *Huwig contre France* en rappelant qu’il ne faut « *forcer la distinction entre pays de common law et pays ‘continentaux’* »³²⁵ (« *la loi écrite (statute law) revêt aussi [...] de l’importance dans les premiers* » tandis que « *la jurisprudence joue traditionnellement un rôle considérable dans les seconds* »). Elle a alors noté que « *dans un domaine couvert par le droit écrit, la “loi” est le texte en vigueur tel que les juridictions l’ont interprété* » et, partant, qu’« *on ne saurait faire abstraction d’une jurisprudence [...] établie* ».

Si l’exigence formulée constitue donc plus un impératif de « *textualité* »³²⁶ que de légalité au sens formel, la rigueur de la Cour s’observe en revanche dans l’exigence de qualité de la « *loi* ». Celle-ci doit être « *accessible* », en ce sens que la personne concernée par l’ingérence « *doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné* »³²⁷. Elle doit également être « *prévisible* » c’est-à-dire « *énoncée avec assez de précision* »³²⁸ ou « *en des termes assez clairs* » « *pour permettre*

³²² Cass. crim., 22 nov. 2011, préc.

³²³ La Cour a notamment rappelé cette exigence dans ses arrêts *Zervudacki contre France* (CEDH, 27 juil. 2006, Req. n°73947/01) et *Medvedyev et autres contre France* (CEDH, 29 mars 2010, Req. n°3394/03) dans lesquels elle observait que les mesures privatives de liberté décidées contre les requérants ne trouvaient pas de base légale suffisante.

³²⁴ CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin c. France*, Req. n°11801/85 (§29) et CEDH, 24 avr. 1990, *Huwig c. France*, Req. n°11105/84 (§28), RUDH 1990, p. 185, obs. G. COHEN-JONATHAN ; D. 1990.353, note J. PRADEL ; Pour un arrêt récent rappelant cette interprétation, V. CEDH, 30 mai 2017, *Trabajo Rueda c. Espagne*, Req. n°32600/12 (§§34 à 38), *Dalloz actualité*, 30 mai 2017, obs. D. GOETZ.

³²⁵ CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin c. France*, préc. (§29) ; CEDH, 24 avr. 1990, *Huwig c. France*, préc. (§28).

³²⁶ V. not., A. GIUDICELLI, « Le principe de légalité en droit français, Aspects légistiques et jurisprudentiels », *RSC* 2007, p. 509.

³²⁷ CEDH, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, préc. (§87).

³²⁸ V. not., CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, Req. n°6538/74 (§49) ; CEDH, 25 mars 1983, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, (§88), *Cab. dr. eur.* 1986. 227, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1985. 218, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER ; CEDH, 22 nov. 1995, *S.*

au citoyen de régler sa conduite »³²⁹, « de prévoir à un degré raisonnable [...] les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé » ou encore « pour lui indiquer de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions, elle habilite les autorités publiques à recourir »³³⁰ à telle ou telle autre mesure.

Ces exigences européennes sont aujourd'hui synthétisées par la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative aux techniques spéciales d'investigations en relation avec des infractions graves, y compris des actes de terrorisme³³¹. Celle-ci encourage en effet les Etats membres, « en conformité avec les exigences de la Convention européenne des Droits de l'Homme, [à] définir dans leur droit national les circonstances et les conditions dans lesquelles les autorités compétentes sont habilitées à recourir à l'utilisation des techniques spéciales d'enquête » (point 1), dont elle recommande par ailleurs l'utilisation dans les investigations portant sur des formes de criminalité « grave ».

108. Les manifestations de ce renforcement apparent - L'encadrement des interceptions de télécommunications par la loi n°91-646 du 10 juillet 1991³³² est l'exemple le plus connu de dispositions françaises puisant leur origine dans ces exigences conventionnelles de clarté et de prévisibilité de la loi préalable. Dans ses arrêts *Kruslin* et *Huvig contre France*, la Cour a rappelé que l'article 8§2 de la Convention implique que le droit interne offre une certaine protection contre les atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par le premier paragraphe. Or, le danger d'arbitraire « apparaît avec une netteté singulière là où un pouvoir de l'exécutif s'exerce en secret » (§30/§29). Elle a alors précisé que si l'exigence de prévisibilité ne doit pas « signifier qu'il faille permettre à quelqu'un de prévoir si et quand ses communications risquent d'être interceptées », elle suppose, en revanche, que la loi définisse « l'étendue et les modalités d'exercice avec une netteté suffisante pour fournir à l'individu [, au contrôle duquel échappe ces mesures,] une protection adéquate contre l'arbitraire » (*ibid*). Or, si le rôle du juge d'instruction dans la mise en œuvre des interceptions de télécommunications ne devait être minimisé, tout comme les conditions auxquelles la chambre criminelle soumettait leur licéité (§34/§33), la Cour a observé que le droit en vigueur n'offrait pas de « sauvegardes adéquates contre divers abus à

W. c/ Royaume-Uni, Req. n° 20166/92 (§35) ; V. ég., CEDH, 10 fév. 2011, *Dimitrov Kazakov c. Bulgarie*, req. n°11379/03 (§32).

³²⁹ V. not., CEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, préc. (§49) ; CEDH, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, préc. (§88).

³³⁰ V. not., CEDH, 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, Req. n°8691/79 (§67), RSC 1984, p. 145, obs. L.-E. PETITTI ; CEDH, *Huvig c. France*, préc. (§29) ; CEDH, *Kruslin c. France*, préc. (§30) ; CEDH, 9 janv. 2013, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, Req. n°21722/11 (§170).

³³¹ CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation Rec(2005)10 du Comité des Ministres aux Etats membres relative aux « techniques spéciales d'enquête » en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme, 20 avr. 2005.

³³² L. n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques, *JORF* du 13 juillet 1991, p. 9167. V. not., J. PRADEL, « Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par voie de télécommunications. Commentaire de la loi n°91-646 du 10 juillet 1991 », *D.* 1992, chron. 49 ; V. ég., J.-Cl. *Procédure pénale*, Fasc. 20, « Interception des correspondances émises par voie de télécommunications », par J. DUMONT, 2004.

redouter» (§35/§34). Elle a relevé, élaborant de véritables lignes directrices pour les législateurs et juges nationaux, que rien ne définissait les catégories de personnes susceptibles d'être mises sur écoute judiciaire, ni la nature des infractions de nature à y donner lieu, qu'aucune règle n'obligeait le juge d'instruction à fixer une limite à la durée de la mesure et qu'aucun article, enfin, ne précisait « *les conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignnant les conversations interceptées, ni les précautions à prendre pour communiquer intacts et complets les enregistrements réalisés, aux fins de contrôle éventuel par le juge - qui ne pouvait guère se rendre sur place pour vérifier le nombre et la longueur des bandes magnétiques originales - et par la défense, ni les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction desdites bandes, notamment après non-lieu ou relaxe* » (*ibid.*). A la suite de ces deux condamnations, la chambre criminelle a adapté sa jurisprudence³³³, avant que la loi du 10 juillet 1991 ne vienne combler les carences du droit français, dorénavant compatible avec les exigences que la Convention formule³³⁴.

109. L'encadrement des sonorisations de lieux privés constitue un second exemple même si la normalisation du droit français s'est opérée de manière plus spontanée. Alors que l'affaire *Vetter contre France*³³⁵ était encore pendante devant la Cour européenne, et devait finalement donner lieu à une condamnation pour méconnaissance de clarté et de prévisibilité de la loi (§27), la loi du 9 mars 2004 a encadré le régime des sonorisations de lieux privés et fixations d'images (C.P.P., *anc.* article 706-96), dont la légalité reposait encore, sous réserve du respect des conditions formulées par la Cour de cassation, sur l'article 81 CPP³³⁶. Lors des travaux parlementaires, le rapporteur de la loi devant l'Assemblée nationale avait relevé la nécessité d'un tel encadrement, faisant observer que « *la plupart des pays développés se sont dotés de ce type de moyens et que la France est régulièrement sollicitée par les services de pays voisins qui, par exemple, ont sonorisé des véhicules de trafiquants de drogue et se voient dans l'impossibilité de poursuivre l'enquête – ou alors de manière illégale – lorsque ces véhicules passent nos frontières* »³³⁷. Le législateur s'est alors inspirées des lignes directrices formulées par la Cour européenne dans ses arrêts *Kruslin* et *Huwig* précités.

Plus intéressante est probablement la manière dont les droits européens ont contribué à un enrichissement effectif des possibilités d'investigation.

³³³ Cass. crim., 15 mai 1990, *Bull. crim.* 1990, n° 193, *JCP éd. G* 1990, II, 21541, note JEANDIDIER ; *Dr. pén.* 1990, comm. 238 ; Cass. crim., 6 nov. 1990, *Bull. crim.* 1990, n° 369 ; Cass. crim., 26 nov. 1990, *Bull. crim.* 1990, n° 401, *Dr. pén.* 1991, comm. 333, 1er arrêt ; Cass. crim., 19 mars 1991, *Dr. pén.* 1991, comm. 333, 3e arrêt.

³³⁴ CEDH, 28 août 1998, *Lambert c. France*, Req. n°23618/94 (§28), *JCP éd. G. I.* 105, obs. F. SUDRE ; *D.* 1999, somm. 271, obs. J.-F. RENUCCI ; *RSC* 1998, p. 829, obs. L.-E. PETTITI ; *RTD civ.* 1998, p. 994, obs. J.-P. MARGUENAUD.

³³⁵ CEDH, 31 mai 2005, *Vetter c. France*, Req. n°59842/00, *D.* 2005. 1755, note J. PRADEL ; *RSC* 2006, p. 663, obs. F. MASSIAS.

³³⁶ V., *Supra*, n°105.

³³⁷ J.-L. WARSMANN, *JOAN*, 1 ère séance du 22 mai 2003, p. 4035.

2) L'enrichissement effectif des moyens d'investigation

110. Précisions préalables -. Si la consolidation des possibilités d'investigation a souvent été justifiée par des considérations strictement nationales, elle s'est aussi régulièrement inscrite dans le sillon d'instruments internationaux³³⁸, y compris européens, de différente nature. La première typologie d'instruments est évidemment celles des instruments promouvant un rapprochement des législations et des pratiques nationales dans des domaines particuliers de criminalité (criminalité organisée, corruption, cybercriminalité ...). Les instruments élaborés dans l'enceinte du Conseil de l'Europe, qu'il s'agisse de conventions ou de recommandations, offrent d'assez nombreux exemples d'un attrait pour une certaine harmonisation, face à une criminalité qui s'internationalise. Parce qu'ils supposent un impact plus direct sur les législations nationales, les répercussions de ces derniers sont les saillantes. Cette première typologie d'instruments ne doit cependant pas occulter l'effet, certes plus indirect, de ceux dont la vocation première est d'organiser la coopération que s'apportent les Etats membres ou parties et dont les premiers sont *in fine* un support indispensable. Leur impact résulte de la combinaison de deux raisons. D'abord, les investigations sollicitées dans le cadre de l'entraide sont exécutées selon les formes prévues par le droit de l'Etat requis – ou d'exécution –, sous réserve, le cas échéant, des éventuelles formalités ou procédures expressément indiquées par l'Etat requérant ou d'émission³³⁹. Ensuite, les conventions et autres instruments adoptés depuis le début des années 2000 se sont faits plus précis sur certaines formes d'entraide³⁴⁰, visant dorénavant la coopération des autorités nationales aux fins de livraisons surveillées, d'enquêtes discrètes (ou infiltrations) ou encore d'obtention d'informations relatives à des comptes ou des transactions bancaires³⁴¹. L'exécution de ces mesures suggère, suivant la règle *locus regit actum*, que celles-ci soient disponibles selon les droits nationaux. Cette même règle explique aussi,

³³⁸ V. not., NATIONS UNIES, Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, ouverte à la signature à Vienne le 20 décembre 1988 ; NATIONS UNIES, Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, ouverte à la signature à Palerme, les 12-15 déc. 2000.

³³⁹ V., Convention d'entraide pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, 29 mai 2000, *JOCE*, L 197, 12 juil. 2000 (article 4§1). Celle-ci a depuis été remplacée par la directive 2014/41/UE concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale (*JOUE*, L 130, 1^{er} mai 2014) dont l'article 9§1 reproduit néanmoins les termes de l'article 4§1 de la convention précitée ; Dans le cadre du Conseil de l'Europe, V., Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, 8 oct. 2001, *STE* 182, article 8.

³⁴⁰ Rapport explicatif concernant la convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne (Texte approuvé par le Conseil le 30 novembre 2000), *JO C* 379 du 29 déc. 2000, pp. 7-29, spéc. p. 7.

³⁴¹ V., Convention d'entraide pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, préc. ; Protocole à la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, établi par le Conseil conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, *JOCE*, L 326, 21 nov. 2001 ; Tous deux sont aujourd'hui remplacés par les dispositions de la directive 2014/41/UE précitée, qui en reprend les dispositions.

par-delà l'ambition des organisations internationales de favoriser un niveau d'efficacité commun pour faire obstacle à la constitution de *safe heaven*³⁴², l'intérêt pour le rapprochement des droits et des pratiques internes puisque de celui-ci dépend *in fine* l'exécution des demandes sollicitées. Coopération et rapprochement sont, en ce sens, « deux faces d'un même processus »³⁴³.

Inventorier l'ensemble des évolutions des dispositions internes étroitement liées à cette pluralité d'instruments serait fastidieux. L'impact des instruments européens sur la législation française s'illustre néanmoins à l'observation de certains exemples qui tiennent à la modernisation des moyens d'investigation (a) et à l'extension du domaine de certaines techniques spéciales d'investigation (b).

a) La modernisation des moyens d'investigation

111. Objectifs et dispositions de la convention sur la cybercriminalité - Une première illustration de l'enrichissement des moyens d'investigation peut être recherchée dans les implications de la ratification de la convention européenne dite de « Budapest » sur la cybercriminalité du 23 octobre 2001³⁴⁴, dont l'un des objectifs a été d'encourager les Etats parties à faire cas de la particularité de l'environnement numérique³⁴⁵. Au-delà des dispositions consacrées au droit pénal de fond – et donc, à l'incrimination des différents comportements qu'elle vise³⁴⁶ – et à la coopération que

³⁴² A. WEYEMBERGH, « L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union Européenne », *Arch. pol. crim.*, 2004/1, spéc. p. 63 ; V. ég., P. BERNASCONI, « Les infractions transfrontières : terrorisme, trafic de stupéfiants et délits financiers », in M. DELMAS-MARTY (sous la dir.), *Quelle politique pénale pour l'Europe ?* Economica, 1993, p. 80 ; M. DELMAS-MARTY, « La place d'un droit pénal commun dans la construction européenne », in *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Ed. PUF, Coll. « Sinai », Paris, 2001, p. 229, spéc., p. 239 ; A. BERNARDI, « Stratégies pour une harmonisation des systèmes pénaux européens », *Arch. pol. crim.*, 2002/1, n°24, p. 195 ; S. MANACORDA, « Harmonisation et coopération : La nature et l'articulation des rapports », in M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGÉ, E. LAMBERT ABDELGAWAD (sous la dir.), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Coll. « UMR de droit comparé - Société de législation comparée », Vol. 5, Paris, 2003, p. 571 ; A. WEYEMBERGH, « L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union Européenne », *Arch. pol. crim.*, 2004/1, n°26, p. 37 et s., n°46 et s. ; J. LELIEUR, « L'application de la reconnaissance mutuelle à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ? », *ZIS* 9/2010, p. 590 et s. ; *Répert. Dalloz, Droit communautaire*, v° « Coopération et harmonisation », par. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, déc. 2011 ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 81, n°149 ; D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSJY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, op. cit., p. 429.

³⁴³ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., n°149, p. 81.

³⁴⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, Convention sur la cybercriminalité, STE 185, du 23 octobre 2001.

³⁴⁵ Rapport explicatif à la convention sur la cybercriminalité, p. 2, n°6. Pour des études sur ces questions, V. not., H. MATSOPOULOU, « Modalités de la preuve et transformation dans le recueil et l'administration de la preuve », *Arch. pol. crim.* 2004/1, n°26, pp. 141 et s., spéc. pp. 149 et s. ; C. FERAL-SCHUHL, « La collecte de la preuve numérique en matière pénale », *AJ pén.*, 2009, p. 115 ; GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTÉRIEL SUR LA LUTTE CONTRE LA CYBERCRIMINALITÉ, *Protéger les internautes. Rapport sur la cybercriminalité*, fév. 2014, 277 p. ; M. QUEMENER, « Les techniques spéciales d'enquête en matière de lutte contre la cybercriminalité », *AJ pén.*, 2015, p. 403.

³⁴⁶ C'est-à-dire l'accès intentionnel et sans droit à tout ou partie d'un système informatique, l'interception intentionnelle et sans droit, effectuée par des moyens techniques, de données informatiques, l'atteinte à l'intégrité des

se prêtent les Etats parties, cette convention contient un ensemble d'articles engageant les parties contractantes à adapter leur droit pour permettre aux autorités compétentes d'ordonner différentes mesures spécifiquement liées à la cybercriminalité ou au recueil de la preuve dans un environnement numérique (article 14§2) : la conservation rapide de données électroniques spécifiées (article 16) ou leur communication (article 18), la perquisition d'un système informatique ou d'un support de stockage de données informatiques (article 19), la collecte ou l'enregistrement en temps réel des données du trafic le cas échéant par l'intermédiaire du fournisseur de service (article 20) ou, encore, l'interception des données relatives au contenu (article 21) ...

112. Ses répercussions sur le droit français -. Plusieurs évolutions normatives ont directement résulté de la ratification de cet instrument. Les travaux préparatoires à différentes lois en témoignent³⁴⁷. En sont révélatrices les obligations mises à la charge des opérateurs de télécommunications aux fins de la collecte et de la conservation de données du trafic, nécessaires à la satisfaction d'éventuelles demandes en ce sens des autorités judiciaires³⁴⁸, ou les adaptations successivement apportées au régime des perquisitions et des saisies à des fins probatoires par les lois du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure³⁴⁹, la loi « Perben II » du 9 mars 2004 et la loi pour la confiance en l'économie numérique du 21 juin 2004³⁵⁰. Visant à adapter le droit français à l'application prochaine de la convention susmentionnée³⁵¹, celles-ci ont, pour les unes, permis aux autorités compétentes d'« accéder par un système informatique implanté sur les lieux où se déroule la perquisition à des données intéressant l'enquête [ou l'instruction] en cours et stockées dans ledit système ou dans un autre système informatique » accessible depuis celui-ci (C.P.P., articles 57-1, 76-3 et 97-1), pour les autres, autorisé les enquêteurs à procéder à la saisie des données soit par saisie du support de stockage, soit par copie (C.P.P., articles 56 et 57-1, 76 et 76-3, 96, 97 et 97-1). De même, les dispositions issues de la loi du 18 mars 2003 précitée relatives aux réquisitions dites « informatiques » (C.P.P., *anc.* articles 60-1, 77-1-1 et 151-1-1) sont la traduction des engagements résultant de la convention précitée. La loi du 9 mars 2004 les a depuis réécrites pour répondre au paradoxe qui avait consisté à préciser le régime *sui generis* des réquisitions informatiques sans s'être

données informatiques ou d'un système informatique, les infractions se rapportant à la pédopornographie infantile notamment.

³⁴⁷ Rapport n°508 sur le projet de loi pour la sécurité intérieure, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 déc. 2002, Présenté par C. ESTROSI, p. 67 ; Avis n°351 sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, Annexe au procès-verbal de la séance du 11 juin 2003, Présenté par A. TURK, p. 127.

³⁴⁸ V. not., B. WARUSFEL, « Procédure pénale et technologie de l'information. De la convention sur la cybercriminalité à la loi sur la sécurité quotidienne », *Droit & Défense*, 2002, p.1, spéc. p. 4 ; V. ég., Y. PADOVA, « Un aperçu de la lutte contre la cybercriminalité », *RSC* 2002 p. 765.

³⁴⁹ L. n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JORF* 19 mars 2003, p. 4761.

³⁵⁰ L. n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique, *JORF* 22 juin 2004, p. 11168.

³⁵¹ C. ESTROSI, Rapport n°508, préc., p. 67.

attaché préalablement à l'élaboration d'un régime général³⁵².

b) L'extension du champ des techniques spéciales d'investigation

113. L'extension du domaine d'application des techniques spéciales d'investigation et autres mesures particulièrement intrusives, voire leur quasi généralisation, est certainement l'illustration la plus éclairante des implications des instruments internationaux, y compris européens, sur le renforcement des moyens d'investigation en droit interne.

114. Panorama des instruments y invitant ou y engageant -. Le nombre d'instruments y encourageant ou y engageant est ici remarquable. Aux instruments ayant pour première ambition de contribuer au rapprochement des législations et des pratiques se joignent les instruments propres à l'entraide. Plusieurs instruments sectoriels, essentiellement issus du Conseil de l'Europe, et spécifiquement consacrés à des typologies d'infractions qui se caractérisent par l'opacité qui entoure leur commission – corruption, trafics de stupéfiants, traite des Etres humains -, peuvent ici être cités : ainsi de la recommandation concernant les principes directeurs pour la lutte contre la criminalité organisée du 19 septembre 2001³⁵³ ou de la convention pénale sur la corruption de 2001³⁵⁴. Des instruments plus généraux, dont la recommandation sur les techniques spéciales d'enquête en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme est l'exemple le plus éclairant³⁵⁵, peuvent également être relevés. Chacun a invité les Etats membres à habiliter leurs autorités à recourir à ces TSE dans les enquêtes portant sur les infractions qu'ils visent. Sont envisagées les « *opérations sous couverture y compris les enquêtes discrètes* », « *les opérations front-store, telles que des entreprises sous couverture* », le recours à des informateurs, les livraisons surveillées, les observations « *y compris transfrontalières* », les « *interceptions de communications* », des « *pseudo-achats ou autres "pseudo-crimes"* »³⁵⁶ dès lors que ces mesures sont nécessaires et proportionnées au but recherché et sous réserve d'un « *contrôle adéquate* »³⁵⁷. Les dispositions propres à certaines

³⁵² J.-L. WARSMANN, Rapport n°856, préc., 2^e partie, p. 104.

³⁵³ COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec. (2001) 11 concernant des principes directeurs pour la lutte contre le crime organisé, adoptée le 19 septembre 2001.

³⁵⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, Convention pénale sur la corruption, STE 173, du 21 janvier 1999.

³⁵⁵ COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(2005)10 relative aux techniques spéciales d'investigations, en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme, adoptée le 20 avril 2005.

³⁵⁶ Projet de Recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres relatif aux « techniques spéciales d'enquête » en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme, Rapport explicatif, CM(2005)41-Add 2, 23 mars 2005, point 27.

³⁵⁷ COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(2005)10 relative aux techniques spéciales d'investigations, en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme, préc.

formes particulières d'entraide (livraisons surveillées lorsque les faits sur lesquels portent les investigations sont susceptibles de donner lieu à une extradition³⁵⁸, enquêtes discrètes³⁵⁹, interceptions transfrontières de télécommunications³⁶⁰) contenues dans des instruments relatifs à l'entraide judiciaire ont également contribué aux évolutions du droit interne en la matière.

115. Répercussions sur le droit français -. Deux lois sont particulièrement caractéristiques de cette influence. La première est celle du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité³⁶¹, qui a étendu à toutes infractions relevant de ce qu'il est dorénavant convenu de qualifier de « délinquance et criminalité organisée » (C.P.P., articles 706-73 et 706-74), selon le législateur français³⁶², des techniques d'investigations jusqu'alors essentiellement réservées aux faits de trafics de stupéfiants. Ainsi de certains procédés de surveillance et de collecte de la preuve³⁶³,

³⁵⁸ Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, préc., article 12 ; Deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire, préc., article 18.

³⁵⁹ Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, préc., article 14 ; Deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire, article 19.

³⁶⁰ Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, préc., articles 19 et s.

³⁶¹ Pour des études complètes de ces dispositions de la loi, V. not., B. DE LAMY, « La loi n°2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (Crime organisé – Efficacité et diversification de la réponse pénale) », *D.* 2004, p. 1910 ; J.-F. SEUVIC, « Chronique législative, loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *RSC* 2004, p. 376 ; J. PRADEL, « Le crime organisé après la loi française du 9 mars 2004 dite Loi Perben II », *RDP* 2005, p. 133, spéc. p. 158 ; V. ég., Y. BISIQU, « Enquête proactive et lutte contre la criminalité organisée en France », in M.-L. CESONI (sous la dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : La normalisation de l'exception*, Bruylant, LGDJ, 2007, p. 350 ; E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogoatoires », *RSC* 2008, p. 23 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n°1062 et s., pp. 782 et s.

³⁶² Sur la difficulté de définir juridiquement la délinquance et la criminalité organisée, et la variété des critères auxquels se réfèrent les différents auteurs, V. not., B. DE LAMY, « La loi n°2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (Crime organisé – Efficacité et diversification de la réponse pénale) », préc. ; V. ég., M. CUSSON, « La notion de crime organisé », in COLLECTIF, *Criminalité organisée et ordre dans la société*, Colloque Aix-en-Provence, 5, 6 et 7 juin 1996, ISPEC, PUAM, 1997, p. 29 ; R. OTTENHOF, « Le crime organisé : de la notion criminologique à la notion juridique », *ibid.*, p. 45 ; M. MASSE, « Notes brèves sur la rencontre de deux expressions : crime organisé et espace judiciaire européen », *RSC* 2000, p. 469 ; F. DEBOVE, « Vers un droit pénal de la criminalité organisée ? », *LPA*, 12 nov. 2002, n° 226, p. 4 ; X. PRADEL, « La criminalité organisée dans les droits français et italien : des politiques pénales sous le signe de la convergence », *RPDP* 2003, p. 123 ; V. ég., M.-L. CESONI (sous la dir.), *Criminalité organisée : des représentations sociales aux définitions juridiques*, LGDJ, Georg, Bruylant, 2004, 788 p.

³⁶³ Ainsi des procédés de surveillance et de collecte de la preuve légalisés par la loi n° 91-1264 du 19 décembre 1991 relative au renforcement de la lutte contre le trafic des stupéfiants (*JORF* du 20 déc. 1991, p. 16593), dont le régime avait été introduit à l'article L. 627-7 du Code de la santé publique, avant d'être transféré à l'article L. 706-32 du CPP par la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur (*JORF* du 23 déc. 1992, p. 17568). Il disposait qu'« [a]fin de constater les infractions prévues par les articles 222-34 à 222-38 du code pénal, d'identifier les auteurs et complices et d'effectuer les saisies prévues par le présent code, les officiers et, sous l'autorité de ceux-ci, les agents de police judiciaire peuvent, après en avoir informé le procureur de la République, procéder à la surveillance de l'acheminement de stupéfiants ou de produits tirés de la commission desdites infractions. Ils ne sont pas pénalement responsables lorsque, aux mêmes fins, avec l'autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction saisi, qui en avise préalablement le parquet, ils acquièrent, détiennent, transportent ou livrent ces stupéfiants ou ces produits ou mettent à la disposition des personnes se livrant aux infractions mentionnées à l'alinéa précédent des moyens de caractère juridique, ainsi que des moyens de transport, de dépôt, de stockage, de conservation et de communication. L'autorisation ne peut être donnée que pour des actes ne déterminant pas la commission des infractions visées au premier alinéa. Les dispositions des deux alinéas précédents sont, aux mêmes fins, applicables aux substances qui sont utilisées pour la fabrication illicite de stupéfiants et dont la liste est fixée par décret, ainsi qu'aux matériels servant à cette fabrication ». Ces dispositions ont été

qui avaient d'ailleurs déjà pour partie leur origine dans la ratification de conventions internationales, notamment la Convention d'application des Accords de Schengen³⁶⁴. Elle a également eu pour effet d'étendre le domaine d'application de mesures relevant jusqu'à présent du monopole du juge d'instruction (ainsi des interceptions de télécommunications, dont le domaine d'application était alors étendu aux enquêtes portant sur de tels faits). Elle a encore légalisé des possibilités d'investigation dont l'usage n'était pas précisément prévu par la loi (ainsi des sonorisations de lieux³⁶⁵), les réservant, à l'origine, aux informations judiciaires portant sur des infractions relevant de la délinquance et de la criminalité organisées.

116. Les travaux préalables à la loi Perben 2 ont précisément fait état du lien entre les nouvelles dispositions préconisées et les invitations européennes et engagements pris par la France³⁶⁶, rappelant notamment les termes de la recommandation concernant les principes directeurs sur la lutte contre le crime organisé susmentionnée³⁶⁷. Ils ont, en outre, établi un lien entre l'extension du champ d'application de certaines mesures de surveillance – livraisons surveillées et infiltrations – et les stipulations de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union, dont la loi du 9 mars 2004 a anticipé la ratification³⁶⁸. L'adaptation des dispositions applicables dans des procédures strictement nationales

abrogées par la loi du 9 mars 2004 qui a élaboré un régime plus protecteur en matière d'infiltration, règlementant l'anonymat du témoignage des agents infiltrés et leur prise en considération lors du procès et interdisant les provocations policières, conformément aux exigences européennes (V. *infra*). La suppression incidente des « coups d'achat » avait été rapidement déplorée, l'infiltration, telle qu'entendue par l'article 706-81 du code de procédure pénale, paraissant peu adaptée aux « *petits trafics de stupéfiants* » (V., J.-L. WARSMANN, Rapport d'information n°2378, préc., p. 10 ; V. ég., J.-R. LECERF, Rapport n°476, préc., p. 47). La loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance (*JORF*, 7 mars 2007, p. 4297, article 52) a réintroduit, à l'article 706-32 du Code de procédure pénale des dispositions relatives aux coups d'achat pour certaines infractions à la législation sur les stupéfiants. La loi du 3 juin 2016 a introduit des dispositions comparables en matière de trafic d'armes à l'article 706-106 du code de procédure pénale (V. *Supra*, n°21).

³⁶⁴ Ces nouvelles dispositions ont été essentiellement justifiées par la nécessité de protéger les enquêteurs d'une mise en cause de leur responsabilité pénale (Rapport n°134 sur le projet de la loi relatif au renforcement de la lutte contre le trafic de stupéfiants, Annexe au procès-verbal de la séance du 4 décembre 1991, Présenté par P. MASSON, p. 4). Lors des travaux parlementaires, le rapporteur de la loi expliquait néanmoins que la légalisation des « livraisons surveillées » se justifiait au regard de conventions internationales ratifiées par la France : la convention de Vienne du 20 décembre 1988 et de l'article 73 de la convention d'application de l'accord de Schengen. Chacune obligeait, en effet, les Etats parties à prendre les mesures adéquates pour autoriser le recours aux « livraisons surveillées » transfrontières (*Ibid.*, p. 4).

³⁶⁵ V., *Supra*, n°109.

³⁶⁶ Dans le même temps, la lutte contre la criminalité organisée était devenue un élément central de l'agenda JAI au sein de l'Union, ainsi qu'en témoignent deux plans d'action en 1997 et 2000, l'action-commune 98/733/JAI relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne, les conclusions du Conseil de Tampere, ou encore, plus tardivement l'adhésion de l'Union à la convention onusienne dite de Palerme. V. not., A. SCHERRER, A. MEGIE et V. MITSILEGAS, « La stratégie de l'Union européenne contre la criminalité organisée : entre lacunes et inquiétudes », *Cultures & Conflits* [En ligne], 74, été 2009, p. 92 et s.

³⁶⁷ J.-L. WARSMANN, Rapport n°856, préc., 1^{ère} Partie, pp. 47 et 49.

³⁶⁸ Celle-ci a été autorisée, en France, par la loi n°2005-287 du 30 mars 2005 autorisant l'approbation de la convention établie par le Conseil conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne (*JORF*, du 31 mars 2005, p. 5793).

permettait en effet d'y renvoyer aux fins de la mise en œuvre d'une surveillance ou d'une infiltration transfrontière (C.P.P., articles 694-6 et s.)³⁶⁹.

117. Nous ne pouvons omettre d'envisager les contestations qui se sont faites jour³⁷⁰, et demeurent d'actualité³⁷¹, concernant tant le domaine d'application de ces techniques d'investigation particulières qui « embrasse les crimes les plus graves, mais aussi des délits triviaux »³⁷² que la méthode employée par le législateur. Ce dernier a procédé à droit constant c'est-à-dire en déterminant, parmi les infractions existantes, celles qui commises en bande organisée – ou non – devaient relever de la délinquance et de la criminalité organisées – procédant, donc, par liste -, sans suivre exactement les définitions esquissées par la convention onusienne contre la criminalité transnationale organisée (article 2) et l'action-commune européenne 98/733/JAI relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle (article 1)³⁷³. Selon celles-ci, le « *groupe criminel organisé* » ou l'« *organisation criminelle* » est un groupe ou une organisation structuré(e) « *de trois personnes ou plus* » (pour la convention onusienne) ou « *de plus de deux personnes* » (selon l'action-commune européenne) établi depuis un certain temps et agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions présentant une certaine gravité, c'est-à-dire une infraction punie d'une peine d'emprisonnement de quatre années au moins, pour en tirer un avantage financier ou matériel et, le cas échéant, « *influencer indûment le fonctionnement d'autorités publiques* » (selon l'action-commune précitée). Il s'en est expliqué, en précisant que la méthode employée était la plus aisée³⁷⁴. Il avait corrélativement veillé à ce que les infractions énumérées aux articles 706-73 et 706-74 répondent à trois critères : la gravité (chacune des infractions initialement envisagées étant punies de dix années d'emprisonnement au moins), l'atteinte portée aux personnes (seules certaines correspondant à des atteintes aux biens) et, lorsqu'elles correspondaient à des atteintes aux biens, à ce qu'elles ne soient comprises parmi cette liste d'infractions qu'à la condition d'être commises en bande

³⁶⁹ J.-L. WARSMANN, Rapport n°856, préc., 1^{ère} Partie, pp. 113 et s. ; V. ég., Rapport n°441 sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Enregistré à la Présidence du Sénat le 24 septembre 2003, Présenté par F. ZOCCHETTO, p. 103.

³⁷⁰ V. not., CNDCH, « Avis sur l'avant-projet de loi portant adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité », adopté le 27 mars 2003 ; V. ég., B. DE LAMY, « La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité organisée », préc. ; C. LAZERGES, « Les dérives de la procédure pénale », RSC 2003, p. 644 et, du même auteur, « Dédoublage de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux », in F. ALT-MAES, J.-F. BARBIERI, P. BONFILS, R. BONHOMME (sous la coord.), *Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, Paris, 2006, p. 574 ; E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », préc.

³⁷¹ O. CAHN, « Réflexions désabusées sur le chapitre I du titre I de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », préc.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ Action commune du 21 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne, JOCE L 351 du 29 déc. 1998.

³⁷⁴ *Ibid.*

organisée ou dans le cadre d'une association de malfaiteurs³⁷⁵.

Par-delà les critiques portant sur les infractions effectivement mentionnées dans cette liste – soit en raison de leur omission (ainsi de la corruption³⁷⁶), soit en raison de leur inclusion (ainsi de la dégradation de biens en bande organisée, qui correspondrait plutôt à une forme de délinquance « urbaines »³⁷⁷) -, les contestations ont concerné tant la référence à la notion de bande organisée – insuffisamment précise au regard des définitions internationale et européenne, parce qu'elle ne fait pas mention d'une structure existant depuis un certain temps³⁷⁸ - que la méthode consistant en l'élaboration de liste d'infractions. En ce sens, nous ne pouvons que souscrire aux propos de Madame Rubi-Cavagna qui, faisant observer les risques que cette méthode engendre, a indiqué que si, auparavant, « chaque règle dérogatoire devait être adoptée par la voie législative et donc discutée, pour une infraction ou un type d'infractions données, l'existence d'une procédure pour la criminalité organisée [telle qu'elle résulte de la loi du 9 mars 2004] simplifie son extension à de nouvelles infractions »³⁷⁹. En effet, « le régime dérogatoire étant prédéterminé, fixé par des dispositions dérogatoires communes, la discussion parlementaire ne doit porter que sur l'opportunité et la nécessité de placer un comportement infractionnel dans la liste de l'article 706-73 »³⁸⁰.

La multiplication des infractions mentionnées, depuis l'entrée en vigueur de la loi Perben 2, témoigne de l'aisance avec laquelle le législateur étend et fait varier le champ d'application de ces procédures dérogatoires. Le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 2 mars 2004³⁸¹, avait admis sous certaines réserves la constitutionnalité de ces nouvelles dispositions et rappelé la soumission au contrôle concret de l'autorité judiciaire de la gravité et de la complexité des faits susceptibles de donner lieu à l'application des mesures exorbitantes de droit commun (consid. 6 et 17), n'a freiné

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ E. VERGES, « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *AJ pén.*, 2004, p. 181 ; Y. BISIQU, « Enquête proactive et lutte contre la criminalité organisée en France », préc., spéc. p. 354.

³⁷⁷ Y. BISIQU, « Enquête proactive et lutte contre la criminalité organisée en France », préc., spéc. p. 354.

³⁷⁸ C. LAZERGES, « Dédoublage de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux », préc., spéc. p. 578 ; V. cep. Cass. crim., 8 juil. 2015, n°172, *D.* 2015, p. 2541, obs. R. PARIZOT (dans lequel la Cour de cassation se fonde sur le critère d'une structure existant depuis un certain temps pour exclure la circonstance aggravante de bande organisée).

³⁷⁹ E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », préc.

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ Cons. Const., Déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, *D.* 2004, p. 956, obs. M. DOBKINE ; *RSC* 2004, p. 725, obs. C. LAZERGES ; *RFD const.* 2004, p. 347, obs. S. NICOT ; *JCP éd. G.*, 2004, p. 597, obs. F. Le GUHENEZ ; *Ibid.*, p. 619, obs. J.-C. ZARKA ; *RSC* 2005, p. 122, obs. V. BUCK ; *LPA*, 11-14 nov. 2005, p. 5, obs. D. CHAGNOLLAUD ; *Ibid.*, p. 8, obs. R. PIASTRA ; *Ibid.*, p. 14, obs. B. MATHIEU et A.-L. CASSARD-VALEMBOIS.

l'emballlement du législateur qu'à propos des gardes à vue dérogatoires³⁸². Il a en revanche admis que le législateur autorise le recours à certains pouvoirs spéciaux d'investigation pour d'autres infractions graves lorsque la difficulté d'appréhender leurs auteurs le justifie et dès lors, d'une part, que les atteintes au respect de la vie privée qui en résultent demeurent proportionnées au but poursuivi et, d'autre part, que la mise en œuvre des mesures les plus intrusives soit soumise au contrôle préalable d'un juge du siège³⁸³.

118. Les contestations et craintes exprimées par différents auteurs à l'endroit de ces dispositions se comprennent nécessairement. Néanmoins, les instruments internationaux et européens précités contiennent plutôt, nous semble-t-il, des *minima* à respecter dans la perspective d'un rapprochement bienvenu des droits et des pratiques nationales en considération de la dimension souvent transfrontière des infractions concernées. Ils n'ont, au surplus, précisément trait qu'à une problématique particulière, en l'occurrence l'amélioration de la lutte contre des infractions commises par un groupe organisé ou une organisation criminelle. Or, cela ne peut *ipso facto* signifier qu'ils s'opposent à ce que les législateurs nationaux conviennent, en considération de leurs propres exigences législatives et constitutionnelles, de l'application de solutions semblables dans d'autres domaines. La limite est, s'agissant des droits européens, que le triptyque légalité/proportionnalité/nécessité déduit de l'article 8 de la Convention soit respecté et, selon le degré d'atteinte au droit au respect de la vie privée, que l'intervention préalable d'un juge soit prévue, celui-ci étant alors mis en mesure d'apprécier *in concreto* la satisfaction de ces différentes exigences³⁸⁴.

³⁸² Cons. Const., Déc. n° 2014-420/421 QPC du 9 octobre 2014, *M. Maurice L. et autre [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée]* (consid. 13), *RDFC*, avril 2015, p. 206, note S. ANANE ; *D.* 2014, p. 574, comm. A. BOTTON ; *RPDP* 2014, n°4, pp. 833, note S. COMELLAS ; *Bull. Lamy droit pénal des affaires*, 2014, n°144, p. 1, note A. GALLOIS ; *Dr. pén.* 2014, n°11, p. 31, comm. A. MARON et M. HAAS ; *Lettres d'Actualités Droits et Libertés du CREDOF*, 30 oct. 2014, comm. M. TOUILLIER ; Cons. Const., Déc. n° 2015-508 QPC du 11 décembre 2015, *M. Amir F. [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits de blanchiment, de recel et d'association de malfaiteurs en lien avec des faits d'escroquerie en bande organisée]* (consid. 14), *Dr. pén.* 2016, n°1, p. 45, comm. A. MARON et M. HAAS ; *AJ pén.* 2016, p. 77 ; *JCP éd. G.* 2016, n°7, p. 367, chron. B. MATHIEU ; *Ibid.*, n°13, p. 642, chron. J.-H. ROBERT, C. CLAVERIE-ROUSSET, S. DETRAZ, J.-B. PERRIER). Ces décisions se sont inscrites dans le sillon de la décision n°2013-679 DC du 4 décembre 2013, par laquelle le Conseil constitutionnel s'opposait à ce que soient étendues aux infractions économiques et financières énumérées à l'article 706-1-1, les dispositions dérogatoires relatives à la garde à vue (Cons. Const., Déc. n° 2013-679 DC, 4 déc. 2013, Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière (consid. 77), *RPDP*, oct.-déc. 2013, p. 930, obs. A. BOTTON ; *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 2 janv. 2014, obs. M. TOUILLIER ; *Constitution*, janv.-mars 2014, p. 76, obs. C. DE LA MARDIERE). Dorénavant, le CPP distingue les infractions permettant l'application de l'ensemble des dispositions dérogatoires, y compris celles relatives à la garde à vue, de celles qui ne permettent que l'application de certaines d'entre elles, dont celles relatives à la garde à vue (C.P.P., articles 706-73, 706-73-1 et 706-74).

³⁸³ Cons. Const., Déc. n° 2013-679 DC, 4 déc. 2013, préc. (consid. 71 et s.).

³⁸⁴ V., *Infra*.

119. D'autres instruments européens témoignent d'ailleurs de ce que ces TSE ne sont pas intrinsèquement liées à la commission d'infractions par un groupe organisé ou une organisation criminelle mais doivent pouvoir s'étendre à d'autres infractions graves, pour lesquelles l'appréhension de l'auteur et le recueil de la preuve sont particulièrement complexes. La recommandation du 20 avril 2005 relative aux techniques spéciales d'enquête en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme est une première illustration. Celle-ci vise évidemment la « criminalité organisée » parmi les infractions devant permettre « *en tout état de cause* » le recours à de tels procédés³⁸⁵. Elle englobe toutefois plus largement les actes « *constituant une infraction passible d'une peine privative de liberté dont le maximum ne [devrait] pas être inférieur à quatre ans ou d'une peine plus lourde* »³⁸⁶. Surtout, la convention pénale sur la corruption a encouragé, sous réserve des exigences législatives et constitutionnelles des Etats parties, le recours à de tels procédés lors des investigations portant sur les infractions qu'elle énumère. Celle-ci a induit un nouvel élargissement du champ de ces mesures particulières en droit interne. La ratification de cette convention par la France a justifié leur extension aux infractions qualifiées de corruption ou assimilables à celle-ci lors de la loi du 13 novembre 2007³⁸⁷ (C.P.P., *anc.* article 706-1-3). La liste des infractions économiques et financières susceptible de donner lieu à de telles mesures, figurant dorénavant à l'article 706-1-1 du CPP, a été étendue depuis³⁸⁸. Les liens avec les droits européens sont, là, moins certains³⁸⁹.

³⁸⁵ Projet de Recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres relatif aux « techniques spéciales d'enquête » en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme, Rapport explicatif, CM(2005)41-Add 2, 23 mars 2005, point 19.

³⁸⁶ *Ibid.*, point 19.

³⁸⁷ Loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, *JORF* du 14 nov. 2007, p. 18648, *JCP éd. G.* 2008, act. 568, F. STASIAK ; *Dr. pén.* 2008, ét. n°1, P. CONTE. Sur cette justification, V., Projet de loi n°171 relatif à la lutte contre la corruption, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 septembre 2007, Présenté par R. DATI, pp. 3-4 ; Rapport n°243 sur le projet de loi relatif à la lutte contre la corruption, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 octobre 2007, Présenté par M. HUNAUULT, pp. 24 et s.

³⁸⁸ Ainsi, d'abord, à l'occasion de la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière (*JORF*, 7 déc. 2013, p. 19941, *Procédures* 2014, n°2, p. 23, comm. J. BUISSON ; *RSC* 2014, p. 393, comm. N. CATELAN ; *JCP éd. E.* 2014, n°4, p. 9, C. CUTAJAR ; *Droit des sociétés* 2014, n°2, p. 32, comm. R. SALOMON ; *JCP éd. G.* 2014, n°6, p. 46, comm. R. SALOMON ; *Dr. pén.* 2014, n°2, ét., p. 7, comm. M. SEGONDS) qui en a étendu le champ aux délits prévus aux articles 1741 et 1743 du code général des impôts lorsqu'ils sont commis en bande organisée ou lorsqu'il existe des présomptions caractérisées que ces infractions résultent de l'un des comportements mentionnés aux 1° à 5° de l'article L. 228 du livre des procédures fiscales. Ainsi, ensuite, de la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché (*JORF* du 22 juin 2016, texte n°1) qui l'a étendu aux délits d'initié, de divulgation illicite d'informations privilégiées et de manipulation de marché, prévus aux articles L. 465-1 à L. 465-3-3 du code monétaire et financier commis en bande organisée.

³⁸⁹ La première a globalement pris place, selon l'exposé des motifs, dans le contexte du renforcement des outils de lutte contre l'évasion fiscale aux niveaux national, européen et international » (V., Projet de loi n°1011 relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 avril 2013, Présenté par C. TAUBIRA, spéc. p. 3). La seconde a eu pour objet non seulement de mettre en conformité le système de répression des abus de marché avec la jurisprudence constitutionnelle et de la Cour européenne des droits de l'homme mais aussi d'assurer la transposition de la directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014, relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché (*JOUE* 12 juil. 2014, L 173, p. 179), laquelle a notamment convié les Etats membres « à prendre les mesures nécessaires pour veiller à ce que

120. Une source de l'éclatement des dispositions inhérentes aux possibilités d'investigation ? -. L'observation de ces quelques évolutions impliquées par les droits européens *lato sensu* conduisent *in fine* à trouver dans les recommandations et conventions européennes une autre source du morcellement ou de l'éclatement actuel de la procédure pénale, observé et régulièrement discuté tant pour l'illisibilité à laquelle il confine que pour le sentiment de déséquilibre entre l'efficacité de la répression et la protection des libertés individuelles que le champ des mesures dérogatoires inspirent³⁹⁰. Les lois du 9 mars 2004 et du 13 novembre 2007 témoignent de ce que l'éclatement des dispositions françaises trouve, au moins pour partie, son inspiration dans les contours des instruments sectoriels précités.

121. Ce panorama de l'impact des instruments européens sur la législation française qui, relativement long, n'a pas la prétention d'être exhaustif fait ressortir deux domaines principaux d'influence. Les droits des personnes concernées par la procédure d'une part, ont été façonnés à mesure de l'intégration des standards européens en droit interne. La multiplication de dispositions relatives aux possibilités d'investigation est un second aspect de cette influence, justifiée tantôt par le souci de satisfaire aux exigences protectrices de la Convention européenne, tantôt en considération des standards commun d'efficacité formulés par les instruments supranationaux. D'autres évolutions du droit interne légitimées, au moins partiellement, par les standards européens se distinguent de celles-ci en ce que, certes inspirées par ces impératifs, elles ne s'imposaient pas aussi nettement.

§2^d- *Les évolutions davantage inspirées des droits européens*

122. S'il est devenu aussi coutumier d'appeler à certaines évolutions du droit

les forces de l'ordre, les autorités judiciaires et les autres autorités compétentes chargées des enquêtes ou des poursuites relatives aux infractions prévues dans la directive aient les moyens d'utiliser des outils d'enquête efficaces » (Cons. 19).

³⁹⁰ Sur ces questions, V. not., COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Actes du cycle de conférence organisé à Paris du 19 janvier au 22 juin 2006, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, v. spéc. « 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? », pp. 5-55 ; R. GASSIN, « Considérations sur le but de la procédure pénale », in COLLECTIF, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel, op.cit.*, p. 117 et s. ; P. MAISTRE DU CHAMBON, « Observations hétérodoxes sur quelques évolutions de la procédure pénale », *ibid.* p. 397 ; C. LAZERGES, « Dédoulement de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux », préc., p. 573 et s., et du même auteur, « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents », *RSC* 2009, n° 3, p. 695 ; E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », préc. ; D. SALAS, *Du procès pénal*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2010, p. 333 ; Pour des études approfondies sur ce phénomène d'« éclatement » : V. T. POTASZKIN, *L'éclatement de la procédure pénale. Vers un nouvel ordre procédural pénal ?*, *op. cit.* ; M. TOUILLIER, *Procédure pénale de droit commun et procédures pénales spéciales, op.cit.*, 737 p.

interne en considération des droits européens, en particulier des standards strasbourgeois, que de légitimer de nouvelles adaptations de la législation française par égard pour ces derniers, certaines apparaissent davantage comme une traduction, par le législateur français, des exigences supranationales, dans le sens où les adaptations puisant explicitement leur inspiration dans ces droits ne s'imposaient pas aussi sûrement ou, du moins, pas comme le législateur les a transcrites. Il n'est évidemment pas question de contester la possibilité dont dispose le législateur français d'adapter le droit interne à défaut d'obligations européennes aussi franches, ni de mettre précisément en cause les améliorations résultant de telles adaptations. Il s'agit plutôt de pointer le fait que, par-delà les implications certaines des droits européens sur le droit français, ces derniers ont pu avoir un effet plus diffus. Là encore, l'ambition ne peut être d'envisager l'ensemble des évolutions plutôt inspirées par les droits européens que directement impliquées par ces derniers. Des illustrations qui concernent, pour les unes, les droits des personnes concernées par la procédure (A), pour les autres, les organes de la mise en état (B) permettent déjà de mettre au jour cet effet diffus.

A. Le renforcement des droits des personnes concernées par la procédure

123. L'enrichissement des garanties procédurales de la personne mise en examen (1) de même que la consolidation des droits procéduraux du plaignant constitué partie civile ou non (2) offrent, nous semble-t-il, deux manifestations d'évolutions davantage inspirées par les droits européens qu'imposées, sans nuance, par ces derniers.

1) L'enrichissement des garanties procédurales de la personne mise en examen

124. L'inspiration puisée dans le droit européen des droits de l'Homme -. L'affermissement des droits de la personne mise en examen, qui s'est pour une large partie réalisée à l'occasion des lois du 4 janvier 1993³⁹¹ et du 15 juin 2000³⁹², a été indirectement inspirée du droit européen des droits de l'Homme.

125. L'insuffisance des garanties procédurales de la personne mise en cause au stade de l'avant-procès pénal avait été déplorée par la Commission Justice pénale et

³⁹¹ L. n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, préc.

³⁹² L. n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, préc.

droits de l'Homme, qui fondait largement ses constatations sur la jurisprudence européenne, en particulier sur l'interprétation suivant laquelle les exigences découlant de l'article 6 de la Convention trouvaient également à s'appliquer lors de la mise en état³⁹³. Plus précisément, le rapport de la Commission Delmas-Marty soulignait les fragilités des garanties de la défense de la personne officiellement mise en cause en comparaison des possibilités offertes à l'accusation ce qui, selon les membres de ladite Commission, était discutable au regard du principe européen d'égalité des armes³⁹⁴. L'appréciation globale du caractère équitable de la procédure impliquait de restaurer un certain équilibre entre la défense et l'accusation, sauf à risquer que l'équité de la procédure ne soit irrémédiablement compromise dès avant le procès *stricto sensu*. Plusieurs observations de la Commission, qui préconisait *in fine* une refonte d'ensemble de la mise en état, s'articulaient autour de cet axiome. En particulier, elle faisait observer qu'en l'état du droit en vigueur, le dossier de la procédure, communiqué au procureur de la République chaque fois qu'il en faisait la demande, n'était accessible à la défense que deux jours ouvrables avant chacun des interrogatoires du mis en examen ce qui constituait « un déséquilibre manifeste entre l'accusation et la défense »³⁹⁵. Le respect du principe d'égalité des armes impliquait, au contraire, un « égal accès au dossier »³⁹⁶, et donc que la défense bénéficie pareillement d'un accès permanent dès l'accusation officielle³⁹⁷. De même, les membres de la Commission faisaient remarquer qu'en application des dispositions du CPP, le juge d'instruction, auprès duquel la défense pouvait solliciter des actes d'investigation, n'était pas obligé de répondre à une telle demande³⁹⁸, alors qu'il était contraint d'y répondre lorsqu'elle émanait du procureur de la République. Ils en déduisaient, là encore, « un grave déséquilibre » entre l'accusation et la défense³⁹⁹. C'est également en considération du principe d'égalité des armes que la Commission discutait l'impossibilité pour la défense, contrairement à l'accusation, d'interjeter appel des ordonnances du juge d'instruction et de contester la légalité d'un acte d'instruction, d'autant qu'une annulation au stade du procès nuisait à l'efficacité de la procédure en affectant sa « survie » dans son ensemble⁴⁰⁰.

³⁹³ V., *Supra*, n°71.

³⁹⁴ M. DELMAS-MARTY, S. LAVIGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, La documentation française, 1991, spéc., pp. 51 et s., pp. 84 et s. et pp. 93 et s.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 51.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 94.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 213.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 53.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 53.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 213.

126. S'inspirant des observations de la Commission Delmas-Marty, sans en reprendre néanmoins l'essentiel⁴⁰¹, les lois du 4 janvier 1993⁴⁰² et du 15 juin 2000 ont initié un vaste mouvement de renforcement des droits de la personne mise en examen, qui a connu de nouvelles suites avec la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale⁴⁰³. Cette dernière s'est employée, pour remédier à certains dysfonctionnements révélés par l'affaire dite « d'Outreau », à renforcer l'égalité des armes au stade de l'information et le respect du principe du contradictoire lors de son règlement⁴⁰⁴ dans le but de faire échec à une « pratique fâcheuse [, mais néanmoins admise par la chambre criminelle⁴⁰⁵], tendant à la reprise quasi-intégrale du réquisitoire définitif du procureur de la République par le juge d'instruction »⁴⁰⁶ et emportant donc une regrettable confusion des rôles entre l'accusation et le magistrat instructeur⁴⁰⁷. La loi du 4 janvier précitée a reconnu, dans la lignée des observations du rapport sur la mise en état des affaires pénales, à la personne mise en examen le droit d'accéder au dossier de la procédure de façon permanente à compter de l'interrogatoire de première comparution (C.P.P., article 116). Elle a aussi renforcé le droit de la défense de solliciter des investigations complémentaires (C.P.P., article 82-2), en obligeant le juge d'instruction à répondre à de telles sollicitations dans un délai d'un mois, par ordonnance motivée (C.P.P., article 82-1). Elle a enfin permis à la défense de saisir directement la chambre d'accusation d'une requête en annulation (C.P.P., article 173)

⁴⁰¹ V. *Infra*, n°127.

⁴⁰² Sur l'inspiration de cette loi, V. not., Rapport n°44, sur le projet de loi portant réforme de la procédure pénale, Annexe au procès-verbal de la séance du 12 novembre 1992, par J.-M. GIRAULT, p. 11 ; V. ég., P. MAISTRE DU CHAMBON, « Propos critiques et désabusés sur une réforme mort-né de la procédure pénale », in COLLECTIF, *Droit pénal. Procédure pénale. Mélanges en l'honneur du Professeur J. Larguier*, PUG, 1993, Grenoble, p. 131.

⁴⁰³ L. n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, préc.

⁴⁰⁴ Projet de loi n°3393 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 octobre 2006, Présenté par P. CLEMENT, spéc. p. 7 ; Rapport n°3505 sur le projet de loi n°3393 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 décembre 2006, Présenté par M. G. GEOFFROY, spéc., pp. 182 et s. et pp. 256 et s.

⁴⁰⁵ Cass. crim., 26 janv. 2000, *Bull.* n°41.

⁴⁰⁶ Rapport n°3125 fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 juin 2006, Présenté par P. HOUILLON, spéc. p. 377. Sur ce rapport, V. not., C. GAVALDA-MOULENAT, « Comment renforcer le contradictoire dans le procès français. A propos du rapport A propos du rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement et de la loi du 5 mars 2007 sur l'équilibre de la procédure pénale », *Arch. pol. crim.* 2007/1, p. 19.

⁴⁰⁷ G. GEOFFROY, Rapport n°3505, préc., p. 182. Imputant cette pratique au caractère insuffisamment contradictoire de la phase qui précède la clôture de l'information et, partant, à l'asymétrie entre les parties privées et l'accusation, le législateur devait accorder à la défense « une place équivalente à celle du procureur de la République » (*ibid.*, p. 256) et rendre cette phase décisive « véritablement contradictoire » (Projet de loi n°3393, préc., p. 8). Sans revenir sur le détail du règlement de l'information, bien connu⁴⁰⁷, le dispositif réformé autorise désormais les parties à la procédure et, en particulier, la personne mise en examen à faire valoir son point de vue et à discuter les réquisitions définitives du procureur de la République. Ceci doit permettre « au juge d'instruction [de] se positionner de manière plus indépendante par rapport à ces différentes voix » (G. GEOFFROY, Rapport n°3505, préc., p. 182). Pour des études plus complètes de ces dispositions, V. not., C. GUERY, « Une instruction sans fin », *AJ pén.* 2007, p. 271 ; E. MERCINIER, « Nouveau régime de la fin de l'information judiciaire : réflexions pratiques », *AJ pén.* 2008, p. 497 ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op.cit.*, n°1940 et s., pp. 1287 et s.

et d'interjeter appel de certaines ordonnances du juge magistrat instructeur (C.P.P., anc. articles 186 et 186-1). La loi du 15 juin 2000, dont l'objectif affiché était d'« assurer un meilleur équilibre entre les nécessités de la répression et le respect des libertés individuelles » et de permettre « de donner leur entière application aux principes proclamés en 1789 [...] et d'être en pleine conformité avec les engagements internationaux de la France en matière de protection des droits de l'Homme »⁴⁰⁸, s'est inscrite dans ce même sillon. Elle a consolidé le droit à l'information de la personne convoquée en vue de son interrogatoire de première comparution (C.P.P., article 80-2) et accru son droit de solliciter des investigations complémentaires, l'alignant (C.P.P., article 82-1) sur les prérogatives du parquet (C.P.P., article 82)⁴⁰⁹.

127. Si l'inspiration européenne est ainsi très nette, deux observations peuvent néanmoins être formulées pour relativiser l'inscription de ces différentes évolutions dans les pas des obligations supranationales. D'abord, quoique la Cour européenne juge que les garanties du procès équitable, qui ont pour finalité principale, au pénal d'assurer l'équité de la procédure devant le tribunal compétent pour décider du bien-fondé de l'accusation, doivent trouver à s'appliquer dans les phases antérieures du procès *stricto sensu*, il n'en résulte pas, nous semble-t-il, une obligation d'assurer à la personne mise en cause, même officiellement poursuivie, la plénitude des droits de la défense, ni une parfaite égalité entre la défense et l'accusation dès avant l'interrogatoire de première comparution, ni lors de l'information judiciaire. En effet, celles-ci doivent s'appliquer « si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès »⁴¹⁰, ce qui paraît laisser davantage de latitudes. La Cour s'attache, en définitive, à la préservation de l'équité de la procédure appréciée dans son ensemble. Or, elle ne paraît distinguer, lors de cet examen, la phase d'enquête de la phase d'instruction préalable⁴¹¹. Et, l'arrêt *A.T. contre Luxembourg* du 9 avril 2015 paraît plutôt

⁴⁰⁸ Projet de loi n°1079 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, présenté par E. GUIGOU, exposé des motifs, p. 18 ; V. ég., Rapport n°1468 sur la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, le 11 mars 1999, par C. LAZERGES.

⁴⁰⁹ Pour des études plus complètes des dispositions de la loi, V. not., C. CHARBONNEAU et F.-J. PANSIER, « La loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence : première approche », *Gar. Pal.* 21-22 juin 2000, p. 11 ; C. CHARBONNEAU et F.-J. PANSIER, « Commentaire article par article de la loi sur la présomption d'innocence (1^e Partie) », *Gar. Pal.* 29 juin 2000, p. 3 ; C. Charbonneau et F.-J. Pansier, « Commentaire article par article de la loi sur la présomption d'innocence (suite et fin) », *Gar. Pal.* 30 juin 2000, p. 6 ; F. LE GUNEHÉC, « La loi n°2000-516 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, deuxième partie : dispositions spécifiques à l'enquête ou à l'instruction », *JCP éd. G.* 2000.1299 ; J. PRADEL, « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Evolution ou révolution ? », *D.* 2001, p. 1039 ; C. RIBEYRE, « Le contradictoire dans l'instruction préparatoire », in C. RIBEYRE (sous la dir.), *Le contradictoire dans le procès pénal. Nouvelles perspectives*, Actes du colloque organisé le 8 décembre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles, Ed. Cujas, Coll. « Actes et Etudes », Paris, 2012, p. 87.

⁴¹⁰ CEDH, 24 nov. 1993, *Imbrioscia c. Suisse*, Req. n°13972/88 (§36).

⁴¹¹ CEDH, 27 avr. 2006, *Horomidis c. Grèce*, Req. n°9874/04 (§34) ; V. ég. CEDH, 9 avril 2015, *A.T. c. Luxembourg*, Req. n°30460/13, *AJ pén.* 2015, p. 380, obs. S. LAVRIC ; *RSC* 2015, p. 736, obs. D. ROETS ; *D.* 2016, p. 225, J.-F. RENUCCI.

témoigner que la Cour s'attache à l'équilibre global de la procédure, en appréciant concrètement si l'inconsistance des droits de la défense à un stade ou à un autre de celle-ci a eu, ou non, pour effet de compromettre l'équité de la procédure examinée dans son ensemble⁴¹². Si rien n'interdit au législateur d'aller au-delà de ces standards minimums, plus discutables a été la manière de procéder.

C'est la seconde observation. En procédant comme il l'a fait, le législateur n'a fait que s'inspirer des propositions de la Commission Delmas-Marty et en a omis l'essentiel. Par-là même en ne s'attachant qu'aux garanties procédurales de la personne mise en examen, sans repenser l'ensemble de la mise en état des affaires pénales, ou l'articulation de ses différentes phases, il n'a pu répondre aux contestations que le rapport avait formulé au regard des exigences de la Convention européenne. Le rapport de la Commission Delmas-Marty, par-delà la mise en cause des fonctions du juge d'instruction inspirant une redistribution des rôles entre le procureur et le juge, faisait encore le constat des implications de la mutation de l'avant-procès pénal sur le plan des garanties procédurales. S'il pointait certes les carences de celles-ci au stade de l'information judiciaire, il relevait surtout l'absence de garanties qui procédait de la montée en puissance de l'enquête de police au détriment de l'instruction. La Commission constatait en effet qu'« en moins de trente ans (1960-1988), la proportion d'affaires portées à l'instruction s'[était] réduite d'environ 20% à moins de 10% »⁴¹³, ce qui s'expliquait par une tendance, accentuée depuis une dizaine d'années, consistant à faciliter, dans le souci d'économie de moyens et de systématisation de la réponse pénale, la saisine directe de la juridiction de jugement. Cette tendance s'observait surtout, relevait le rapport, dans la loi dite « sécurité et liberté » du 2 février 1981, qui élargissant le champ de la comparution immédiate, permettait de s'assurer de la présence de la personne mise en cause, sans recourir à l'information judiciaire. Cette évolution conduisant la Commission a insisté sur les répercussions de ce contournement de l'instruction préparatoire, indiquant que dans ce cas « aucun droit n'est accordé à la défense puisqu'il n'y a, par hypothèse, [au stade de l'investigation,] ni instruction, ni inculpation ... ni défense »⁴¹⁴. Elle concluait qu'« il dev[enait] nécessaire – et urgent - [...] d'assurer la mise en œuvre des dix principes fondamentaux [qu'elle formulait] dans toutes les affaires »⁴¹⁵ »⁴¹⁶. Les auteurs du rapport avaient, d'ailleurs, mis le législateur en garde sur la nécessité d'appréhender globalement les propositions formulées au risque

⁴¹² Sur cet arrêt, V., *Infra*, n°748 et s.

⁴¹³ M. DELMAS-MARTY, S. LAVISGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, préc. p. 123.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 124.

⁴¹⁵ Nous soulignons.

⁴¹⁶ M. DELMAS-MARTY, S. LAVISGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, préc. p. 125.

d'un déséquilibre malvenu⁴¹⁷. Serges Lavisgnes et Marcel Lemonde indiquaient, dans leur présentation sommaire du projet, que la Commission « s'[était] refusée, avec une particulière netteté, à constituer une sorte de vivier dans lequel le réformateur pourrait puiser à son gré, selon son désir, selon l'audace dont il est prêt à faire preuve et selon les moyens de tous ordres dont il dispose. Bien au contraire, [les propositions faites constituaient] un ensemble cohérent dont les divers éléments résultent de la conception d'un système original, et ne sauraient, de ce fait, être dissocié[s] »⁴¹⁸. Aussi, ne suivre que certaines de ces recommandations conduirait à des résultats aux antipodes de ceux recherchés. En effet, si la Commission proposait un nouvel équilibre, en développant les droits de la défense de la personne mise en cause, le résultat souhaité dépendait préalablement de la recomposition de la mise en état des affaires pénales préconisée. A défaut, ce serait certes prémunir contre une compromission éventuelle de l'équité de la procédure en cas d'ouverture d'une information. En revanche, ne reprendre les propositions formulées que pour partie ne réglerait pas la problématique soulevée dans les hypothèses, ô combien les plus nombreuses, dans lesquelles un juge d'instruction ne serait pas saisi préalablement à la saisine de la juridiction de jugement. Au contraire, en procédant comme il l'a fait, le législateur n'a en définitive fait qu'accroître la dissymétrie des droits des personnes mises en cause dans une procédure pénale en fonction du cadre des investigations, dissymétrie qui est aujourd'hui au cœur des contestations.

128. Des évolutions récentes plus directement impliquées par les droits européens -. Nous ne pourrions omettre, en revanche, de rappeler que certaines évolutions plus récentes des dispositions relatives aux droits de la personne mise en examen ont directement résulté des obligations nées des directives de l'Union. L'exemple le plus révélateur est certainement la possibilité, dorénavant reconnue à la personne mise en examen de prendre elle-même connaissance des pièces du dossier de la procédure lorsqu'elle n'est pas assistée d'un avocat. Si au cours de l'information judiciaire un accès aux éléments du dossier, dans l'état dans lequel il se trouve au

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 143 (« La Commission a choisi, en toute connaissance de cause, de ne pas se borner à suggérer un « toilettage » du code de procédure pénale ou un recensement d'aménagements pratiques parmi lesquels les instances politiques pourraient puiser à leur gré. Elle est, de ce fait, pleinement consciente du caractère novateur de la réforme d'ensemble qu'elle propose. Toutefois, prête à faire preuve d'audace, elle refuse tout aventurisme. Ses membres ont donc été unanimes pour affirmer que les propositions qui viennent d'être exposées étaient étroitement subordonnées au respect des conditions dont elles sont assorties. Si l'ensemble des conditions n'était pas rempli, la Commission, à une forte majorité, préférerait le maintien des structures actuelles à une réforme risquant d'aboutir à une situation encore moins satisfaisante que la situation présente »).

⁴¹⁸ S. LAVISGNES et M. LEMONDE, « Le procès pénal en France » in M. DELMAS-MARTY (sous la dir.), *Procès pénal et droit de l'homme*, Les voies du droit, Paris, 1992, p. 61, spéc. p. 68.

moment de sa communication⁴¹⁹, est assuré, le Code de procédure pénale a longtemps réservé cet accès aux seuls avocats (C.P.P., *anc.* article 114 et 197) par souci de préserver le secret de l'instruction dans sa dimension externe⁴²⁰. Jusque récemment, les conseils ne pouvaient pas davantage transmettre à la partie qu'ils assistent une reproduction des pièces du dossier sans encourir le risque d'une poursuite pour violation du secret de l'instruction⁴²¹. En définitive, ils n'étaient autorisés qu'à procéder à l'examen de ces pièces avec celle-ci pour les besoins de sa défense⁴²². Si le droit français en vigueur ne semblait pas incompatible avec les exigences formulées par la Cour européenne⁴²³, la loi n°96-1235 du 30 décembre 1996⁴²⁴ devait permettre à l'avocat de communiquer à la partie qu'il défend une copie des éléments du dossier, sous réserve de l'autorisation du juge d'instruction et l'établissement d'une « attestation de confidentialité » (C.P.P., *anc.* article 114)⁴²⁵, toute diffusion de ces pièces l'exposant à une amende de 3 500 euros (C.P.P., *anc.* article 114-1). En revanche, la communication de ces pièces se réalisant par l'intermédiaire d'un avocat, toute personne mise en cause qui se défendait seule n'y avait pas accès⁴²⁶. La chambre criminelle estimait que cette limitation n'était pas contraire à l'article 6 de la Convention, celui-ci n'imposant pas la remise intégrale du dossier en amont de la phase de jugement⁴²⁷. Contesté par une partie de la doctrine⁴²⁸, le droit interne a évolué sous la pression de la directive relative au droit à l'information dont l'article 7, relatif à l'accès au dossier, dispose que « *les Etats membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies, ou leur avocat aient accès au minimum à toutes les preuves matérielles à charge et à décharge [...] afin de garantir le caractère équitable de la procédure et préparer leur défense* » (article 7§2). Si le législateur bénéficiait donc d'une certaine marge de

⁴¹⁹ Cass. crim., 3 août 1935, *DP* 1937, I, 94, obs. LELOIR ; Cass. crim., 28 juil. 1958, *Bull. crim.* n°589. Cependant, aucune disposition légale n'interdit que l'information se poursuivant, les pièces établies ou parvenues entre la date de la communication de la procédure et celle de l'interrogatoire soient versées au dossier dès lors qu'il est donné connaissance à l'inculpé et à son conseil avant l'interrogatoire (Cass. crim., 5 juin 1975, *Bull. crim.* n°146, *JCP éd. G.* II, 18243, obs. P. CHAMBON). Par ailleurs, aucune disposition légale n'exige que figure au dossier de la procédure la copie d'une commission rogatoire délivrée par le juge d'instruction, tant que celle-ci est en cours d'exécution (Cass. crim., 30 juin 1999, *Bull. crim.* n°176, *D.* 1999, *somm.* 326, obs. PRADEL).

⁴²⁰ V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op.cit.*, n°1507, p. 1018.

⁴²¹ Cass. Ass. plén., 30 juin 1995, *JCP éd. G.* 1995, II, 22479, note P. CHAMBON ; *D.* 1995, p. 417, note J. PRADEL ; *RSC* 1995, p. 833, obs. J.-P. DINTILHAC.

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ Il s'en déduisait qu'un droit réservant à l'avocat de la défense la possibilité de consulter le dossier et d'en prendre copie n'était pas contraire à l'article 6§3 de la Convention (V. not., CEDH, 19 déc. 1989, *Kamasinski c. Autriche*, Req. n° 9783/82 (§88) ; CEDH, 21 sept. 1993, *Kremzow c. Autriche*, Req. n° 12350/86 (§52). V., cependant, CEDH, 12 mars 2003, *Ocalan c. Turquie*, Req. n°46221/99 (§§160-161). Sur ces questions, V., not. C. RIBEYRE, « La communication du dossier d'instruction aux parties privées », *JCP éd. G.* 2006, I, 152, spéc. n°8.

⁴²⁴ L. n° 96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme, *JORF* 1^e janv. 1997, p. 7. V. not., *JCP éd. G.* 1997, act. n° 4, F. LE GUNEHÉC, spéc. n°20 ; V. ég. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n°499, pp. 531-532.

⁴²⁵ V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op.cit.*, n°1826-4, p. 1222 ; V. ég., C. RIBEYRE, « La communication du dossier d'instruction aux parties privées », préc.

⁴²⁶ Cass. crim., 22 janv. 2002, inédit, n°00-22.215.

⁴²⁷ Cass. crim., 4 janv. 1995, *Bull. crim.* n°1 ; Cass. crim., 16 déc. 2009, inédit, n°09-86.298.

⁴²⁸ C. RIBEYRE, « La communication du dossier d'instruction aux parties privées », préc.

manœuvre dans la détermination du moment de la communication de ces pièces⁴²⁹, il ne pouvait exclure, lorsqu'elles étaient accessibles à la personne mise en cause par l'intermédiaire de son avocat, qu'elles le soient également à la personne poursuivie non-assistée. La loi du 27 mai 2014 précitée⁴³⁰ a modifié, en conséquence, l'article 114 du CPP.

La consolidation des droits des victimes, qu'elles se soient constituées parties civiles ou non, offre, nous semble-t-il, une autre illustration d'évolutions normatives qui, justifiées par le législateur à l'aune des droits européens, ne s'imposaient pas dans ces termes.

2) *La consolidation des garanties procédurales du plaignant constitué et non constitué partie civile*

129. Le renforcement des droits de la partie civile au cours de l'information, en miroir de la consolidation des droits du mis en examen -. Longtemps considérée comme la grande oubliée du procès pénal⁴³¹, la victime d'une infraction a acquis, en l'espace de quelques décennies, une place plus importante. Il serait évidemment hors de propos de relater ici l'évolution du droit sur ce point et les nombreuses questions qu'elles suscitent⁴³². Aussi, renverrons-nous aux nombreuses études précisément consacrées à ces problématiques. Constatons, en revanche, que les droits de la partie civile au cours de l'information se sont forgés en miroir des garanties

⁴²⁹ V. *Infra*, n°755 et s.

⁴³⁰ L. n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, préc.

⁴³¹ V. not., J.-L. HALPERIN, « La défense de la victime en France aux XIX^e et XX^e siècles », préc.

⁴³² Sur cette évolution, V. not., C. LAZERGES, « Le renforcement des droits des victimes par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 », *Arch. pol. crim.* 2002/1, p. 15 ; X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *RSC* 2002, p. 245 ; C. GUERY, « Le juge d'instruction et le voleur de pommes : pour une réforme de la constitution de partie civile », *D.* 2003, chron. 1575 ; J. VOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », *JCP éd. G.* 2004, I, 146, p. 1217 ; P. MAISTRE DU CHAMBON, « Ultime plainte pour sauver l'action publique », in COLLECTIF, *Sciences pénales et sciences criminologiques. Mélanges offerts à Raymond Gassin*, 2006, PUAM, p. 283 ; E. FORTIS, « L'ambiguïté de la place de la victime dans la procédure pénale », *Arch. pol. crim.* 2006/1, p. 41 ; X. PIN, « Les victimes d'infractions, définitions et enjeux », *ibid.*, spéc. p. 52 et s. ; M. MECHIN, « Le double visage de la victime en France, entre quête de reconnaissance et quête d'un véritable rôle procédural » in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (sous la dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Ed. PUF, Coll. « Les voies du droit », 2008, p. 104 ; S. CORIOLAND, « L'évolution de la place de la victime depuis le code d'instruction criminelle », in H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (sous la dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, Saarbrücker Studien zum Internationalen Recht, p. 180 ; P. CONTE, « La participation de la victime au procès pénal : de l'équilibre procédural à la confusion des genres », *RDP*, 2009, p. 521 ; A. D'HAUTEVILLE, « Le point de vue des victimes dans le procès pénal : quel équilibre ? », in COLLECTIF, *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Ed. Dalloz, Coll. « Etudes, Mélanges, Travaux », Paris, 2014, p. 649 ; S. DETRAZ, « La notion textuelle de 'victime' en matière pénale », in COLLECTIF, *Humanisme et Justice, Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Ed. Dalloz, coll. « Etudes, Mélanges, Travaux », Paris, 2016, p. 67 ; V. ég., S. CORIOLAND, *La place de la victime dans le procès pénal*, Thèse dactyl., Université de Strasbourg, 2009, spéc., pp. 116 et s. ; S. TADROUS, *La place de la victime dans le procès pénal*, Thèse dactyl., Université de Montpellier, 2014, spéc. p. 123 et s.

reconnus à la personne mise en examen, sous le paradigme d'un principe d'égalité. Ce principe avait déjà été au cœur de la consécration, par la loi du 22 mars 1921⁴³³, de droits analogues à ceux acquis par le mis en examen lors de la loi Constans du 8 décembre 1897. Le Code de procédure pénale de 1958 avait conservé les dispositions en vigueur, précisant les droits du mis en examen et de la partie civile au cours de l'information aux articles 114, 118 et 120. Cette logique s'est confirmée dans le rapport Delmas-Marty. Il évoquait les droits des « parties privées » sans distinction⁴³⁴, sous couvert du principe de « l'équilibre des droits des parties » qui n'était autre que la traduction française du principe européen d'égalité des armes⁴³⁵. Les lois qui lui ont succédé ont fait leur cette logique. Les garanties procédurales de la partie civile sont, pour la plupart, énoncées dans les mêmes dispositions que celles accordées à la personne poursuivie, chacune étant visée sous le terme générique de « partie »⁴³⁶.

130. Le renforcement des droits de la victime au cours de l'enquête, en miroir de la consolidation des droits du suspect -. Le législateur a suivi la même logique s'agissant des droits de la victime au cours de l'enquête de police, renforçant leurs garanties procédurales « par ricochet », c'est-à-dire à mesure de l'affermissement des droits du suspects. La loi du 14 avril 2011 a ainsi reconnu à la victime confrontée à une personne gardée à vue le droit d'être assistée d'un avocat (C.P.P., article 63-4-5), excluant, il est vrai, tout accès aux éléments du dossier. Si cette « inégalité » a été soulignée⁴³⁷, celle-ci s'explique moins, nous semble-t-il, par une retenue du législateur à l'égard de la victime que par la nature des pièces qui peuvent effectivement être consultées au cours d'une garde à vue : parmi les pièces consultables en application de l'article 63-4-1 du CPP, seuls les procès-verbaux d'audition du suspect pourrait avoir un intérêt pour la victime de l'infraction ; or, reconnaître à la victime le droit de consulter ces derniers aurait corrélativement supposé d'accorder au suspect le droit de consulter ceux concernant les auditions de celle-ci. La loi du 27 mai 2014 s'est inscrite dans le même sillon en reconnaissant à la victime confrontée à un suspect auditionnée libre le droit d'être assistée d'un avocat (C.P.P., article 61-2).

⁴³³ La reconnaissance des mêmes droits procéduraux que ceux dont disposait alors la personne mise en examen avait, en effet, été justifiée par un souci d'égalité. A cet égard, il était précisé que « *si l'inculpé doit être présumé innocent, la victime doit être présumée victime et la justice pour être de plus en plus bienveillante aux coupables, ne doit pas cesser d'être indulgente aux victimes* » (Exposé des motifs de la loi du 22 mars 1921, *D.* 1921, *Légis.*, p. 7).

⁴³⁴ M. DELMAS-MARTY, S. LAVISGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, op. cit., pp. 114-115 et p. 213.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 114.

⁴³⁶ V. not., C.P.P., articles 82-2, 114, 173, 175.

⁴³⁷ V. not., INAVEM, « Le droit au contradictoire de la victime dans le cadre de l'enquête pénale », Annexe n°16, in J. BEAUME (sous la Prés.), *Rapport sur la procédure pénale*, juil. 2014, pp. 162 et s., spéc. p. 163.

131. Les raisons avancées lors des travaux parlementaires pour justifier cet accroissement des droits de la victime au cours de l'enquête sont intéressantes, puisque liées aux exigences de la Convention européenne. Durant les discussions relatives à la loi relative à la garde à vue, le rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée nationale a indiqué que s'« il est procédé à une confrontation entre la personne gardée à vue et une victime, le principe de l'équilibre des droits des parties s'oppose à ce que la victime y participe seule, sans assistance, alors que la personne gardée à vue est assistée par un avocat »⁴³⁸. Le rapporteur du même projet de loi devant le Sénat a acquiescé et ajouté que l'amendement introduit à cette fin « répond au principe de l'équilibre des droits des parties posé par l'article préliminaire du Code de procédure pénale [...] conformément à la règle de l'égalité des armes fixée par l'article 6 de la Convention européenne »⁴³⁹. De même, lors des travaux préparatoires à la loi du 27 mai 2014, le rapporteur du projet devant l'Assemblée nationale a précisé que le droit pour la victime d'être assistée de son avocat lors de ses confrontations avec le suspect auditionné libre s'imposait afin d'assurer le respect du « principe d'égalité des armes entre les parties durant la phase d'enquête »⁴⁴⁰.

132. S'il n'est pas question de contester l'assistance de la victime lors de ses confrontations avec un suspect, ni même la possibilité de fonder ce droit sur des standards européens – pour rappel, l'article 20 c) de la directive du 25 octobre 2012 oblige les Etats membres à veiller « *sans préjudice des droits de la défense [...] à ce que, au cours de l'enquête pénale, [...] la victime puisse être accompagnée [...] par une personne de son choix, sauf décision contraire motivée* » -, le fondement retenu par le législateur français à ces différentes occasions laisse, en revanche, plus perplexe. Par-delà la contradiction sémantique qui consiste à évoquer le droit des « parties » au cours de l'enquête, le principe européen d'égalité des armes, dégagé par la Cour de Strasbourg à partir du principe plus général d'équité de la procédure⁴⁴¹, n'impose pas une égalité arithmétique mais veut que chaque partie à la procédure « *ait la possibilité de défendre sa cause dans des conditions qui ne la place pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »⁴⁴². Au surplus, si la Cour

⁴³⁸ Rapport n°3040, sur le projet de loi relatif à la garde à vue, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, le 15 décembre 2010, Présenté par P. GOSSELIN, pp. 50-51.

⁴³⁹ Rapport n°315 sur le projet de loi relatif à la garde à vue, Enregistré à la Présidence du Sénat le 16 février 2011, Présenté par F. ZOCCHETTO, p. 68.

⁴⁴⁰ Rapport n°1895 sur le projet de loi portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 avril 2014, Présenté par C. UNTERMAIER, préc., p. 21.

⁴⁴¹ CEDH, 27 juin 1968, *Neumeister c. Autriche*, Req. n° 1936/63 (§22) ; V. ég., CEDH, [G.C.], 28 août 1991, *Brandstetter c. Autriche*, Req. n°11170/84, 12876/87 et 13468/87 (§66) ; CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz Mateo c. Espagne*, Req. n°12952/87 (§62).

⁴⁴² V. not., CEDH, 27 oct. 1996, *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, Req. n°14448/88 (§33) ; CEDH, 18 mars 1997, *Foucher c. France*, Req. n°22209/93 (§34) ; CEDH, 15 juil. 2002, *Stratégies et Communications et Dumoulin c. Belgique*, Req. n° 37370/97 (§39).

s'appuie sur ce principe pour apprécier l'étendue des droits des victimes au cours d'un procès pénal, elle admet néanmoins, considération faite de la position particulière de celle-ci au cours d'un tel procès, que ce principe n'impose une stricte égalité ni entre elles et l'accusation⁴⁴³, ni entre elles et l'accusé⁴⁴⁴. Enfin, le caractère équitable de la procédure s'appréciant globalement, une inégalité « isolée », même contestable sur le plan humain, ne saurait, à notre avis, nécessairement impliquer une méconnaissance des exigences conventionnelles. En d'autres termes, la justification européenne n'était sans doute pas, ici, la plus appropriée⁴⁴⁵. S'il reste permis au législateur d'aller au-delà des standards de la Convention, pour autant que d'autres n'en pâtissent pas, fonder le droit de la victime à l'assistance d'un avocat sur le principe d'égalité des armes ou d'équilibre des droits des parties – et non sur les standards de la directive d'octobre 2012 susmentionnée – paraît illustrer un état d'esprit et présager des évolutions à venir. Au vu des évolutions passées et du principe sur lesquelles elles ont reposé jusqu'à présent, on peut présager que tout nouvel affermissement des droits du suspect au cours de l'enquête s'accompagnera d'une consolidation semblable des garanties procédurales de la victime. La loi du 3 juin 2016 en atteste déjà. Suivant une logique qui semble devenir coutumière, celle-ci a permis à la victime d'être assistée de son avocat lors des mesures d'investigation auxquelles elle participe et, surtout, d'obtenir, lorsqu'elle a porté plainte, un accès au dossier de la procédure dans les conditions prévues à l'article 77-2 du CPP, dont l'objectif a été de renforcer le droit à l'information du suspect dans le cadre d'enquêtes préliminaires d'une certaine durée⁴⁴⁶.

Ces différentes illustrations témoignent de la manière dont le législateur s'approprie parfois les standards européens pour légitimer des évolutions normatives, sans s'inscrire parfaitement dans les exigences que ces derniers formulent et au risque de déstabiliser davantage l'ensemble. D'autres exemples concernant, eux, les organes de la mise en état des affaires pénales viennent également illustrer la manière dont les droits européens ont inspiré, plutôt qu'imposé, certaines évolutions du droit français.

⁴⁴³ CEDH, 3 déc. 2002, *Berger c. France*, Req. n° 48221/99 (§38).

⁴⁴⁴ CEDH, *Berger c. France*, préc.; V. ég., CEDH, 14 juin 2005, *Menet c. France*, Req. n°39553/02 (§47).

⁴⁴⁵ V. ég., en ce sens, J. BEAUME (sous la Prés.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., spéc. p. 16 ; *Contra.*, INAVEM, « Le droit au contradictoire de la victime dans le cadre de l'enquête pénale », Annexe n°16, in J. BEAUME (sous la Prés.), *Rapport sur la procédure pénale*, juil. 2014, pp. 162 et s., spéc. p. 163 ; V. ég., M. MATSOPOULOU, « Une nouvelle réforme de la procédure pénale ? Les principales propositions de la mission de réflexion sur les possibles évolutions de la procédure pénale », *JCP éd. G.* 2014, Libres propos, 957.

⁴⁴⁶ V. *Infra*, n°359.

B. Les adaptations concernant les organes de la mise en état

133. Deux évolutions concernant les organes de la mise en état des affaires pénales nous paraissent être des illustrations d'adaptations légitimées par les droits européens, alors qu'elles ne s'imposaient pas dans ces termes. La première a trait à la création du juge des libertés et de la détention (1), la seconde à l'affirmation explicite de l'autonomie fonctionnelle et de l'impartialité personnelle du parquet dans l'exercice de ses fonctions (2).

1) *La création du juge des libertés et de la détention*

134. **Les considérations nationales -** La création du JLD par la loi du 15 juin 2000 a essentiellement été la conséquence ultime d'une évolution ancienne du droit français qui avait consisté, dès la loi du 17 juillet 1856, à investir le juge d'instruction des pouvoirs juridictionnels jusqu'alors confiés à la chambre du conseil et aboutissant à lui attribuer l'ensemble des prérogatives en matière de détention provisoire. En son temps déjà, Faustin Hélie avait déploré les conséquences de la disparition de la chambre du conseil. Il relevait que les seuls pouvoirs que l'instruction donnait au magistrat instructeur étaient déjà considérables puisque ce juge disposait « de toutes les mesures juridiques qui servent à constater les crimes et les délits ; la procédure lui appartient, il appelle tous les témoignages, interroge tous les inculpés, ordonne leur arrestation, procède aux visites domiciliaires, prescrit la saisie de tous les objets qu'il croit utiles à la justice »⁴⁴⁷. Il ajoutait cependant que « quelques graves que soient ces attributions, elles ne constituent en général qu'un pouvoir de constatation. Les lois [successives] ont joint à ces premières attributions des attributions nouvelles d'une toute autre nature. Le juge ne se borne plus à dresser les procès-verbaux de l'information, il apprécie leurs résultats, il en déduit les conséquences légales »⁴⁴⁸. Puis, l'éminent auteur d'ajouter qu'elles « l'ont armé d'un pouvoir [:] la liberté individuelle toute entière a été livrée à sa discrétion [...]. Il peut, à son gré et suivant qu'il le pense convenable, décerner le mandat de comparution ou le mandat d'amener, convertir ce mandat en mandat de dépôt ou laisser l'inculpé en liberté, donner ou refuser la mainlevée de ce dernier, admettre l'inculpé à la liberté provisoire, sans caution ou avec caution »⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. V, Ed. C. Hingray, 1^e éd., Paris, 1853, n°2045, pp. 68-69.

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ *Ibid.* ; V. ég., C. MORIZOT-THIBAUT, *De l'instruction préparatoire (étude critique du Code d'instruction criminelle)*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1906, pp. 130 et s.,

135. Dans une période plus contemporaine, la contestation à l'endroit de la confusion des fonctions du juge d'instruction s'est faite plus pressante donnant lieu, à propos de la détention provisoire, à différentes lois⁴⁵⁰. Inspirées par la jurisprudence de la Cour européenne⁴⁵¹, celles-ci ont régulièrement ambitionné, en parallèle d'un meilleur encadrement du recours à la détention⁴⁵² et de sa durée⁴⁵³ ou de l'accroissement des droits de la personne détenue⁴⁵⁴, à ôter au juge d'instruction une partie de ses attributions dans ce domaine. En effet, ses prérogatives en la matière étaient, de manière générale, perçues comme l'une des principales causes d'un recours démesuré à la détention et à la durée déraisonnable de celle-ci⁴⁵⁵. Outre une tentative éphémère de restreindre ses pouvoirs en la matière en 1933⁴⁵⁶, et par-delà les propositions visant une refonte d'ensemble de la mise en état des affaires pénales et, en conséquence, une redistribution des fonctions⁴⁵⁷, la loi du 10 décembre 1985⁴⁵⁸ avait déjà entendu priver le juge d'instruction du monopole dont il disposait s'agissant du placement en détention. L'esprit de la réforme portée par Monsieur Badinter, alors garde des Sceaux, était plus globalement de confier à une nouvelle formation collégiale la charge de prendre les décisions les plus graves, qui ne pouvaient plus demeurer entre les mains d'un juge unique pris dans la contradiction de sa double casquette de juge et d'enquêteur : ainsi, en particulier, des décisions de placement en détention ou de

⁴⁵⁰ Pour une radiographie de ces différentes lois, V. not., *Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Détention provisoire », 2017, par C. GUERY, n°13 et s.

⁴⁵¹ V. not., Rapport n°374 sur le projet de loi relatif à la détention provisoire, Annexe au procès-verbal de la séance du 22 mai 1996, présenté par G. OTHILY.

⁴⁵² Ainsi de la loi du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens (L. n°70-643, *JORF* du 19 juil. 1970, p. 6751, *D.* 1970, chron. 191, R. VOUIIN ; *JCP* 1970. III. 36850 ; *JCP* 1971. I. 2370, obs. J. ROBERT ; *RSC* 1971, p. 367, obs. R. MERLE ; *Ibid.*, p. 577, obs. C. BRYON ; *Gaz. Pal.* 1972, doct. 1, J. PRADEL) qui créa le contrôle judiciaire et imposa de motiver le recours à la détention provisoire par référence aux motifs énumérés à l'article 144 du CPP, là où les critères de la détention étaient auparavant abandonnés à la conscience du juge.

⁴⁵³ Ainsi de la loi du 6 août 1975 (L. n°75-701 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale, *JORF* du 7 août 1975, p. 8035, *D.* 1975. 295 ; *JCP* 1975. III, 43170) qui fixait pour la première fois une durée maximale, variant selon la nature de l'infraction et le passé judiciaire de l'intéressé. Citons encore la loi n°96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme (*JORF* du 1^e janv. 1997, p. 9) qui introduisit la notion de « durée raisonnable » et en limita la durée maximale initiale.

⁴⁵⁴ L. n°84-576 tendant à renforcer le droit des personnes en matière de placement en détention provisoire et d'exécution d'un mandat de justice, préc.

⁴⁵⁵ Il est à noter qu'à la fin des années 1980, la France figurait en effet parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe ayant le plus fort taux de personnes provisoirement détenues parmi la population carcérale, occupant même la première place de ce « classement » peu glorieux en 1988 (V., G OTHILY, Rapport n°374, préc., pp. 18 et s.).

⁴⁵⁶ Cette loi avait réintroduit la collégialité, donnant la chambre du conseil le pouvoir de prolonger la détention par périodes successives d'un mois. Elle avait été rapidement abrogée par la loi du 25 mars 1935, qui redonnait au juge d'instruction une partie de ses pouvoirs. Il redevenait compétent pour se prononcer sur la prolongation de la détention pendant une durée de deux mois et demi, après quoi la compétence était dévolue à la chambre d'accusation. Le magistrat instructeur recouvrait l'intégralité de ses pouvoirs en la matière avec le décret-loi du 18 novembre 1939. V. not., C. GUERY, « Détention provisoire », préc., n°11.

⁴⁵⁷ V., *Supra*. n°17.

⁴⁵⁸ L. n°85-1303 du 10 décembre 1985 portant réforme de la procédure d'instruction en matière pénale, *JORF* du 11 déc. 1985, p. 14391, *RTD cin.* 1986, p. 238, F. ZENATI ; *RSC* 1986, p. 421, obs. B. BOULOC ; *Gaz. Pal.* 17 oct. 1986, doct., p. 566, obs. A. DAMIEN.

prolongation de la mesure⁴⁵⁹. La loi du 30 décembre 1987⁴⁶⁰ abrogea les dispositions relatives à la collégialité de l'instruction avant qu'elles n'entrent en vigueur, expliquant ce retour en arrière par le manque d'effectifs suffisants pour son application⁴⁶¹. Elle créa, en revanche, une chambre des mises en détention provisoire, composée de trois magistrats du siège à l'exclusion du juge d'instruction, et privant donc ce dernier du pouvoir de placer en détention. Ces dispositions furent elles-mêmes abrogées par la loi du 6 juillet 1989 modifiant le Code de procédure pénale et relative à la détention provisoire⁴⁶², qui compensa cette abrogation par un encadrement plus strict de la motivation du placement en détention en matière criminelle et le renforcement des garanties procédurales de la personne concernée devant la chambre d'accusation, compétente en cas d'appel. A la suite des travaux de la Commission Delmas-Marty, qui relevait de nouveau l'incompatibilité des fonctions du juge d'instruction⁴⁶³, la loi du 4 janvier 1993, favorable à une limitation de ses attributions, a instauré les chambres d'examen des mises en détention provisoire, composées du président du tribunal de grande instance et de deux assesseurs non-professionnels⁴⁶⁴. Dans l'attente de la mise en œuvre de cette nouvelle réforme, les dispositions transitoires confiaient à un juge délégué le soin d'ordonner un placement en détention. Dans les faits, les hypothèses dans lesquelles ce magistrat s'opposait à la demande du juge d'instruction se révélaient néanmoins rares⁴⁶⁵, ce qui devait convaincre de l'inutilité de ce nouveau dispositif. La loi du 24 août 1993 restituait, en définitive, au juge d'instruction la plénitude de ses attributions en matière de détention provisoire⁴⁶⁶. Elle instaurait, en contrepartie, le

⁴⁵⁹ Rapport n°69 sur le projet de loi portant réforme de la procédure d'instruction en matière pénale, Annexe au procès-verbal de la séance du 6 novembre 1985, Présenté par J.-M. GIRAULT, spéc. p. 4.

⁴⁶⁰ L. n° 87-1062 du 30 décembre 1987, relative aux garanties individuelles en matière de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire et portant modification du Code de procédure pénale, *JORF* du 31 déc. 1987, p. 15547, *Gaz. Pal.*, 2 mai 1987, doct. p. 334, obs. J.-P. BAUVE ; *Gaz. Pal.*, 10 nov. 1987, doct. p. 692, obs. D. PIERRIERDAVILLE ; *JCP éd. G.* 1988.I.3335, obs. P. CHAMBON ; *Gaz. Pal.*, 25 juin 1988, doct., p. 369, obs. E. DE MONDERON ; *Gaz. Pal.*, 11 oct. 1988, doct. p. 590, obs. H. LEHMAN ; *D.* 1988, chron. p. 149, obs. J. PRADEL ; *RSC* 1988, p. 347, obs. B. BOULOC.

⁴⁶¹ Rapport n°171 sur le projet de loi relatif aux garanties individuelles en matière de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire et portant modification du Code de procédure pénale, Annexe au procès-verbal de la séance du 16 décembre 1987, Présenté par C. DE CUTTOLI, spéc. p. 5. Il était également relevé que cette loi s'apparentait, par certains aspects à une « pseudo-réforme ». En effet, elle avait, en effet, prévu que le placement en détention pouvait, à la demande de l'inculpé, assisté de son avocat, être ordonné sur le champ par le juge d'instruction chargé de l'affaire ce qui, selon les services de la Chancellerie, serait le plus souvent le cas. Dans ces circonstances, le juge d'instruction demeurait « maître de la collégialité » (*ibid.*, p. 10).

⁴⁶² L. n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relatif à la détention provisoire, *JORF* du 8 juil. 1989, p. 8539, *JCP éd. G.* 1989.I.3417, obs. P. CHAMBON.

⁴⁶³ M. DELMAS-MARTY, S. LAVIGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, préc., p. 122.

⁴⁶⁴ Sur ces dispositions, V. not., J. PRADEL, « Observations brèves sur une loi à refaire », *D.* 1993, chron. p. 39 ; H. DE LAROSIERE DU CHAMPFEU, « L'instruction préparatoire à l'épreuve des lois des 4 janvier et 24 août 1993 : Egalité et responsabilité », *Gaz. Pal.* 27 août 1996, doct., p. 965 ; P. MAISTRE DU CHAMBON, « Propos critiques et désabusés sur une réforme mort-née de la procédure pénale », in COLLECTIF, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier*, PUG, Grenoble, 1993, p. 191.

⁴⁶⁵ F. LE GUHENEZ, « La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale », *JCP éd. G.*, 1992. I. 3720, spéc. n° 93.

⁴⁶⁶ Sur ses dispositions, V. not., H. DE LAROSIERE DU CHAMPFEU, « L'instruction préparatoire à l'épreuve des lois des 4 janvier et 24 août 1993 : Egalité et responsabilité », préc. ; P. MAISTRE DU CHAMBON, « Propos critiques et désabusés

référé-liberté permettant une saisine rapide du président de la chambre d'accusation dans les cas où la détention paraissait manifestement anormale et permettant de suspendre les effets du mandat de dépôt⁴⁶⁷.

136. La question du cantonnement des attributions du juge d'instruction dans ce domaine fut de nouveau posée par le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes⁴⁶⁸ ainsi que lors des débats préparatoires à la loi du 15 juin 2000. Le rapporteur de la loi devant l'Assemblée nationale faisait observer que la détention constituait « bel et bien un mode de 'gestion' courant de l'information par les magistrats instructeurs »⁴⁶⁹ voire une « pratique quotidienne »⁴⁷⁰. Madame Lazerges relevait également que sa durée moyenne demeurait élevée, ce qui valait à la France de nombreuses condamnations par la Cour européenne⁴⁷¹. Elle estimait, comme la Commission Delmas-Marty avant elle⁴⁷², que placée entre les seules mains du juge d'instruction, la détention provisoire « constitu[ait] encore trop souvent un moyen de pression »⁴⁷³. Ainsi justifiait-elle la proposition de création d'un juge « de la détention provisoire » investi du pouvoir de décider des placements et éventuelles prolongations. L'intervention d'un juge tiers aux investigations devait être l'assurance que ces décisions fassent l'objet d'un examen rigoureux et que cette mesure soit réduite au strict nécessaire⁴⁷⁴. Si ce « dépeçage » des attributions du juge d'instruction en matière de détention provisoire s'est donc inscrit dans l'histoire, le spectre d'une condamnation européenne est néanmoins venu au soutien de la création de ce nouveau juge.

sur une réforme mort-née de la procédure pénale », préc. ; F. LE GUHENEZ, « La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale », préc.

⁴⁶⁷ Proposition de loi n°211 tendant à modifier la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale en vue de faciliter la conduite des enquêtes judiciaires et de l'instruction ainsi que le déroulement des audiences pénales, Enregistré à la Présidente du Sénat le 3 février 1993, présentée par J. LARCHE ; Rapport n°318 sur la proposition de loi tendant à modifier la loi n°93-2 [...], Annexe au procès-verbal de la séance du 26 mai 1993, présenté par J.-M. GIRAULT, spéc. p. 14. Le dispositif initial prévoyait qu'« [e]n cas d'appel d'une ordonnance de placement en détention provisoire, la personne mise en examen ou le procureur de la République pouvait, si l'appel est interjeté au plus tard le jour suivant la décision de placement en détention, demander au président de la chambre d'accusation ou, en cas d'empêchement, au magistrat qui le remplace de déclarer cet appel suspensif » et imposait au président de la chambre d'accusation ou au juge qui le remplace de statuer au plus tard le troisième jour ouvrable suivant la demande, a été pour partie réformé par les lois du 30 décembre 1996 et du 15 juin 2000. Sur les dispositions de cette loi, V. not., F. LE GUHENEZ, « La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale », préc. ; V. ég. C. GUERY, « Détention provisoire », préc., spéc. n°265 et s.).

⁴⁶⁸ E. GUIGOU, Projet de loi n°1079 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, préc., Exposé des motifs, pp. 8 et s.

⁴⁶⁹ C. LAZERGES, Rapport n°1478, préc., spéc., p. 30.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 28.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 31.

⁴⁷² M. DELMAS-MARTY, S. LAVIGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, préc., p. 141. La Commission Truche avait également indiqué que « [l]e reproche fait au juge de détenir pour faire pression et obtenir un aveu est parfois fondé » (P. TRUCHE, *Rapport de la commission de réflexion sur la Justice*, op. cit., p. 60).

⁴⁷³ C. LAZERGES, Rapport n°1478, préc., spéc., p. 25.

⁴⁷⁴ V. ég., E. GUIGOU, Projet de loi n°1079 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, préc., Exposé des motifs, p. 8.

137. Le spectre d'une condamnation européenne au soutien de la création du JLD -. La crainte d'une condamnation européenne prochaine et le vœu de satisfaire pleinement aux exigences conventionnelles ont parallèlement légitimé la création du JLD. Lors de la présentation du projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, Madame Guigou estimait en effet que « le renforcement des droits des citoyens implique que le contentieux de la liberté soit réservé à un juge, en position d'arbitre, impartial et “paraissant comme tel aux yeux de tous”, selon les termes de la Convention européenne des droits de l'homme »⁴⁷⁵. En réalité, le lien tissé entre la création d'un juge ôtant au juge d'instruction ses pouvoirs juridictionnels, en particulier ses attributions en matière de détention provisoire, n'était pas nouveau. Les exigences européennes avaient déjà été au cœur des travaux de la Commission Delmas-Marty et de sa proposition cardinale d'une redistribution des fonctions au stade de l'avant-procès.

138. La Commission Justice pénale et droits de l'Homme renvoyait alors à la garantie judiciaire, telle qu'elle s'exprime, en matière de privation de liberté, aux articles 5§3 et 5§4 de la Convention. Le premier de ces textes, qui fut plus récemment au cœur d'intenses débats sur le statut et le rôle du procureur de la République français⁴⁷⁶, exige que « toute personne arrêtée ou détenue » en raison de la suspicion de commission d'une infraction pesant à sur elle, soit « aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a[it] le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure ». Dans son arrêt *Schiesser contre Suisse*⁴⁷⁷, qui posait notamment la question de savoir si un procureur de district suisse à l'origine du placement en détention du requérant pouvait être qualifié de « magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires », la Cour avait fait observer que les termes de l'article 5§3 laissaient aux Etats contractants un certain choix à propos des autorités susceptibles d'intervenir – puisqu'il évoquait le « juge » ou un « autre magistrat » - (§27), pour autant néanmoins que ce « magistrat » « possède certaines des qualités, c'est-à-dire remplit des conditions constituant autant de garanties pour la personne arrêtée » (§31). Elle visait alors l'indépendance de ce magistrat à l'égard de l'Exécutif, ce qui supposait qu'il n'ait en pratique reçu aucune instruction ou directive avant de statuer sur la détention (§35), et l'indépendance à l'égard des parties, qui impliquait que ce magistrat intervienne « exclusivement comme organe d'instruction » et donc qu'il n'ait pas, dans les faits, « assumé la qualité de partie poursuivante »

⁴⁷⁵ E. GUIGOU, Projet de loi n°1079 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, préc., Exposé des motifs, p. 8.

⁴⁷⁶ V. *Infra*, n°145 et s.

⁴⁷⁷ CEDH, 4 déc. 1979, *Schiesser c. Suisse*, Req. n°7710/76 (§31), *Cab. dr. eur.* 1980. 467, obs. G. COHEN-JONATHAN.

(§34)⁴⁷⁸. Le second de ces textes a trait au droit de toute personne détenue à un recours afin qu'il soit statué à bref délai sur la légalité de détention⁴⁷⁹ par un « tribunal » c'est-à-dire, en application de l'article 5§4 de la Convention, un organe présentant des « *traits fondamentaux communs* » avec le « tribunal » au sens de l'article 6, « *au premier rang desquels se place l'indépendance par rapport à l'exécutif et aux parties [...] mais encore les garanties "adaptées à la privation de liberté dont il s'agit", "d'une procédure judiciaire" dont les modalités peuvent varier d'un domaine à l'autre* »⁴⁸⁰. La Commission Justice pénale et droits de l'Homme estimait que l'impératif d'indépendance vis-à-vis des parties exprimée par ces deux dispositions pouvait venir au soutien d'une séparation plus nette des fonctions d'enquête et juridictionnelles et donc de l'instauration d'un juge qui, n'ayant aucun pouvoir d'investigation, disposait de la neutralité requise pour se prononcer sur les mesures les plus attentatoires aux libertés individuelles de la personne mise en cause, en particulier celle le privant de sa liberté⁴⁸¹. La Commission avait néanmoins admis que ses propositions ne constituaient pas, pour l'heure, un véritable impératif conventionnel. Elle teintait, en effet, ses conclusions d'une certaine mesure⁴⁸², indiquant dans son rapport final que la redistribution des fonctions proposée n'était pas « directement imposée, en l'état [...] du droit positif [...], par les textes internationaux de protection des droits de l'homme » dont la « CEDH »⁴⁸³.

139. L'indépendance du juge compétent pour décider d'une détention provisoire à l'égard de la partie concernée devait néanmoins être au cœur de la proposition de la création d'un juge de la détention, comme en témoignent les précisions de l'exposé des motifs du projet de loi renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, précédemment rapportés.

140. Le risque effectif d'une condamnation européenne -. Le propos n'est pas de contester la protection qu'offre, théoriquement au moins, le double regard sur les décisions de placement en détention provisoire ou relatives à la prolongation de la mesure, mais de questionner l'impératif européen de déposséder le juge d'instruction d'une partie de ses attributions dans ce domaine. Si les bonnes intentions du législateur lors de la loi du 15 juin 2000 ne sont donc pas discutables, recourir aux exigences

⁴⁷⁸ M. DELMAS-MARTY, S. LAVISGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, préc., pp. 73-74.

⁴⁷⁹ Pour des études plus précises des exigences qui découlent de cette disposition, V. not., M. MACOVEI, *Un guide sur la mise en œuvre de l'article 5 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, préc., pp. 64 et s. ; P. DOURNEAU-JOSETTE, « Convention européenne des droits de l'homme (Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale) », préc., n°256 et s.

⁴⁸⁰ CEDH, 2 mars 1987, *Weeks c. Royaume-Uni*, Req. n°9787/82 (§61).

⁴⁸¹ M. DELMAS-MARTY, S. LAVISGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, préc., p. 78.

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 118.

conventionnelles pour soutenir de telles propositions laisse plus perplexe. Relevons cependant que ces discussions sont, il est vrai, alimentées par des précisions que la Cour a plus récemment formulées. La remarque procède d'une double observation qui concerne, pour la première, la qualité du juge d'instruction, qui était alors compétent pour décider d'un placement en détention provisoire et de sa prolongation. Même si cette conclusion peut être discutée⁴⁸⁴, la Haute juridiction européenne considère invariablement que le juge d'instruction français est un juge ou un autre magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires au sens de l'article 5§3 de la Convention⁴⁸⁵. En d'autres termes, il présente donc les qualités requises pour se prononcer et contrôler initialement une privation de liberté. L'observation résulte ensuite de l'articulation des articles 5§3 et 5§4 de la Convention, qui formulent tous deux une exigence de garantie judiciaire visant une personne privée de sa liberté en raison de l'existence, à son encontre, d'un soupçon de la commission d'une infraction. La Cour a admis que lorsque toutes les garanties procédurales exigées au titre de l'article 5§4 sont respectées lors de la décision initiale privant l'intéressé de sa liberté, le contrôle juridictionnel requis au titre de cette dernière disposition est en quelque sorte incorporé à cette première décision, prise donc sur le fondement de l'article 5§3⁴⁸⁶. Dans ce cas, la satisfaction des exigences conventionnelles réside non plus dans le droit à un recours rapide devant un « tribunal » offrant toutes les garanties requises mais dans l'assurance de contrôles réguliers, qu'ils soient automatiques ou à l'initiative de la personne détenue⁴⁸⁷. Cette articulation ne signifie pas, en revanche, que lorsque les garanties procédurales prévues à l'article 5§4 ne sont pas respectées au stade de la décision initiale, les exigences conventionnelles sont *ipso facto* méconnues. Dans cette hypothèse, la satisfaction des impératifs européens implique que la personne détenue dispose d'un recours rapide et respectueux de toutes les exigences requises au titre de l'article 5§4 de la Convention. Or, en l'état du droit en vigueur avant la loi du 15 juin 2000, la personne provisoirement détenue disposait notamment de la possibilité d'interjeter appel contre la décision de

⁴⁸⁴ V., *Infra*, n°1017 et s.

⁴⁸⁵ CEDH, [G.C.], 29 mars 2010, *Medvedev et autres c. France*, Req. n° 3394/03 (§§128 et 132), D. 2010.898, note S. LAVRIC ; *Ibid.*, 970, obs. D. REBUT ; *Ibid.* 2010.1386, note J.-F. RENUCCI ; *Ibid.* 2010.1390, note P. HENNION-JACQUET ; RSC 2010, chron. p. 685, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *Dr. pén.* 2010, étude 12, obs. J.-B. THIERRY ; CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c. France*, Req. n°37104/06 (§60), D. 2010, actu. 2776, obs. S. LAVRIC ; *Ibid.* 2011, point de vue 26, obs. F. FOURMENT ; *Ibid.* 277, obs. J.-F. RENUCCI ; *Ibid.* 338, obs. J. PRADEL ; RSC 2011, chron. p. 208, obs. D. ROETS ; *Procédures* 2011, comm. 30, obs. A.- N. CHAVENT-LECLERE ; *Dr. pén.* 2011, comm. 26, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Ibid.* chron. 3, obs. E. DREYER ; *Ibid.* chron. 7, obs. V. LESCLOUS ; CEDH, 4 déc. 2014, *Ali Samatar et autres c. France*, Req. n° 17110/10 et 17301/10 (§44) et CEDH, 4 déc. 2014, *Hassan et autres c. France*, Req. n°46695/10 et 54588/10, *Dr. pén.* 2015, p. 13, obs. O. DECIMA ; *AJ pén.* 2015, p. 102, obs. G. POISSONNIER ; *JCP éd. G.* 2015, 134, obs. J. PRADEL ; D. 2015, p. 303, obs. J.-F. RENUCCI ; *Gaz. Pal.*, 10 janv. 2015, p. 9, obs. E. RASCHEL.

⁴⁸⁶ CEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (Vagabondage)*, Req. n° 2832/66, 2835/66 et 2899/66 (§76).

⁴⁸⁷ J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen, op. cit.*, n°362, pp. 368-369 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n°369, p. 319 ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°396, pp. 280-281 ; P. DOURNEAU-JOSETTE, « Convention européenne des droits de l'homme (Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale) », préc., n°256 et s.

placement en détention provisoire ou de prolongation de la mesure (C.P.P., article 186)⁴⁸⁸ mais aussi du référé-liberté (C.P.P., article 187)⁴⁸⁹ ce qui, nous semble-t-il, servait le respect des impératifs européens. Finalement, le juge d'instruction, dont la qualité de « *juge* » au sens de l'article 5§3 de la Convention n'est pas déniée, pouvait décider du placement en détention, tandis que les recours existants assuraient la conformité du droit français avec les exigences de l'article 5§4. Il va sans dire que le législateur pouvait parfaitement aller au-delà des exigences minimales de la Convention en soumettant de telles décisions à un double-regard. Le « dépeçage » des attributions du juge d'instruction par la création du JLD n'a toutefois pas été sans conséquences insidieuses ou plus franches. D'abord, le choix du législateur a finalement mis au jour ses doutes sur la pleine impartialité du juge d'instruction compte tenu de sa fonction d'enquêteur et, donc, de sa capacité à décider des mesures les plus intrusives. La création du JLD a surtout été le support indispensable du déploiement ultérieur des possibilités d'investigation dans le cadre de l'enquête⁴⁹⁰, qui est au cœur de perturbations tant organiques et fonctionnelles que structurelles.

2) L'affirmation de l'autonomie fonctionnelle et de l'impartialité personnelle du procureur de la République

141. L'affirmation de l'autonomie fonctionnelle et de l'obligation d'impartialité personnelle du procureur de la République dans l'exercice de ses fonctions est, à notre avis, une seconde manifestation d'une évolution du droit français inspirée, plutôt qu'imposée, par les droits européens.

142. La subordination hiérarchique des magistrats du parquet, caractéristique historique de l'institution du ministère public -. Si les membres du ministère public appartiennent à l'« autorité judiciaire » au sens français⁴⁹¹ et voient, à ce titre, leur indépendance garantie par l'article 64 de la Constitution, ils sont néanmoins, comme par le passé, des échelons d'une pyramide hiérarchique au sommet

⁴⁸⁸ V. not., C. GUERY, « Détention provisoire », préc., spéc. n°253 et s.

⁴⁸⁹ *Ibid.* n°265 et s.

⁴⁹⁰ V. *Supra*, n°38.

⁴⁹¹ Ord. n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JORF* 23 déc. 1958, p. 11551, art. 1^{er}; Cons. const., Déc. n°93-326 DC du 11 août 1993, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale* (consid. 12), *JCP éd. G.* 1993, II, 3720, note F. LE GUNHEC; *RFD const.* 1993, p. 848, note T.-S. RENOUX; *Pouvoirs* 1994, p. 172, note P. AVRIL et J. GICQUEL; Cons. const., Déc. n°2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* (consid. 74), *D.* 2003, p. 1127, obs. L. DOMINGO; *D.* 2003, p. 1128, obs. S. NICOT; *RFD const.* 2003, p. 363, comm. A. PENA-GAÑA; *RFD const.* 2003, p. 548, obs. T.-S. RENOUX; Cons. const., Déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, (consid. 98); Cons. const., Déc. n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres* [Garde à vue] (consid. 26).

de laquelle se trouve le ministre de la Justice : « à l'échelon le plus élevé, le garde des sceaux ; dans les cours d'appel, les procureurs généraux ont autorité sur leurs collaborateurs directs (avocats généraux, substituts généraux) et sur les procureurs de la République du ressort de leur cour ; dans les tribunaux de grande instance, les procureurs de la République ont autorité sur leurs collaborateurs (procureurs-adjoints, vice-procureurs, substituts) »⁴⁹². Cette subordination hiérarchique se double d'un statut particulier qui les distinguent de leurs homologues du siège. Des modalités spécifiques président (encore) leur nomination, l'avancement de leur carrière et la sanction de leurs fautes dans l'exercice de leurs fonctions. En particulier, si l'intervention de la formation compétente du CSM s'impose en amont de leur nomination ou de toute sanction, celle-ci prend néanmoins la forme d'un avis simple, qui ne lie donc pas le ministre de la Justice. Ils sont, en outre, à la différence de leurs homologues du siège, amovibles et révocables.

143. Cette organisation hiérarchique et les conséquences qui en découlent s'inscrivent dans la tradition du système français. L'organisation pyramidale était déjà connue du droit intermédiaire et sous l'empire du Code d'instruction criminelle⁴⁹³ : « les procureurs généraux, les avocats généraux, les procureurs de la République, les commissaires de police, les maires et les adjoints sont unis entre eux par un lien hiérarchique, qui aboutit au garde des sceaux [...], représentant direct du pouvoir exécutif »⁴⁹⁴, notait Garraud. Cette subordination emportait déjà des conséquences semblables sur le plan de la nomination. L'auteur relevait qu'« on est appelé à remplir les fonctions du ministère public [...] par décret du président de la République, rendu sur proposition du garde des sceaux et la présentation des chefs de la cour où la vacance se produit (L. 25 fév. 1875, article 3) ». Il ajoutait que « [c]e mode de nomination est tellement conforme à la nature des fonctions du ministère public que, à l'époque même où les tribunaux se recrutaient par l'élection, le chef de l'Etat avait conservé la nomination des commissaires du gouvernement et de leurs substituts »⁴⁹⁵, parce que l'élection présentait le double inconvénient de faire « échapper les membres du ministère public à l'action du pouvoir qui n'a plus de représentants dociles auprès des tribunaux » et « dépendre du corps électoral, aux intérêts et aux passions duquel ces agents peuvent être tentés de subordonner l'exercice de l'action publique »⁴⁹⁶. Cette

⁴⁹² D. BOCCON-GIBOD, « Les magistrats et les juges : le Ministère public », *Revue de droit Henri Capitant*, 29 juin 2012.

⁴⁹³ V. not., F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle, De l'action publique et de l'action civile*, t. I, Charles Hingray, Librairie Editeur, 1846, Paris, pp. 190 et s. ; V. ég., R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 172.

⁴⁹⁴ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 174.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, pp. 172-173.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 172.

subordination expliquait aussi que le régime disciplinaire des membres du parquet de même que leur amovibilité, puisqu'à défaut ils auraient cessé de dépendre du pouvoir exécutif dont ils sont les « agent[s], chargés de l'exécution des lois et de requérir, au nom du gouvernement »⁴⁹⁷.

144. Cette subordination trouvait, et trouve encore, en matière pénale une expression particulière aux articles 30, 33 et 36 du CPP, réécrits par la loi du 25 juillet 2013⁴⁹⁸, dans lesquels étaient notamment inscrit le pouvoir du ministre de la Justice d'adresser aux représentants du ministère public des instructions générales mais aussi particulières, visant notamment l'exercice de poursuites pénales. Contrepesées par les pouvoirs propres du procureur de la République et par sa liberté de parole à l'audience⁴⁹⁹, les attributions du ministre de la Justice s'inscrivent, tout autant, dans une tradition juridique française, comme en témoigne la lecture des écrits de Hélie ou Garraud⁵⁰⁰. Percevant dans la jurisprudence européenne une remise en cause de celle-

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 173.

⁴⁹⁸ L. n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, *JORF* 26 juil. 2013, p. 12441, *RSC* 2013, p. 603, obs. E. VERGES ; *JCP éd. G.* 16 sept. 2013, 955, obs. E. BONIS-GARÇON et O. DECIMA ; *Procédures* 2013, comm. 293, obs. J. BUISSON.

⁴⁹⁹ Garraud, comme Hélie avant lui, les avait mis en lumière en son temps. Hélie faisait observer : « [l]e ministre de la justice n'exerce point l'action publique ; il ne peut procéder par lui-même à aucun acte de poursuite. La loi a directement délégué cette action aux procureurs généraux et aux procureurs du roi ; ils en disposent en vertu de cette attribution légale ; ils n'ont besoin ni d'ordre ni d'autorisation pour l'exercer, et les actes qu'ils auraient faits pour cet exercice seraient réguliers et auraient tout leur effet, alors même qu'ils seraient contraires aux instructions du ministre ». Et d'ajoutait que si le ministre de la Justice peut leur « prescrire [...] de former un appel ou un pourvoi, de prendre telle autre mesure que le bien de l'administration de la justice lui paraît exiger » ou « encore tracer à ces magistrats la ligne qu'ils doivent suivre en général dans l'exercice de leurs fonctions [...] les magistrats, auxquels ces ordres sont adressés, peuvent s'abstenir de les exécuter, car ils ne répondent que dans le for de leur conscience de l'emploi de l'action que la société a déposée dans leurs mains » (F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle, De l'action publique et de l'action civile*, t. II., C. Hungray, Paris, 1846, spéc., p. 303). Garraud soulignait que si « le garde des sceaux a certainement le droit d'adresser aux membres du ministère public des injonctions afin qu'ils exercent ou s'abstiennent d'exercer l'action publique et, en cas de résistance, de provoquer leur changement de résidence ou leur révocation [...] là s'arrêtent ses pouvoirs. Le droit d'exercer l'action publique ne lui appartient pas ». D'où, plusieurs conséquences : « les membres du ministère public sont bien tenus d'adresser aux tribunaux les réquisitions qu'il leur est ordonné de formuler ou de se démettre de leurs fonctions (C. instr. cr. art. 274, 441, 443, 486) ; mais ils ont le droit de conclure à l'audience suivant leur opinion personnelle même au rejet de leurs réquisitions ; car les conclusions, qui ne sont que l'opinion du magistrat qui les donne, doivent rester libres pour être consciencieuses. Le ministère public tient à honneur d'affirmer aujourd'hui comme autrefois que si "la plume est servie, la parole est libre". La loi a elle-même expressément reconnu cette indépendance du ministère public dans l'article 6 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 sur les conflits ». De plus, « le garde des sceaux ne peut se substituer au procureur général ou au procureur de la République qui refuserait d'agir et assigner à sa propre requête ; il n'exerce pas, en effet, l'action publique et ne procède, par lui-même, à aucun acte de poursuite ; il a donc besoin de l'intermédiaire des officiers du ministère public puisque la loi ne lui donne pas accès auprès des tribunaux. Il en résulte que la résistance [...] des officiers du ministère public qui se refuseraient à exécuter les ordres du garde des sceaux ne pourrait être vaincue par un déplacement ou une révocation » (R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 331). Sur ces limites à la subordination du ministère public aujourd'hui : V. not., L. LEMESLES et F.-J. PANSIER, *Le procureur de la République*, PUF, Que sais-je ?, n°1315, 1998, [Version électronique] ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°844 et s., p 598 ; *Répert. Dalloz, Droit pénal et procédure pénale*, v° « Ministère public », 2015, par F. MOLINS, n°15 et s.

⁵⁰⁰ F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle, De l'action publique et de l'action civile* (1846), *op. cit.*, p. 303 (L'auteur faisait observer que « Au faite de l'institution du ministère public est placé le ministre de la Justice non pour participer à l'exercice de l'action publique, mais pour le surveiller ; non pour prendre part aux actes des poursuites, mais pour les maintenir dans les termes de la loi, et, au besoin, pour les provoquer ». A ce titre, « il leur transmet ses instructions et

ci, en particulier de l'insuffisante autonomie fonctionnelle des membres du ministère public, le législateur devait cependant s'employer à affermir leur indépendance opérationnelle. Il devait également s'attacher à confirmer l'obligation d'impartialité qui est la leur dans l'exercice de leurs fonctions.

145. La perception d'une remise en doute de l'insuffisante autonomie des membres du ministère public français dans la jurisprudence européenne -. Cette jurisprudence européenne est suffisamment connue pour n'être que brièvement rappelée. Suivant les exigences formulées dans des arrêts précédents⁵⁰¹, la Cour européenne a jugé que le procureur de la République français n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5§3 de la Convention européenne. Dans son arrêt de Grande chambre rendu dans l'affaire *Medvedyev et autres contre France*, le 29 mars 2010, les juges européens avaient déjà laissé entendre que les membres du ministère public ne pouvaient être ainsi qualifiés, faute de disposer de l'indépendance requise à l'égard du pouvoir Exécutif et des parties (§124)⁵⁰². L'absence de constat de violation des exigences européennes ne s'expliquait alors que par l'intervention d'un juge

ses ordres [auxquels ils sont tenus,] dans l'intérêt du service ; il les rappelle à l'exécution de leurs devoirs et des règles légales ; il les mande, s'il y a lieu, près de lui, et provoque à leur égard les mesures qu'il juge nécessaires. Il est à la fois vis-à-vis d'eux un chef hiérarchique et le représentant officiel du pouvoir dont ils sont les agents, et il exerce à ces deux titres sur leurs actes une incontestable autorité. [S]i le ministre de la Justice n'exerce pas l'action publique, s'il n'en a pas la direction judiciaire, [...] il surveille son application [et] donne des ordres pour qu'elle soit exercée ; [s']il ne saisit pas les tribunaux, [...] il oblige les membres du ministère public à les saisir ».

⁵⁰¹ CEDH, 3 juin 2003, *Pantéa c. Roumanie*, Req. n°33343/96, D. 2003, somm. 2278, obs. J.-F. RENUCCI (A cette occasion, suivant la position adoptée dans l'arrêt *Vasilescu contre Roumanie* sur le fondement de l'article 6 de la Convention (§§40-41), les juges européens estimaient, en effet, que le seul que les procureurs roumains soient subordonnés au procureur général puis au ministre de la Justice, suffisait à leur dénier la qualité de magistrat au sens de l'article 5§3 faute de présenter l'indépendance requise à l'égard de l'exécutif (§238)). S'agissant de l'impartialité du « magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires », une évolution de la jurisprudence était également à relever. En effet, si dans son arrêt *Schiesser contre Suisse* précité, la Cour européenne s'était attachée à un examen *in concreto* de l'indépendance du procureur suisse, constatant qu'en l'espèce il n'avait pas assumé la qualité d'autorité de poursuite, elle a estimé, dès son arrêt *Hueber contre Suisse* (CEDH, 23 oct. 1990, *Huber c. Suisse*, Req. n°12794/87) que, si la Convention n'exclut pas qu'un magistrat qui a décidé de la détention ait aussi d'autres fonctions, son impartialité peut néanmoins paraître sujette à caution lorsqu'il peut intervenir dans la procédure ultérieure en qualité d'autorité poursuivante (§43). De façon plus limpide, elle a jugé, dans son arrêt *Brincat contre Italie* (CEDH, 26 nov. 1992, *Brincat c. Italie*, Req. n°13867/88) que « seules entre en ligne de compte les apparences objectives existant à la date de la décision sur la détention : s'il s'avère, à ce moment-là, que le 'magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires' peut intervenir à un stade subséquent à titre de représentant de l'autorité peut inspirer des doutes à considérer comme objectivement justifiés (§21). Les indications de l'arrêt *Assenov et autres contre Bulgarie* (CEDH, 28 oct. 1998, *Assenov et autres c. Bulgarie*, Req. n°24760/94) sont également éclairantes, la Cour admettant, là, que « dès lors que n'importe lequel [des] procureurs [qui est intervenu] aurait pu par la suite agir contre le requérant dans la procédure pénale, ils n'étaient pas suffisamment indépendants ni impartiaux aux fins de l'article 5§3 » (§149).

⁵⁰² CEDH, [G.C.], *Medvedyev et autres c. France*, préc. Cette solution s'était imposée, de manière certes « acrobatique », dès l'arrêt rendu en chambre le 10 juillet 2008 (J.-P. MARGUENAUD, « Tempête sur le Parquet », préc.). La Cour y jugeait, sur le fondement de l'article 5§1, que le procureur de la République français « n'[était] pas une 'autorité judiciaire' au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion. [C]omme le soulign[ai]ent les requérants, il [leur] manqu[ait] en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif » (§61), puisqu'il était « placé sous l'autorité du gouvernement, via la Chancellerie » (§46). Dans son arrêt, la Grande Chambre n'a pas réitéré la digression relative au contrôle de l'autorité judiciaire sur la privation de liberté. Les indications apportées par le paragraphe 124 ne laissaient cependant aucun doute sur le fait que le procureur français ne pouvait être qualifié de magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires au sens de cette disposition.

d’instruction dans un délai compatible avec l’impératif de promptitude formulé par l’article 5§3. Cette constatation rendait *in fine* sans objet l’examen des qualités présentées par le procureur français. L’arrêt *Moulin* a permis à la Cour de fixer plus sûrement sa position à l’égard du ministère public français. S’employant alors à une analyse détaillée du statut des représentants du parquet, elle a observé que si les magistrats du ministère public composaient avec les juges du siège l’autorité judiciaire (au sens français), ils étaient néanmoins « *placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques au sein du Parquet, et sous l’autorité du garde des Sceaux, donc du pouvoir exécutif* », amovibles et tenus de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions de leur supérieur hiérarchique (§56). De cette accumulation d’indicateurs statutaires, elle a déduit que « *les membres du ministère public, en France, ne remplissaient pas l’exigence d’indépendance à l’égard de l’exécutif* » requise pour être qualifiés de « *magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires* » au sens de l’article 5§3 (§57). Elle a en outre observé que le droit français confie naturellement l’exercice de l’action publique au ministre public (C.P.P., articles 1^e et 31). La Cour a alors rappelé, comme elle l’avait déjà fait dans l’arrêt *Medvedyev* (§124), que l’exigence d’indépendance à l’égard des parties exclue que ce « *magistrat* » « *puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale* » (§58). Les arrêts *Vassis et autres contre France*⁵⁰³, *Ali Samatar et autres* et *Hassan contre France*⁵⁰⁴ ont depuis confirmé cette analyse.

146. La loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public⁵⁰⁵ a cherché à mettre le droit interne en conformité avec les standards européens. Les travaux préparatoires témoignent en effet que, par-delà l’engagement présidentiel de rendre le parquet plus indépendant⁵⁰⁶, il s’agissait de répondre aux exigences de la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l’Europe du 6 octobre 2000 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale⁵⁰⁷ et, surtout, d’adresser un signal à la Cour européenne, laquelle semblait remettre en question le statut et l’insuffisante impartialité du procureur français. En ce

⁵⁰³ CEDH, *Vassis et autres c. France*, préc. (§53), V. not., D. 2013. 1687, obs. O. BACHELET ; *AJ pénal* 2013. 549, obs. G. ROUSSEL ; RSC 2013. 656, obs. D. ROETS ; *Gaz. Pal.* 13-15 oct. 2013, p. 41, note F. FOURMENT ; *RPDP* 2013. 705, obs. J.-F. RENUCCI.

⁵⁰⁴ CEDH, 4 déc. 2014, *Ali Samatar et autres c. France*, Req. n° 17110/10 et 17301/10 (§44) ; CEDH, 4 déc. 2014, *Hassan et autres c. France*, Req. n° 46695/10 et 54588/10, *Dr. pén.* 2015, p. 13, obs. O. DECIMA ; *AJ pén.* 2015, p. 102, obs. G. POISSONNIER ; *JCP éd. G.* 2015, 134, obs. J. PRADEL ; D. 2015, p. 303, obs. J.-F. RENUCCI ; *Gaz. Pal.*, 10 janv. 2015, p. 9, obs. E. RASCHEL.

⁵⁰⁵ L. n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l’action publique, *JORF* 26 juil. 2013, p. 12441, RSC 2013, p. 603, obs. E. VERGES ; *JCP éd. G.* 16 sept. 2013, 955, obs. E. BONIS-GARÇON et O. DECIMA ; *Procédures* 2013, comm. 293, obs. J. BUISSON.

⁵⁰⁶ Projet de loi n°845 relatif aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et d’action publique, Enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 27 mars 2013, Présenté par C. TAUBIRA, Exposé des motifs, spéc. p. 3.

⁵⁰⁷ Etude d’impact, Projet de loi relatif aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et d’action publique, 22 mars 2013, spéc. p. 21.

sens, Monsieur Le Bouillonnet, rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée nationale, a indiqué que la jurisprudence européenne précédemment rappelée relançait le débat sur le statut du ministère public français et, donc, sur son autonomie fonctionnelle à l'égard de l'Exécutif⁵⁰⁸. Il a ajouté que ce projet de loi s'inscrivait « dans le cadre général de la réforme en cours du statut du parquet, destinée à en assurer l'indépendance [...] dans le respect des exigences [...] conventionnelles »⁵⁰⁹. Monsieur Michel, rapporteur du projet de loi devant le Sénat a estimé, lui, que l'indépendance du parquet telle qu'elle est garantie par la Constitution « ne correspond pas aux standards de la jurisprudence européenne »⁵¹⁰. Dans ce contexte, la loi du 25 juillet 2013 s'est attachée à renforcer l'indépendance fonctionnelle du ministère public dans l'exercice de l'action publique en supprimant la possibilité, pour le garde des Sceaux, d'adresser aux procureurs nationaux des instructions individuelles⁵¹¹. Elle a corrélativement inscrit, à l'article 31 du CPP, le devoir du ministère public d'impartialité dans l'exercice de l'action publique, entendant de la sorte donner un « signal »⁵¹² à la Cour européenne. Selon les termes de Monsieur Le Bouillonnet, cette nouvelle disposition devait « en lien avec la réforme du CSM [...] protéger notre pays du risque de sanction de la Cour européenne des droits de l'homme »⁵¹³. Lors des discussions préparatoires à l'adoption de la loi, Monsieur Raimbourg a cependant fait observer, à juste titre, que la seule référence explicite à un devoir d'impartialité du procureur de la République lorsqu'il exerce l'action publique ne suffirait pas à satisfaire aux exigences conventionnelles puisque le représentant du ministère public demeurerait (évidemment) l'autorité poursuivante⁵¹⁴. C'était déjà reconnaître les fragilités de la réforme entreprise au regard des objectifs qu'elle poursuivait⁵¹⁵.

Pour autant, la première question à se poser était celle de savoir si une telle réforme s'imposait au lendemain des arrêts européens. Car, en effet, considérer que le procureur de la République ne peut être l'autorité judiciaire habilitée à contrôler promptement une privation de liberté parce qu'il ne dispose pas de l'indépendance requise à l'égard de l'Exécutif et des parties ne pouvait *ipso facto* signifier que le législateur était contraint, pour satisfaire aux exigences conventionnelles, de faire du parquetier français un « *magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* » au sens de l'article

⁵⁰⁸ Rapport n°1407 sur le projet de loi relatif aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et d'action publique, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 21 mai 2013, Présenté par J.-Y. LE BOUILLONNET, spéc. pp. 17.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 19.

⁵¹⁰ Rapport n°675 sur le projet de loi relatif aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et d'action publique, Enregistré à la Présidence du Sénat le 19 juin 2013, Présenté par J.-P. MICHEL, spéc. p. 11.

⁵¹¹ V. *Infra*, n°386 et s.

⁵¹² *Ibid.*

⁵¹³ J.-Y. LE BOUILLONNET, Rapport n°1407, préc., p. 39.

⁵¹⁴ Cité par J.-Y. LE BOUILLONNET in Rapport n°1407, p. 61.

⁵¹⁵ Nous les observerons plus précisément dans d'autres développements.

5§3 de la Convention.

147. Conclusion de la première section -. Un panorama, même incomplet, des impacts francs ou de l'inspiration puisée dans les droits européens témoigne de leur influence incontestable sur les normes applicables à la mise en état des affaires pénales et sur ses acteurs, parfois par l'intermédiaire des juridictions nationales. Il révèle par-là même, ce qui ne faisait guère de doute, que les droits européens sont devenus une source supplémentaire de la procédure pénale, au côté des exigences constitutionnelles et de la loi. L'observation de cette influence, et finalement, de la capacité des droits européens à influencer sur la fabrication des droits internes, en contraignant le législateur à adapter sa loi en conséquence, serait néanmoins incomplète si les limites de leur emprise n'étaient pas parallèlement relevées.

Section Seconde. Les limites de l'influence des droits européens

148. Les droits européens, qui se présentent essentiellement comme des ensembles de normes incomplets destinés à compléter les droits nationaux ou à systématiser l'application de certains standards communs à des fins de protection des libertés individuelles ou d'efficacité, se caractérisent aussi par la place qu'ils réservent à la volonté des Etats membres dans leur élaboration et leur application. Cette prévalence de la volonté des Etats s'effrite, il est vrai, dans le cadre de l'Union européenne, tandis que le « jeu » du mécanisme de protection juridictionnel des droits et libertés fondamentaux établi au sein du Conseil de l'Europe voudrait, naturellement, que les autorités internes satisfassent aux standards que la Cour formule sans attendre une multiplication des recours et des condamnations. Gardons-nous cependant d'oublier les marges de manœuvre que les droits européens concèdent généralement aux législateurs nationaux parce qu'ils ont vocation à s'appliquer à des systèmes encore bien divergents malgré le rapprochement qui s'observe régulièrement et parce que, si leur prétention est effectivement de favoriser l'application de standards et de solutions communes, elle n'est pas d'imposer une uniformisation des différents systèmes nationaux. Ces différentes caractéristiques délimitent l'influence que peuvent avoir les droits européens sur la formation des droits internes. Elles tempèrent également leur capacité à imposer une transformation radicale des systèmes nationaux au profit d'un autre système, alors hégémonique.

Prima facie donc, si les droits européens ont effectivement été à l'origine de différentes évolutions de la législation nationale et ont, ce faisant, participé de la versatilité des normes applicables à la mise en état, leur impact potentiel sur la mutation du système français paraît plus incertain. Cette métamorphose, essentiellement justifiée par des considérations nationales, peut toutefois, nous semble-t-il, trouver une autre source de rationalité dans une perspective européenne. Après avoir rappelé les raisons de l'influence généralement limitée des droits européens sur la formation des droits nationaux (§1^{er}), nous envisagerons les manifestations concrètes de cette influence sur la montée en puissance de l'enquête (§2^d).

§1^{er}- L'influence généralement limitée des droits européens sur la formation des droits nationaux

149. Parce que les limites que présente le droit du Conseil de l'Europe ne sont pas semblables à celle du droit de l'Union, à plus forte raison depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, nous les envisagerons successivement. Aux raisons de l'efficacité limitée du droit du Conseil de l'Europe dans son ensemble (A) répondent celles qui justifient la régulation de l'efficacité du droit de l'Union (B).

A. L'efficacité limitée du droit du Conseil de l'Europe dans son ensemble

150. Si le droit du Conseil de l'Europe présente, dans son ensemble, certaines limites qu'il convient préalablement de rappeler (1), la particularité de celles du mécanisme juridictionnel de protection des droits fondamentaux établi en son sein justifie des développements distincts (2).

1) Les limites du droit du Conseil de l'Europe dans son ensemble

151. Les limites du droit du Conseil de l'Europe tiennent moins à l'étendue des questions abordées par les instruments façonnés en son sein qu'à la nature de cette

organisation internationale⁵¹⁶, dans laquelle les Etats membres sont les principaux acteurs de l'élaboration et de l'exécution du droit qui en émane. Une radiographie incomplète de la sphère d'influence des instruments élaborés au sein du Conseil de l'Europe sera succinctement présentée pour témoigner du caractère presque illimité de celle-ci, avant que ne soit envisagé ce qui délimite plus sûrement l'emprise du droit façonné dans cette enceinte.

152. La sphère quasiment illimitée de son influence -. A l'observation de l'étendue des problématiques envisagées en son sein, nous ne pouvons que constater les largesses de la sphère d'influence du droit élaboré par cette organisation. A la différence d'autres organisations internationales, le Conseil de l'Europe constitue en effet une « organisation à vocation générale »⁵¹⁷, dont les objectifs et les compétences sont formulés avec « un flou volontaire »⁵¹⁸. Son but est de réaliser, « *au moyen des organes du Conseil, par l'examen des questions d'intérêt commun, par la conclusion d'accords et par l'adoption d'une action commune dans les domaines économiques, social, culturel, scientifique, juridique et administratif, ainsi que par la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (Statut, article 1 b)), « *une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social* » (Statut, article 1 a)). Sous réserve des compétences expressément exclues par l'article 1^{er}, point d, du Statut du Conseil de l'Europe 5 mai 1949⁵¹⁹, l'organisation est donc autorisée à intervenir dans des domaines particulièrement variés et à traiter de sujets divers, dont la matière pénale fait évidemment partie. Celle-ci constitue même, selon un auteur, le domaine où la production normative du Conseil de l'Europe est la plus « spectaculaire[...] »⁵²⁰.

Il ne peut être question, dans le cadre de cette étude, d'envisager de façon exhaustive les instruments qui symboliseraient l'intérêt de l'organisation pour cette

⁵¹⁶ La spécificité du Conseil de l'Europe réside, conformément au compromis initialement dégagé, dans l'existence, aux côtés du Comité des ministres (organe décisionnel), d'une assemblée consultative (l'« Assemblée parlementaire ») laquelle, composée de délégations nationales comprenant des parlementaires élus par leur pairs dans chaque Etat membre (Statut, art. 26), constitue l'organe délibérant de l'Organisation (Statut, art. 22). Sur ces questions institutionnelles, V. not., E. DECAUX et M. EUDES, « Conseil de l'Europe – Objectifs et structures politiques », préc., n°146 et s. ; B. HALLER, *Le rôle de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans la défense des droits de l'homme*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2001 ; F. BENOIT-ROHMER et H. KLEBES, *Le droit du Conseil de l'Europe, Vers un espace juridique paneuropéen*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005, p. 64 ; J.-S. BERGE ET S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen, Union européenne et Conseil de l'Europe*, Ed. PUF, Coll. « Thémis », 2^e éd., Paris, 2011, p. 56.

⁵¹⁷ G. COHEN-JONATHAN, *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrestien, 3^e éd., Paris, 2002, p. 159.

⁵¹⁸ E. DECAUX et M. EUDES, « Conseil de l'Europe – Objectifs et structures politiques », préc., n°20.

⁵¹⁹ Les questions relatives à la défense nationale sont exclues de même que celles qui relèvent de la compétence des autres organisations internationales (Statut, art. 1^{er} d)). V. not., E. DECAUX et M. EUDES, « Conseil de l'Europe – Objectifs et structures politiques », préc., n°30 et s. ; F. BENOIT-ROHMER et H. KLEBES, *Le droit du Conseil de l'Europe, Vers un espace juridique paneuropéen, op.cit.*, p. 21.

⁵²⁰ J.-L. BURBAN, *Le Conseil de l'Europe*, 3^e éd., Ed. PUF, Coll. « Que sais-je ? », Paris, 1996, p. 108.

matière et dont certains ont déjà été envisagés. D'une manière générale, nous pouvons cependant brièvement rappeler que l'intensité de son activité dans ce domaine s'explique et s'illustre par la dualité des objectifs poursuivis et des méthodes employées.

153. Concernant les objectifs poursuivis, un examen même non exhaustif des instruments élaborés permet de dégager une double préoccupation, qui fait écho à la recherche de l'équilibre fondant les procédures pénales dans les sociétés démocratiques : protéger les droits et les intérêts des personnes concernées par la procédure d'une part, garantir l'efficacité de la répression d'autre part.

La protection et le développement des droits et libertés fondamentaux, qui constitue une « préoccupation historique » de l'organisation⁵²¹, inspire, dans le champ pénal, une multitude d'instruments, régulièrement inscrits dans le sillage des exigences de la Cour européenne. Ils concernent toutes les personnes concernées par la procédure. Sont envisagés :

- La sauvegarde des droits de la personne mise en cause, qu'il s'agisse de ses droits à la sûreté⁵²², à la dignité⁵²³, au respect de sa vie privée⁵²⁴ et à la

⁵²¹ J.-S. BERGE ET S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen, Union européenne et Conseil de l'Europe*, op.cit., p. 203 et s.

⁵²² V. not. (parmi beaucoup d'autres), COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(80)11 concernant la détention provisoire, adoptée le 27 juin 1980 (celle-ci rappelle, notamment, qu'« [é]tant présumé innocent tant que la preuve de sa culpabilité n'a pas été établie, aucun prévenu ne doit être placé en détention provisoire, à moins que les circonstances ne rendent cette détention strictement nécessaire. La détention provisoire doit ainsi être considérée comme une mesure exceptionnelle et ne jamais être obligatoire ni utilisée à des fins punitives » (recommandation 1)). Elle formule ensuite une série de conditions applicables au placement en détention provisoire, à sa durée et à la préférence qui doit être donnée aux mesures alternatives dans la lignée des exigences formulées sur le fondement de l'article 5 de la Convention européenne.

⁵²³ V. not., (parmi beaucoup d'autres), COMITE DES MINISTRES, Résolution (73) 5 sur l'Ensemble des règles *minima* pour le traitement des détenus, adoptée le 19 janvier 1973 (elle rappelle, entre autres, « la privation de liberté doit avoir lieu dans des conditions matérielles et morales qui assurent le respect de la dignité humaine » (point 3)) ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec.(2006)13 concernant la détention provisoire, les conditions dans lesquelles elle est exécutée et la mise en place de garanties contre les abus, adoptée le 27 septembre 2006.

⁵²⁴ V. not. (parmi beaucoup d'autres), COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(2005)10 relative aux techniques spéciales d'investigations, en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme, adoptée le 20 avril 2005 (Celle-ci rappelle notamment qu'en conformité avec les exigences formulées par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 8 de la Convention, les Etats membres devraient « définir dans leur droit national les circonstances et les conditions dans lesquelles les autorités compétentes sont habilitées à recourir à l'utilisation des techniques spéciales d'enquête » et « prendre des mesures législatives appropriées pour assurer que la mise en œuvre des techniques spéciales d'enquête fasse l'objet d'un contrôle adéquat par des autorités judiciaires ou d'autres organes indépendants par le biais d'une autorisation préalable, d'une supervision durant l'enquête ou d'un contrôle a posteriori ». Elle précise ensuite les conditions d'utilisation de ces techniques spéciales d'enquête, qui ne devraient être décidées que conformément aux principes de nécessité (point 4) et de proportionnalité entre les conséquences de l'utilisation de ces techniques et le but qui a été identifié. A cet effet, au moment où elles sont décidées, le recours à ces mesures devrait être évalué à la lumière de la gravité de l'infraction et en prenant en considération le caractère intrusif de la mesure concernée (point 5), les Etats devant alors veiller à ce que les autorités compétentes recourent aux mesures disponibles moins intrusives lorsqu'elles permettent d'aboutir au même résultat (point 6)).

présomption d'innocence⁵²⁵, et aux garanties de sa défense⁵²⁶ ; ils définissent, le cas échéant, les conditions dans lesquelles il peut y être portée atteinte.

- La situation et les droits de la victime, mineure⁵²⁷ ou non, de la criminalité en général⁵²⁸ ou de certaines infractions précisément visées (violences intrafamiliales⁵²⁹, infractions sexuelles ou traite des Êtres humains⁵³⁰ ...) ;
- La situation des témoins et des collaborateurs de justice ou repentis⁵³¹.

D'autres instruments sont plus orientés vers la répression et tendent à en garantir l'efficacité dans une Europe toujours plus ouverte⁵³². En effet, la particularité de la criminalité contemporaine, en comparaison de formes connues d'infractions présentant un élément d'extranéité, est qu'elle est plus transnationale qu'internationale en ce sens que « le préfixe *trans* [renvoie ici] à la notion verticale de *transcendance* par rapport aux États concernés, alors que le préfixe *inter* [évoquerait] seulement, de manière horizontale, la juxtaposition d'éléments constitutifs d'un acte délictueux qui chevauchent une ou plusieurs frontières »⁵³³. En d'autres termes, à la différence de la

⁵²⁵ V. not., COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec(2003)13 sur la diffusion d'informations par les médias en relations avec les procédures pénales, adoptée le 10 juillet 2003 (Le deuxième principe formulé par celle-ci précise que « [l]e respect du principe de la présomption d'innocence fait partie intégrante du droit à un procès équitable. En conséquence, des opinions et des informations concernant les procédures pénales en cours ne devraient être communiquées ou diffusées à travers les médias que si cela ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence du suspect ou de l'accusé »).

⁵²⁶ V. not., COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec(97)13 sur l'intimidation des témoins et les droits de la défense, adoptée le 10 septembre 1997 ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec(2005)09 sur la protection des témoins et des collaborateurs de justice, adoptée le 20 avril 2005.

⁵²⁷ V. not., COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(91)11 sur l'exploitation sexuelle, la pornographie, la prostitution ainsi que sur le trafic d'enfants et de jeunes adultes, adoptée le 9 sept. 1991 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Convention sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, STCE 201, du 27 oct. 2007.

⁵²⁸ V. not., COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(85)11 du Comité des ministres aux États membres sur la position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale, adoptée le 28 juin 1985 ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(87)21 sur l'assistance des victimes et la prévention de la victimisation, adoptée le 17 septembre 1987 ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(96)10 du Comité des ministres aux États membres sur la politique criminelle dans une Europe en transformation, adoptée le 5 septembre 1996 ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(2006)8 sur l'assistance des victimes d'infractions, adoptée le 14 juin 2006.

⁵²⁹ COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°(85)4 du Comité des ministres aux États membres sur la violence au sein de la famille, adoptée le 26 mars 1985 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, STCE 210, du 11 mai 2011.

⁵³⁰ COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(91)11 sur l'exploitation sexuelle, la pornographie, la prostitution ainsi que sur le trafic d'enfants et de jeunes adultes, adoptée le 9 sept. 1991 ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(2000)11 sur la lutte contre la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle, adoptée le 19 mai 2000 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, STCE 197, du 16 mai 2005 ; Conseil de l'Europe, Convention du sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, STCE 201, préc.

⁵³¹ V. not., COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec(97)13 sur l'intimidation des témoins et les droits de la défense, préc. ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec(2005)09 sur la protection des témoins et des collaborateurs de justice, préc.

⁵³² V. not., F. FALLETTI et F. DEBOVE, *Planète criminelle. Le crime, phénomène social du siècle ?*, Ed. PUF, Coll. « criminalité internationale », Paris, 1998, p. 10 ; A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Ed. PUF, Coll. « Thémis », 3^e éd., 2005, n°3, p. 2 ; J. LEBLOIS-HAPPE, « L'entraide répressive internationale depuis le Code d'instruction criminelle », in H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (sous la dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, Saarbrücker Studien zum Internationalen Recht, n°44, p. 227 et s., spéc. p. 228 ; *Répertoire Dalloz*, v° « Coopération policière internationale », par V. GAUDIN et E. ROUX, 2010, n°1 ; R. GASSIN, S. CIMAMONTI et P. BONFILS, *Criminologie*, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd., 2011, pp. 375 et s., n°422.

⁵³³ R. GASSIN, S. CIMAMONTI et P. BONFILS, *Criminologie*, op. cit., p. 375, n°422.

criminalité internationale « classique » dans laquelle l'existence d'un ou de plusieurs éléments d'extranéité est occasionnelle, voire accidentelle, les éléments d'extranéité sont, dans la criminalité transnationale, « de nature structurelle, [c'est-à-dire] consubstantiels à ce type de délinquance »⁵³⁴. Cette mutation a impliqué une adaptation des mécanismes existants, nécessaires à une lutte plus efficace⁵³⁵. Le Conseil de l'Europe s'est, le premier, saisi de ces problématiques nouvelles en s'efforçant de simplifier et de fluidifier l'assistance que se prêtent les Etats, comme l'illustrent différents instruments rappelant la nécessité de déterminer des « réponses appropriées, tant au niveau national qu'international »⁵³⁶ et de définir « les moyens capables de rendre l[']a législation [de chacun d'eux] plus efficace et de renforcer la coopération internationale dans ce domaine »⁵³⁷. La dualité des méthodes employées se trouve ainsi esquissées.

154. La relever n'est pas sans intérêt puisque ces méthodes déterminent *in fine* l'empreinte laissée par ces instruments sur les procédures pénales nationales.

La première méthode tient à l'amélioration de mécanismes régissant l'entraide que s'accordent les Etats membres en présence d'infractions revêtues d'une dimension transfrontière. S'il est vrai qu'au niveau européen ces mécanismes se sont surtout développés dans le cadre de l'Union européenne ces dernières années, le Conseil de l'Europe a néanmoins été précurseur dans ce domaine. Plusieurs instruments élaborés dès les premières années d'existence de l'organisation ont en effet eu pour objectif de fluidifier et d'améliorer la coopération que ses membres se prêtent. Les conventions européennes d'extradition du 13 décembre 1957⁵³⁸ et d'entraide judiciaire en matière

⁵³⁴ *Ibid.*

⁵³⁵ *Principes généraux de la loi française d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, JORF 30 août 2002, p. 14403, col. 1.

⁵³⁶ COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec.(96)8 sur la politique criminelle dans une Europe en transformation, préc.

⁵³⁷ COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec. (2001) 11 concernant des principes directeurs pour la lutte contre le crime organisé, adoptée le 19 septembre 2001.

⁵³⁸ CONSEIL DE L'EUROPE, Convention européenne d'extradition, STCE 24, 13 décembre 1957. (Cette convention qui porte sur l'entraide extraditionnelle, c'est-à-dire la « procédure par laquelle un Etat, appelé Etat requis, accepte de livrer une personne qui se trouve sur son territoire à un autre Etat, appelé Etat requérant, lequel la réclame pour la juger pour la commission d'un crime ou d'un délit » (D. REBUT, *Droit pénal international*, 2^e éd., Ed. Dalloz, Coll. « Précis », Paris, 2014, n°212, p. 137), a simplifié les conditions applicables entre les Etats parties à l'instrument. Elle en a ouvert plus largement le champ de l'extradition et a relativisé le principe de non-extradition des nationaux, qui est le principal obstacle à l'extradition. Sur cette convention, V. not., A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, *op. cit.*, pp. 410 et s. ; D. REBUT, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n°212, p. 137, n°235 et s., p. 149 et s. ; *Répert. Dalloz de droit international*, v° « Entraide judiciaire (Matière pénale) », janv. 2013, par B. AUBERT).

pénale⁵³⁹, toutes deux plusieurs fois amendées⁵⁴⁰, si elles ne sont certes pas les seuls signes de cette activité normative⁵⁴¹, en sont néanmoins les témoins les plus éclairants, car les plus suivies.

La seconde méthode réside dans le rapprochement des droits et des pratiques qui, indépendamment de la protection des droits et libertés des personnes concernées par la procédure, servent le bon fonctionnement de l'entraide pénale. Coopération et rapprochement des droits et des pratiques sont, en effet, pour partie liés : le rapprochement favorise le fonctionnement de l'entraide tandis que l'intensification de celle-ci appelle à davantage d'harmonisation. Des divergences trop importantes entre les droits nationaux peuvent en effet rendre impossible l'exécution des demandes présentées⁵⁴² voire mettre en cause la recevabilité de la preuve ainsi recueillie, lorsqu'elles ne participent pas à la méfiance que les Etats peuvent se vouer⁵⁴³. A la

⁵³⁹ CONSEIL DE L'EUROPE, Convention européenne d'entraide judiciaire, STCE 30, 29 avril 1959. (Cette convention a simplifié les modalités de l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats parties, c'est-à-dire la procédure par laquelle un Etat, l'Etat requérant, sollicite d'un autre Etat, l'Etat requis, la réalisation de certains actes sur son territoire qu'il ne peut lui-même accomplir en raison du principe de souveraineté. Elle formule un engagement de principe de s'accorder l'entraide la plus large assistance possible (article 1^{er}) et s'emploie à en simplifier le fonctionnement. En particulier, le canal diplomatique (modalité classique de la transmission de demandes d'entraide) n'est plus envisagé comme une voie obligatoire, l'urgence justifiant, une transmission directe d'autorité judiciaire à autorité judiciaire (article 15) et les causes de refus plus limitées (article 3). Sur cette convention, V. not., A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, préc., pp. 364 et s. ; J.-Cl. *Europe Traitée*, « Fasc. 2700 : Coopération judiciaire pénale », mai 2009, par A. WEYEMBERGH ; J. LEBLOIS-HAPPE, « L'entraide répressive internationale depuis le Code d'instruction criminelle », préc., p. 236.

⁵⁴⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, Protocole additionnel à la convention européenne d'extradition, STCE 86, 15 octobre 1975 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'extradition, STCE 98, 17 mars 1978 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire, STCE 99, 17 mars 1978 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire, STCE 182, 8 novembre 2001 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Troisième protocole additionnel à la convention européenne d'extradition, STCE 209, 10 novembre 2010 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Quatrième protocole addition à la convention européenne d'extradition, STCE 212, 20 septembre 2012.

⁵⁴¹ V. not., CONSEIL DE L'EUROPE, Convention européenne sur la transmission des procédures pénales, STCE 73, du 15 mai 1975 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, STCE n°141, du 8 nov. 1990 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, STCE n°198, du 16 mai 2005 ; V. ég., COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(80)7 concernant l'application pratique de la convention européenne d'extradition, adoptée le 27 juin 1980 ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation n° R(80)8 concernant l'application pratique de la convention européenne d'entraide judiciaire, adoptée le 27 juin 1980 ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(82)1 concernant la coopération internationale en matière de poursuites et de répression des actes de terrorisme, adoptée le 15 janvier 1982 ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(85)10 concernant l'application pratique de la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale relative aux commissions rogatoires pour la surveillance des télécommunications, adoptée le 26 juin 1985 ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(86)13 concernant l'application pratique de la convention européenne d'extradition relative à la détention aux fins d'extradition, adoptée le 16 décembre 1986 ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(87)1 concernant la coopération interétatique européenne en matière pénale, adoptée le 19 janvier 1987 ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec.(96)9 relative à l'application pratique de la convention européenne d'extradition, adoptée le 5 septembre 1996.

⁵⁴² En ce sens, V. not., COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec(2005)10 aux « techniques spéciales d'enquête » en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme, préc., Exposé des motifs ; Pour une analyse plus récente de ces problématiques, V. not., COMITE EUROPEEN POUR LES PROBLEMES CRIMINELS, Livre blanc sur le crime transnational organisé, CDPC(2014)11 rév., 26 juin 2014, spéc. p. 31).

⁵⁴³ Sur ces liens, V. not., P. BERNASCONI, « Les infractions transfrontières : terrorisme, trafic de stupéfiants et délits financiers », préc., p. 80 ; M. DELMAS-MARTY, « La place d'un droit pénal commun dans la construction européenne »,

différence des instruments ambitionnant d'améliorer l'entraide pénale qui n'ont, par définition, qu'un impact modeste sur les droits nationaux – ils invitent, au mieux, les législateurs à adapter leur droit, par souci de cohérence ou pour permettre l'application effective de la convention ratifiée⁵⁴⁴, l'exécution des demandes d'entraide reposant par principe sur celui-ci -, ceux qui promeuvent une certaine harmonisation des législations nationales et des pratiques ont, par essence, une influence plus directe sur ces dernières. L'impact de certains d'entre eux a été précédemment envisagé.

Si ces instruments européens, qui sont aussi les plus nombreux, ne peuvent tous être envisagés, une vision d'ensemble conduirait à retenir une distinction entre ceux destinés à renforcer la protection des droits et libertés des personnes impliquées dans la procédure - déjà envisagés, pour partie -, ceux touchant l'organisation des systèmes de justice pénale – spécialisation des autorités compétentes⁵⁴⁵, gestion de la justice⁵⁴⁶, simplification des procédures⁵⁴⁷ ...- et ceux proposant d'apporter des réponses plus harmonieuses en présence de certaines formes d'infractions graves souvent revêtues d'une dimension transfrontière. Sont régulièrement visés le terrorisme, la criminalité organisée, le corruption et d'autres formes de délinquance économique et financière, la cybercriminalité ... Le propre de ces instruments, le plus souvent « sectoriels », en ce sens qu'ils visent certaines formes de criminalité en particulier, est de comporter, en plus de certaines dispositions portant sur le droit pénal de fond – incitant à pénaliser les comportements envisagés -, des prescriptions concernant différents aspects du

préc., p. 229, spéc., p. 239 ; A. BERNARDI, « Stratégies pour une harmonisation des systèmes pénaux européens », préc. p. 195 ; S. MANACORDA, « Harmonisation et coopération : La nature et l'articulation des rapports », préc. p. 571 ; A. WEYEMBERGH, « L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union Européenne », p. 37 et s., n°46 et s. ; J. LELIEUR, « L'application de la reconnaissance mutuelle à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ? », préc. p. 590 ; A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, « Coopération et harmonisation », préc. ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 81, n°149 ; D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSUY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op. cit.*, p. 429.

⁵⁴⁴ L'étude d'impact préalable au projet de loi autorisant la ratification du deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale avait ainsi fait un lien entre l'extension du champ d'application de certaines mesures intrusives (en particulier, l'infiltration) lors de la loi du 9 mars 2004 et la ratification de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, sur laquelle se calque largement ce deuxième protocole additionnel de la convention européenne d'entraide judiciaire

⁵⁴⁵ V. not., COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec. (81) 12 sur la criminalité des affaires, adoptée le 25 juin 1981 (point III, 2) ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec. (96)8 sur la politique criminelle dans une Europe en transformation, préc. (point 14) ; Comité des ministres, Résolution Rés. (97)24 portant les vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption, préc., (point 7) ; CONSEIL DE L'EUROPE, Convention pénale sur la corruption, préc., article 20 ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec. (2001) 11 concernant des principes directeurs pour la lutte contre le crime organisé, adoptée le 19 septembre 2001 (point 21) ; CONSEIL DE L'EUROPE, Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, préc., article 29§1. Lorsqu'elles ne préconisent pas une véritable spécialisation des autorités répressives, elles promeuvent une formation adaptée, V. not., COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec. (81) 12 sur la criminalité des affaires, préc. (point III) ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec. (95)12 sur la gestion de la justice pénale, adoptée le 11 septembre 1995, (point 13) ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec.(2001)16 sur la protection des enfants contre l'exploitation sexuelle, adopté le 31 octobre 2001, (point 61).

⁵⁴⁶ COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec. (95)12 sur la gestion de la justice pénale, préc.

⁵⁴⁷ COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(87)18 sur la simplification de la justice pénale, préc.

procès : le délai de prescription de l'action publique⁵⁴⁸, la protection des témoins, collaborateurs de justice et repentis⁵⁴⁹, la participation d'associations spécialisées⁵⁵⁰, la levée du secret des affaires⁵⁵¹, la limitation des immunités à l'égard des enquêtes, des poursuites et des sanctions⁵⁵², l'adaptation et la modernisation des mesures d'investigations à la spécificité de l'environnement numérique⁵⁵³ ou en considération de l'opacité qui entoure classiquement la commission de certaines infractions (interceptions de télécommunication, infiltrations, « coups d'achat » ...) ⁵⁵⁴, la possibilité de mettre en œuvre des mesures de dépistage, de gel, de saisie, de confiscation ou de mise sous séquestre des avoirs provenant d'activités criminelles afin de garantir que le crime ne paie pas⁵⁵⁵ ... L'impact concret de ces instruments sur l'évolution de la législation nationale a été, pour partie, précédemment esquissée.

155. Si, après un rappel même synthétique, la sphère d'influence des instruments élaborés au sein du Conseil de l'Europe paraît presque illimitée et laisse donc présager d'effets conséquents sur la formation des droits nationaux, les limites à l'impact du droit forgé dans cette enceinte ressortent en revanche de sa nature. Conformément à la logique qui préside les organisations internationales de type « classique », le Statut du Conseil de l'Europe confie le pouvoir décisionnel au Comité des ministres qui n'est autre qu'un organe « intergouvernemental par excellence »⁵⁵⁶, émanation des Nations souveraines toutes placées sur un pied d'égalité (Statut, article 14)⁵⁵⁷. C'est à ce dernier que revient la tâche d'examiner, le cas échéant d'initiative, les mesures propres à réaliser

⁵⁴⁸ V. not., COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec.(96)8 sur la politique criminelle dans une Europe en transformation, préc. (point 16).

⁵⁴⁹ V. not., COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec. (97)13 sur l'intimidation des témoins et les droits de la défense, préc. ; CONSEIL DE L'EUROPE, Convention pénale sur la corruption, préc., art. 22 ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec. (2001) 11 concernant des principes directeurs pour la lutte contre le crime organisé, préc. (point 17) ; CONSEIL DE L'EUROPE, Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, préc., art. 28 ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec. (2005)9 du Comité des ministres aux États membres relative à la protection des témoins et des collaborateurs de justice, préc.

⁵⁵⁰ COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec. (81) 12 sur la criminalité des affaires, préc. (point III, 1) ; CONSEIL DE L'EUROPE, Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, préc., article 27§3.

⁵⁵¹ V. not., COMITE DES MINISTRES, Recommandation (96)8 sur la politique criminelle dans une Europe en transformation, préc. (point 18) ; CONSEIL DE L'EUROPE, Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, préc., articles 4§1.

⁵⁵² COMITE DES MINISTRES, Résolution (97)24 portant les vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption, adoptée le 6 novembre 1997 (point 6).

⁵⁵³ V. not., CONSEIL DE L'EUROPE, Convention sur la cybercriminalité, préc., articles 16, 18, 19, 20 et 21.

⁵⁵⁴ V. not., CONSEIL DE L'EUROPE, Convention pénale sur la corruption, préc., article 23 ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(96)8 sur la politique criminelle dans une Europe en transformation, préc. (point 26) ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec(2001)11 concernant des principes directeurs pour la lutte contre le crime organisé, préc. (point 19).

⁵⁵⁵ V. not., CONSEIL DE L'EUROPE, Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, préc., articles 2 et 3 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Convention pénale sur la corruption, préc., articles 19 et 23 ; V. ég., COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec(2001)11 concernant des principes directeurs pour la lutte contre le crime organisé, préc. (point 15 et 16). V. not., M. MASSE, « L'évolution du droit en matière de gel et de confiscation », *RJC* 2006, p. 463.

⁵⁵⁶ F. BENOIT-ROHMER et H. KLEBES, *Le droit du Conseil de l'Europe, Vers un espace juridique paneuropéen, op.cit.*, pp. 54.

⁵⁵⁷ V. not., E. DECAUX et M. EUDES, « Conseil de l'Europe – Objectifs et structures politiques », préc., n°107 et s.

cette « *union plus étroite* » entre les membres de l'organisation. Le Comité des ministres ne constitue toutefois qu'« un organe d'initiative et de rapprochement des points de vue » qui ne peut « se substituer d'aucune façon aux États pour rendre obligatoire l'une quelconque des politiques communes jugée souhaitable »⁵⁵⁸. *In fine* l'influence des conventions qu'il adopte ou des recommandations qu'il adresse « *s'il y a lieu* » est étroitement dépendante de la volonté des États (Statut, article 15 a) et b)). Leur force est relative (a) et leur contenu caractérisé par une plasticité, qui n'est que le reflet de la prise en compte de la particularité des systèmes nationaux (b).

a) La force relative des instruments du Conseil de l'Europe

156. Ni les conventions, ni les recommandations ne s'imposent, a proprement parlé, aux États membres du Conseil qui demeurent donc libres de les appliquer ou non.

157. La préservation de la liberté des États malgré le caractère juridiquement contraignant des conventions -. Couramment définies comme « *un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international* »⁵⁵⁹, donc juridiquement contraignantes, les conventions élaborées au sein du Conseil de l'Europe n'en préservent pas moins, de son élaboration à sa mise en œuvre, la liberté des États. Leurs représentants sont associés à l'élaboration de leur contenu (par le biais, spécifiquement, de comités directeurs⁵⁶⁰ ou *ad hoc*⁵⁶¹, créés et désignés par le Comité des ministres). L'ouverture à leur signature est, en outre, soumise à une double décision du Comité des ministres dont les modalités ont été initialement définies pour préserver les souverainetés nationales⁵⁶². Le texte définitif est arrêté et l'ouverture à la signature décidée par une décision adoptée à la majorité des deux tiers des voix exprimées et à la

⁵⁵⁸ J.-L. BURBAN, *Le Conseil de l'Europe, op. cit.*, pp. 31-32.

⁵⁵⁹ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, art. 2.

⁵⁶⁰ Les comités directeurs sont créés et dépendent directement du Comité des ministres. Ils sont responsables d'un domaine d'activité déterminé, à l'image du Comité européen pour les problèmes criminels qui a à charge la supervision et la coordination des activités du Conseil de l'Europe en matière de prévention et de contrôle du crime. Il a pour mission d'identifier les éléments prioritaires de coopération juridique intergouvernementale, de proposer au Comité des Ministres les domaines d'action en matière de droit pénal et de procédure, criminologique et pénologique, et de conduire les activités dans ces domaines. Le Comité européen pour les problèmes criminels a élaboré la plupart des conventions européennes en matière pénale (V. not., *J.-Cl. Droit international*, « Fasc. 155-10 : Conseil de l'Europe – Objectifs et structures politiques », par E. DECAUX et M. EUDES, nov. 2009, spéc. n°118)

⁵⁶¹ Les comités *ad hoc* sont créés par le Comité des ministres et dépendent directement de lui. Ils ont un rôle plus ponctuel. Nous pourrions citer, par exemple, le CODEXTER (Comité d'experts sur le terrorisme), créé en 2003 par le Comité des ministres pour coordonner l'action du Conseil de l'Europe contre le terrorisme. Il réunit des experts nationaux des États membres de l'Organisation ainsi que des représentants des organisations internationales. Il a élaboré, entre autres, la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme. (V. not., E. DECAUX et M. EUDES, « Conseil de l'Europe – Objectifs et structures politiques », préc., n°120).

⁵⁶² E. DECAUX et M. EUDES, « Conseil de l'Europe – Objectifs et structures politiques », préc., n°132.

majorité des représentants ayant le droit d'y siéger⁵⁶³. Surtout, ni l'ouverture à la signature, ni la signature n'engage l'Etat ou ne donne à l'instrument une existence juridique. Elle manifeste seulement l'intérêt de celui-ci envers l'instrument et donc son intention de le ratifier. Elle n'a pour effet que d'astreindre l'Etat à l'obligation de ne pas le priver de son objet et de son but⁵⁶⁴ et à soumettre la question de sa ratification à l'autorité ou aux autorités internes compétentes dans un certain délai⁵⁶⁵. Son existence dans l'ordre juridique interne dépend de sa ratification effective et son entrée en vigueur est soumise à sa ratification par un nombre suffisant d'Etats⁵⁶⁶. Chaque Etat reste donc maître de ses engagements, au prix de l'élaboration d'un cadre juridique à géométrie variable, dont la complexité est régulièrement soulignée⁵⁶⁷.

158. La France accuse un retard certain dans la ratification de certains instruments majeurs, lorsqu'elle y procède. La ratification de la convention sur la répression du terrorisme⁵⁶⁸, plus de dix ans après sa signature, par la loi du 16 juillet 1987⁵⁶⁹, en offre une illustration. De même, la ratification, en 2011⁵⁷⁰, du deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire, adopté en 2001, éclaire l'apathie dont la France fait parfois preuve. Ce retard est d'autant plus étonnant que de l'avis du rapporteur du projet de loi de ratification devant le Sénat, la mise en œuvre de cette convention – qui s'inspire largement de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union - ne requerrait aucune adaptation du droit interne, déjà modelé, à cet effet, par la loi du 9 mars 2004⁵⁷¹. La force relative des recommandations est encore plus saillante.

159. L'absence *de jure* de contrainte dans les recommandations du Conseil de l'Europe -. Les recommandations constituent le second type d'instruments à la disposition du Conseil de l'Europe pour parvenir à la réalisation de ses objectifs.

⁵⁶³ COMITE DES MINISTRES, Résolution statutaire (93) 27 sur les majorités requises pour des décisions du Comité des Ministres, adoptée le 14 mai 1993.

⁵⁶⁴ Convention de Vienne, art. 18.

⁵⁶⁵ V. not., E. DECAUX et M. EUDES, « Conseil de l'Europe – Objectifs et structures politiques », préc., n°123.

⁵⁶⁶ Le seuil est toutefois fixé très bas (3 ou 5 ratifications, en principe).

⁵⁶⁷ F. BENOIT-ROHMER et H. KLEBES, *Le droit du Conseil de l'Europe, Vers un espace juridique paneuropéen*, op.cit., pp. 100 et s. ; E. DECAUX et M. EUDES, « Conseil de l'Europe – Objectifs et structures politiques », préc., n°122 et s. ; *J.Cl. Droit international*, « Fasc. 155-20 : Conseil de l'Europe – Activité normative », par E. DECAUX et M. EUDES, nov. 2009, spéc. n°35 ; F.-X. ROUX-DEMARRE, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, op.cit., n°120 et s. ; D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, op.cit., n°879, p. 486.

⁵⁶⁸ V. not., R. KOERING-JOULIN et H. LABAYLE, « Dix ans après... De la signature (1977) à la ratification (1987) de la Convention européenne pour la répression du terrorisme », *JCP Ed. G.* 1988 I 3349, p. 38.

⁵⁶⁹ L. n°87-542 du 16 juillet 1987, *JORF*, 18 juil. 1987.

⁵⁷⁰ L. n°2011-855 du 20 juillet 2011 autorisant la ratification du deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, *JORF*, 22 juillet 2011, p. 12530.

⁵⁷¹ Rapport n°241 sur le projet de loi autorisant la ratification du deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, Présenté à la Présidence du Sénat le 19 janv. 2011 par Monsieur J. MILHAU, spéc. p. 10.

Définies comme des préconisations sur « *une certaine manière d'agir [et] ne comporte[nt] pas pour celui à qui elle[s] s'adresse[nt] obligation de s'y conformer* »⁵⁷² et, donc, non contraignantes juridiquement, celles-ci sont adoptées à la majorité des deux tiers des voix exprimées et à la majorité des membres ayant le droit de siéger⁵⁷³. En application de l'article 15 b) du Statut du Conseil de l'Europe, le Comité des ministres peut cependant inviter les Etats membres à lui faire connaître les suites qui leurs ont été données.

160. Si les recommandations ne sont pas contraignantes juridiquement, leur force est en revanche à rechercher dans l'autorité dont elles sont revêtues au sein de l'organisation⁵⁷⁴. Elles ont parfois créé un terrain propice à l'élaboration d'une convention, comme l'illustrent la recommandation sur la criminalité en relation avec un ordinateur du 13 septembre 1989⁵⁷⁵ et celle relative aux problèmes de procédure pénale liés à la technologie de l'information du 11 septembre 1995⁵⁷⁶. Toutes deux ont précédé l'adoption de la convention sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001⁵⁷⁷. Elles servent encore à préciser le contenu d'une convention et constituent, donc, un prolongement indispensable de celles-ci, comme en témoignent, par exemple, la recommandation concernant l'application pratique de la convention européenne d'extradition du 27 juin 1980⁵⁷⁸ ou encore trois recommandations adoptées pour préciser les termes de la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale⁵⁷⁹. Les recommandations servent encore, et surtout, régulièrement de référence à la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle apprécie l'existence d'un consensus à l'échelle des Etats parties. La Cour s'est, par exemple, référée à la recommandation du 6 octobre 2000 sur le rôle du ministère public dans le système de

⁵⁷² *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, 1960, p. 506, cité par A.-C. KISS, « Les actes du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe », *Annuaire français de droit international*, 1960, Vol. 6, pp. 755-773, spéc. p. 765.

⁵⁷³ COMITE DES MINISTRES, « Incidence de l'élargissement du Conseil de l'Europe », Rapport Misc(94)46, point 2.2.

⁵⁷⁴ E. DECAUX et M. EUDES, « Conseil de l'Europe – Objectifs et structures politiques », préc., n°124.

⁵⁷⁵ COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(89)9 sur la criminalité en relation avec l'ordinateur, adoptée le 13 septembre 1989.

⁵⁷⁶ COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(95)13 relative aux problèmes de procédure pénale liés à la technologie de l'information, adoptée le 11 septembre 1995.

⁵⁷⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, Convention sur la cybercriminalité, Budapest, STCE n°185, ouverte à la signature le 23 novembre 2001.

⁵⁷⁸ COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(80)7 concernant l'application pratique de la convention européenne d'extradition, adoptée le 27 juin 1980.

⁵⁷⁹ COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(80)8 concernant l'application pratique de la convention européenne d'entraide judiciaire, adoptée le 27 juin 1980 ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(85)10 concernant l'application pratique de la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale relative aux commissions rogatoires pour la surveillance des télécommunications, adoptée le 26 juin 1985 ; COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(86)13 concernant l'application pratique de la convention européenne d'extradition relative à la détention aux fins d'extradition, adoptée le 16 décembre 1986.

justice pénale⁵⁸⁰ dans ses arrêts *Perez contre France*⁵⁸¹ et *Moulin contre France*⁵⁸², lorsqu'elle s'est interrogée sur l'existence de recours au profit des victimes d'infractions contre les décisions de classement prises par le ministère public dans le premier, et sur les garanties dont les procureurs doivent bénéficier dans l'exercice de leurs fonctions, dans le second. La Cour européenne s'est également référée à la recommandation relative aux techniques spéciales d'investigations, adoptée en avril 2005⁵⁸³, dans son arrêt *Dragojević contre Croatie* relatif à la validité d'une interception de télécommunications lors d'une enquête portant sur un trafic de stupéfiants⁵⁸⁴. Il n'en reste pas moins vrai que si l'autorité des recommandations relativise une force juridique toute relative par l'intermédiaire, notamment, de la jurisprudence européenne, celles-ci n'obligent pas, en elles-mêmes, les Etats membres de l'organisation. A cette force relative, s'ajoute la souplesse du contenu des instruments européens.

b) La souplesse des instruments du Conseil de l'Europe

161. La souplesse des instruments du Conseil de l'Europe s'illustre par la faculté ménagée aux Etats membres d'émettre des réserves (α) et par la formulation de leur contenu qui laisse, le plus souvent, aux Etats parties des marges de manœuvres dans leur mise en œuvre (β).

α) *La faculté de formuler des réserves*

162. Une caractéristique de la convention -. L'instrument conventionnel a ceci de caractéristique qu'il offre aux Etats parties la faculté de formuler des réserves et déclarations⁵⁸⁵, qui peuvent vider la convention d'une partie de sa substance, voire de son intérêt. Surtout, si l'un des principaux avantages des conventions élaborées dans l'enceinte du Conseil de l'Europe est d'être multilatérales, donc de dessiner les contours d'un droit commun à un ensemble d'Etats membres, les réserves et déclarations

⁵⁸⁰ COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec(2000)19 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, adoptée le 6 octobre 2000.

⁵⁸¹ CEDH, *Perez c. France*, préc., (§29).

⁵⁸² CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c. France*, Req. n° 37104/06, (§29). R.P.D.P., n°4, 2010, p. 865, obs. E. VERGES ; D. 2010, p. 2276, obs. S. LAVRIC ; *Gaz. Pal.* 8 déc. 2010, p. 6, obs. O. BACHELET ; *JCP éd. G.* 2010, p. 2277, chron. F. SUDRE ; *JCP éd. G.* 2011, p. 182, chron. F. SUDRE ; D. 2011, p. 26, point de vue F. FOURMENT ; D. 2011., p. 277, note J.-F. RENUCCI ; D. 2011, p. 338, obs. J. PRADEL ; *Gaz. Pal.* 25 janv. 2011, p. 17, obs. B. TOUZELLIER ; *Procédures* 2011, p. 26, obs. A.-S. CHAVENT-LECLERE ; *RSC* 2011, p. 208, chron. J.-P. MARGUENAUD et D. ROETS ; *Dr. pén.* 2011, comm. 26, A. MARON et M. HAAS.

⁵⁸³ COMITE DES MINISTRES, Recommandation n°R(2005)10 relative aux techniques spéciales d'investigations, en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme, adoptée le 20 avril 2005.

⁵⁸⁴ CEDH, 15 janv. 2015, *Dragojević c. Croatie*, Req. n° 68955/11 (§62).

⁵⁸⁵ V. not., E. HARREMOES, « L'espace judiciaire européen des vingt et un », *RSC* 1981, p. 815 et s.

formulées peuvent avoir pour conséquence de bilatéraliser certains engagements sous l'effet du principe traditionnel de réciprocité⁵⁸⁶. Les difficultés d'une telle application « à la carte » des conventions européennes sont connues⁵⁸⁷. Elle est *in fine* de nature à remettre en cause l'objectif assigné à l'instrument qu'il s'agisse, d'ailleurs, de l'amélioration de l'entraide judiciaire⁵⁸⁸ ou du rapprochement des droits⁵⁸⁹, tout autant qu'elle complexifie leur application. La faculté de formuler des réserves est toutefois perçue, dans ce cadre intergouvernemental, comme inévitable dans ce cadre intergouvernemental : elle constitue « une concession essentielle faite aux Etats pour les inciter à ratifier ces instruments » sans laquelle grand nombre d'entre eux ne seraient jamais entrés en vigueur⁵⁹⁰.

163. La relativisation des obligations en résultant -. La possibilité pour un Etat partie à la convention de formuler des réserves conduit inmanquablement à relativiser l'impact des instruments européens sur les ordres juridiques nationaux puisqu'ils peuvent finalement moduler les engagements auxquels ils souscrivent afin, le cas échéant, de préserver leur ordre juridique de perturbations qu'ils jugeraient trop importantes. A cette première source de plasticité s'ajoute surtout la souplesse de la formulation de ces instruments qui, elle seule, relativise les répercussions qu'ils peuvent avoir sur les systèmes nationaux sur le plan de leur transformation.

β) La plasticité de leur formulation

164. La formulation des instruments européens s'illustre par leur souplesse. Cette transcendance s'explique par la diversité des systèmes nationaux dans lesquels ils ont vocation à s'appliquer. En d'autres termes, elle doit permettre aux Etats de satisfaire à leurs engagements tout en veillant à la cohérence de leur propre système, qui peut parfaitement diverger de celui d'un autre Etat membre de l'organisation. Plusieurs

⁵⁸⁶ V. not., F.-X. ROUX-DEMARRE, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale, op.cit.*, n°119 et s.

⁵⁸⁷ *Ibid.*

⁵⁸⁸ La convention européenne d'entraide judiciaire autorise, par exemple, les Etats membres à déterminer les conditions dans lesquelles ils admettent l'exécution d'une perquisition ou d'une saisie. Son article 5 stipule que « [l]oute Partie contractante pourra, au moment de la signature de la présente convention ou du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion, [...] se réserver la faculté de soumettre l'exécution des commissions rogatoires aux fins de perquisition ou saisie d'objets à une ou plusieurs des conditions suivantes : a) l'infraction motivant la commission rogatoire doit être punissable selon la loi de la partie requérante et de la partie requise ; b) l'infraction motivant la commission rogatoire doit être susceptible de donner lieu à extradition dans le pays requis ; c) l'exécution de la commission rogatoire doit être compatible avec la loi de la partie requise ». En pratique, près de quarante Etats contractants ont émis une déclaration en ce sens (V., Réserves et Déclarations pour le traité n°030 - Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale).

⁵⁸⁹ La convention européenne sur la cybercriminalité autorise les Parties à « se réserver le droit de n'appliquer les mesures mentionnées à l'article 20 [collecte en temps réel de données relatives au contenu] qu'aux infractions ou catégories d'infractions spécifiées dans la réserve, pour autant que l'éventail de ces infractions ou catégories d'infractions ne soit pas plus réduit que celui des infractions auxquelles elle applique les mesures mentionnées à l'article 21 », qui offre aux Etats la possibilité de déterminer les infractions susceptibles de donner lieu à la mesure visée.

⁵⁹⁰ F. BENOIT-ROHMER et H. KLEBES, *Le droit du Conseil de l'Europe, Vers un espace juridique paneuropéen, op.cit.*, pp. 121.

illustrations peuvent être données pour éclairer le propos.

165. La préservation des lignes de partage entre les différents acteurs de la procédure dans le système national -. La souplesse de ces instruments peut d'abord être observée dans ceux traitant des autorités répressives et dans ceux qui envisagent la situation des personnes concernées par la procédure, en particulier la personne lésée par l'infraction, c'est-à-dire deux pans dans lesquels les systèmes nationaux présentent des divergences certaines.

166. La recommandation sur le rôle du ministère public dans les systèmes de justice pénale d'octobre 2000 constitue un exemple topique de la malléabilité des instruments portant sur les acteurs de l'avant-procès. En effet, celle-ci n'a pas vocation d'« extrapoler à partir des systèmes juridiques pour définir une éventuelle troisième voie » ou de « proposer une unification des systèmes en vigueur [ou à] suggérer un modèle supranational »⁵⁹¹. Elle entend uniquement « dégager[r] des grands principes directeurs communs qui devraient [...] régir les ministères publics à l'aube du IIIe millénaire »⁵⁹². L'exposé de ses motifs précise, d'ailleurs, que les standards qu'elle définit correspondent « à un compromis qui reflète, d'une part, le maximum admis par certains systèmes s'inspirant du common law et, d'autre part, un minimum par rapport à ce que d'autres systèmes auraient souhaité »⁵⁹³. En d'autres termes, l'équilibre qu'elle propose fait cas de la diversité des systèmes auxquels elle s'adresse, ce qui se perçoit notamment dans la manière dont elle distingue, lorsqu'elle s'intéresse aux relations institutionnelles entre le ministère public et la police, « les pays où la police est placée sous l'autorité du ministère public ou [...] les enquêtes de police [...] dirigées ou supervisées par ce dernier » (recommandation 22) et ceux dans lesquels la police est indépendante du ministère public. Elle laisse alors à ceux-ci le soin « de définir les modalités d'une coopération [...] appropriée et efficace » (recommandation 23).

167. Les instruments relatifs aux droits des victimes offrent une autre illustration de la manière dont la souplesse des instruments permet de composer avec la diversité des systèmes nationaux. La place de celles-ci dans les systèmes de justice pénale varie, en effet, d'un Etat européen à un autre : témoin dans certains Etats membres, elle peut être admise à demander réparation devant le juge pénal dans d'autres (à ce titre, elle dispose de droits indispensables pour faire valoir ses intérêts), à corroborer l'action du

⁵⁹¹ Exposé des motifs, p. 13.

⁵⁹² *Ibid.*

⁵⁹³ *Ibid.*

ministère public voire de la possibilité de le contraindre à agir⁵⁹⁴. Les instruments s'y rapportant donc font nécessairement cas de cette variété, comme l'illustre la recommandation sur la position des victimes dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale du 28 juin 1985, précédemment envisagée. Celle-ci ne tranche pas la question de leur statut mais se contente, plus modestement, de déterminer la manière dont la prise en considération de leurs besoins de protection pourrait être mieux assurée et à recommander la reconnaissance d'un droit à l'information, au stade de l'enquête et de la décision du parquet, et de solliciter la révision en cas de classement⁵⁹⁵.

168. La préservation des exigences formulées par les droits nationaux eux-mêmes -. La plasticité des instruments européens s'observe aussi dans la manière dont ils font cas des exigences constitutionnelles et législatives des Etats membres en concédant, en conséquence, à ces derniers une marge de manœuvre. Ils éclairent *in fine* la façon dont les dispositions conventionnelles composent avec les impératifs formulés par les droits nationaux. La convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999 se garde, par exemple, de déterminer les techniques spéciales d'enquête susceptibles d'être mises en œuvre dans les enquêtes portant sur de tels faits. Le rapport explicatif précise, à cet égard, que parce que ces mesures « *empiètent considérablement sur la vie privée* », elles « *risquent de faire naître des difficultés d'ordre constitutionnel quant à leur compatibilité avec les libertés et droits fondamentaux. C'est pourquoi, les parties [demeurent] libres d'interdire, dans leur droit interne, le recours à certaines* » d'entre elles⁵⁹⁶. Les Etats demeurent donc libres, en fonction des exigences nationales, de leur choix. Le rapport explicatif précise que les Etats parties sont également libres d'entourer leur mise en œuvre « *d'autant de protections et de garanties qui se révèlent nécessaires* » à la satisfaction de leurs propres exigences constitutionnelles et législatives⁵⁹⁷. La convention sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001 offre une autre illustration de la manière dont les instruments du Conseil de l'Europe préservent parfois, *ab initio*, les exigences formulées par les droits nationaux eux-mêmes de perturbations inopportunes. De la même manière que la

⁵⁹⁴ Sur cette variété, V. not., M. DELMAS-MARTY, *Procédures pénales d'Europe*, PUF, coll. Thémis, 1995 ; J. PRADEL, *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes*, Rapports de synthèse des colloques de l'ISIS, AIDP, 1998 ; G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (sous la dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, Coll. « Les voies du droit », Paris, 2008, spécialement : H. HENRION, « Y a-t-il une place pour la victime en procédure pénale allemande », p. 25 ; A. MARTINI, « La victime en Angleterre, 'une formidable absence toujours présente », p. 47 ; K. DECRAMER et L. GYSELAERS, « La victime dans la procédure pénale belge : victime de son succès ? », p. 68 ; R. BRENES VARGAS et A. POLETTI ADORNO, « La victime en Espagne : acteur privilégié du procès pénal », p. 86 ; M. MECHIN, « Le double visage de la victime en France : entre quête de reconnaissance et quête d'un véritable rôle procédural », p. 104 ; T. OTTOLINI, « La victime en Italie : histoire d'un difficile équilibre entre les intérêts privés et publics à la réponse au crime », p. 123 ; V. ég. J. PRADEL, « La victime en procédure pénale comparée », in C. RIBEYRE (sous la dir.), *La victime de l'infraction pénale*, op. cit., p. 15.

⁵⁹⁵ V., *Infra*, n°92 et s.

⁵⁹⁶ Rapport explicatif, p. 24.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 24.

convention pénale sur la corruption, celle-ci ne détermine pas les « *conditions et sauvegardes* » des mesures d'investigations qu'elle envisage mais renvoie aux droits internes le soin de les définir, sous réserve du respect des garanties définies par la Convention européenne⁵⁹⁸. Le rapport explicatif joint à la convention l'explique par le champ d'application de cet instrument qui, « *applicable à des Parties représentant un large éventail de systèmes et de cultures juridiques, [ne peut] préciser en détail les conditions et sauvegardes applicables à chaque pouvoir et procédure* » prévues⁵⁹⁹.

169. Si les instruments du Conseil de l'Europe peuvent effectivement contribuer à forger les droits nationaux, leur contenu, leur existence juridique et leur mise en œuvre effective restent donc étroitement dépendantes de la volonté des Etats, auxquels ils ménagent d'importantes marges de manœuvre. Dans ces circonstances, leur impact sur les législations nationales ne peut être que plus limité. En définitive, ces instruments proposent plus souvent qu'ils n'imposent véritablement.

Dans le cadre de cette organisation européenne, la Convention européenne des droits de l'Homme et le mécanisme de suivi qu'elle établit présentent une particularité évidente. Si la Cour européenne n'est certes pas l'unique mécanisme de suivi de la bonne application des instruments élaborés dans l'enceinte du Conseil de l'Europe – songeons au Comité pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT)⁶⁰⁰ ou au Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO)⁶⁰¹ –, elle est néanmoins le seul qui revêt une nature juridictionnelle. Sa particularité et l'autorité qui est conféré aux arrêts de la Cour convient à envisager plus particulièrement la capacité de celle-ci à forger les législations nationales, en particulier le cadre juridique de la mise en état des affaires pénales, et, par conséquent, à aborder les limites du mécanisme juridictionnel de protection des droits fondamentaux.

⁵⁹⁸ CONSEIL DE L'EUROPE, Convention sur la cybercriminalité, préc., article 15§1.

⁵⁹⁹ Rapport explicatif à la convention sur la cybercriminalité, p. 27.

⁶⁰⁰ Etabli par la Convention européenne sur la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, entrée en vigueur en 1989, il constitue un mécanisme non judiciaire de suivi, à caractère préventif, destiné à protéger les personnes privées de leur liberté contre la torture et d'autres formes de traitement inhumains ou dégradants. Il complète le travail judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière. A propos de ce mécanisme de suivi, V., la page qui lui est dédiée, accessible à l'adresse suivante : www.coe.int/fr/web/cpt.

⁶⁰¹ Créé en 1999 par le Conseil de l'Europe pour veiller au respect des normes anticorruption de l'organisation par les Etats membres, le GRECO a pour objectif d'améliorer la capacité des membres à lutte contre la corruption par le biais d'un processus dynamique d'évaluation et de pression mutuelles par les pairs, qu'ils respectent les normes définies par l'organisation. Il participe ainsi à identifier les lacunes dans les politiques nationales de lutte contre la corruption et incite les Etats à procéder aux réformes législatives, institutionnelles et pratiques nécessaires. Il est également un forum pour le partage des meilleures pratiques en matière de prévention et de détection de la corruption. A propos du GRECO et de la manière dont il procède effectivement, V., la page qui lui est dédiée, accessible à l'adresse : www.coe.int/fr/web/greco/home.

2) Les limites du mécanisme juridictionnel de protection

170. L'impact de la Convention européenne des droits de l'homme sur la procédure pénale interne est incontestable⁶⁰², comme le démontre les différentes manifestations précédemment observées. Elle constitue indiscutablement, au côté des exigences constitutionnelles, le socle du développement des droits des personnes impliquées et de l'encadrement des mesures attentatoires aux droits fondamentaux au cours de la mise en état des affaires pénales. L'impact de la Convention sur les législations nationales s'explique, pour une très large part, par le mécanisme particulier de protection que l'instrument a établi dès l'origine. Indépendamment de l'engagement des Etats à respecter les obligations auxquelles ils se sont liés en ratifiant l'instrument, l'énoncé des droits et libertés fondamentaux s'est doublé de l'instauration, dans un premier temps, d'un mécanisme « quasi-juridictionnel » de protection⁶⁰³, car « mi-juridictionnel mi-politique »⁶⁰⁴. Il s'est accompagné de la consécration d'un droit au recours individuel, dans un premier temps facultatif qui, véritable clé de voûte de ce système de garantie, permet à une personne physique ou morale⁶⁰⁵ de mettre en cause la responsabilité de l'Etat lorsque celui-ci a manqué à ses engagements. Le mécanisme a depuis évolué, rendant le droit au recours individuel obligatoire et donnant au mécanisme une nature pleinement juridictionnelle en ôtant au Comité des ministres les fonctions qui étaient jusqu'alors les siennes dans le processus décisionnel⁶⁰⁶.

⁶⁰² V. not., G. CANIVET, « 1958-2005 : Que reste-t-il du code de procédure pénale ? – Propos introductifs », in *La procédure pénale en quête de cohérence*, COUR DE CASSATION (sous l'égide de), Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Actes, 2007, p. 5, spéc. pp. 7-8) ; H. PORTELLI, « Du bouleversement à la rupture », *Ibid.*, p. 29, spéc. p. 30 ; P. TRUCHE « Qui inspire les réformes pénales ? – Une inspiration nationale et internationale », *Ibid.*, p. 71 ; J.-H. ROBERT, *Ibid.*, p. 81, spéc. pp. 83-84 ; Fr. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'encadrement par la norme internationale – L'encadrement du procès pénal par la Cour européenne des droits de l'homme », *Ibid.*, p. 151 ; M. TOUILLIER, « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale : entre "petite" et "grande" révolutions », préc.

⁶⁰³ J.-P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme, Des juges pour la liberté*, 2^e éd., Ed. Dalloz, Coll. « Les sens du droit. Essai », Paris, 2017, spéc. p. 59.

⁶⁰⁴ F. SUDRE, *La convention européenne des droits de l'homme, op.cit.*, p. 7.

⁶⁰⁵ A l'exception des requêtes interétatiques, moins nombreuses.

⁶⁰⁶ Sur ces évolutions, V. not., G. COHEN-JONATHAN, *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrestien, 3^e éd., Paris, 2002, pp. 76 et s. ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Ed. PUF, Coll. « Classiques », 12^e éd., 2015, pp. 181 et s., n°116 et s. ; F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », Paris, 2015, pp. 8 et s. ; P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Ed. Dalloz, Coll. « Cours », 6^e éd., Paris, 2009, pp. 288 et s., n°283 et s. ; J.-P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme, Des juges pour la liberté*, *op. cit.*, pp. 59 et s. ; Sur le protocole n°11, V. not., G. JANSSEN-PEVTSCHIN, « Le protocole n°11 à la CEDH », *RTDH*, n°20, oct. 1994, p. 483 ; G. COHEN-JONATHAN, « Le protocole n°11 et la réforme du mécanisme international de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme », *Europe*, nov. 1994, chron. 8 ; F. SUDRE, « La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention EDH : le Protocole n°11 additionnel à la Convention », *JCP* 1995, I, 3849 ; J.-A. CARILLO-SALCEDO, « Vers la réforme du système juridictionnel de garantie et contrôle institué par la Convention européenne des droits de l'homme », COLLECTIF, *Mélanges J. Campinos*, Ed. PUF, Coll. « Publications de la Faculté de droit de Poitiers », Poitiers, 1996, p. 175 ; L.-E. PETTITI, « Le protocole 11, son historique et son avenir », *Justices*, n°6, avr.-juin 1997, p. 71 ; J.-P. MARGUENAUD, « La Cour européenne renouvelée » *D* 1999, chron. 221 ; F. TULKENS, « La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », *RSC* 2000, p. 995.

171. Si le propos ne peut être de remettre en doute l'apport d'un tel mécanisme de protection ni l'impact qu'a pu avoir la jurisprudence de la Cour sur les législations internes, cette influence ne peut néanmoins être appréciée sans avoir égard aux limites que ce mécanisme comporte. Celui-ci est d'abord imprégné par l'idée de subsidiarité qui tempère la capacité de la Cour à avoir un impact sur les ordres juridiques nationaux parce qu'il délimite son intervention et la teneur de ses constats (a). En outre, s'ils font autorité, les arrêts européens ont une portée juridique relative et leur parfaite exécution suscite encore des questions (b).

a) La subsidiarité du mécanisme européen

172. La subsidiarité est ce qui caractérise le mieux le mécanisme juridictionnel de protection, lequel est d'ailleurs, considération faite de l'engorgement de la Cour, accessible dans des circonstances de plus en plus drastiques⁶⁰⁷.

173. **Un principe déterminant l'intervention de la Cour** -. Ce principe exprime l'idée selon laquelle le mécanisme conventionnel n'a pas été conçu comme « *un rouleau compresseur qui écraserait, voire supprimerait les droits nationaux* »⁶⁰⁸. Il est au contraire un mécanisme secondaire⁶⁰⁹, dont la vocation n'est pas de se substituer aux juges des Etats parties. Il s'agit davantage d'un partage de compétences, les systèmes internes jouant un rôle premier⁶¹⁰, là où la Cour a « un rôle supplétif »⁶¹¹ : elle n'intervient que lorsque les premiers ont failli à l'obligation qui est la leur de veiller à la protection des droits et libertés reconnus par la Convention. Comme elle l'a notamment rappelé dans son arrêt *Handyside contre Royaume-Uni*, « *le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'Homme [...] La Convention confie en premier lieu à chacun des Etats contractants le soin d'assurer la*

⁶⁰⁷ Sur la situation critique à la veille du protocole n°14, V. not., S. LAGOUTTE, « Le protocole 14 à la Convention européenne des droits de l'Homme : une assurance de la pérennité du système européen de protection des droits de l'homme ? », *Cahiers du droit européen* 2005, 1-2, p. 128 ; Sur les apports de ce protocole, V. not., D. DOURNEAU-JOSETTE, « Le Protocole 14 à la CEDH amendant le système de contrôle de la Convention », *AJ pén.* 2004, p. 283 ; Pour des études plus complète des conditions de recevabilité des requêtes, V. not., F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme, op.cit.*, p. 309 et s., n°204 et s ; P. DOURNEAU-JOSETTE, « La saisine de la CEDH : *vade mecum* », *AJ pén.* 2010, p. 58 ; P. ROUBLOT, « La recevabilité des requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ Pén.* 2010, p. 63. Pour une étude exhaustive de la jurisprudence relative aux conditions de recevabilité des requêtes adressées à la Cour, V. not., CEDH, *Guide sur la recevabilité*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2014.

⁶⁰⁸ J. PRADEL, G. CORTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen, op.cit.*, p. 290, n°290 ; V. ég., F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme, op.cit.*, p. 63 ; G. COHEN-JONATHAN, *Aspects européens des droits fondamentaux, op.cit.*, p. 81.

⁶⁰⁹ V. not., J.-P. COSTA, « Le principe de subsidiarité et la protection des droits de l'homme », *Les Conférences du Conseil d'État - Cycle 2010-2011 : Le droit européen des droits de l'homme* - Intervention de Jean-Paul Costa, président de la Cour européenne des droits de l'homme, 19 avril 2010.

⁶¹⁰ CEDH, 23 juil. 1968, « *Affaire linguistique belge* », Req. n°1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, *GACEDH* n°9 (§10).

⁶¹¹ J. PRADEL, G. CORTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen, op.cit.*, p. 290, n°291.

jouissance des droits et libertés qu'elle consacre » (§48)⁶¹². Ce principe trouve son expression à l'article 35§1 de la Convention qui soumet la recevabilité des requêtes adressées à la Cour à l'épuisement des voies de recours existantes au sein des Etats membres, pour autant que ces voies de droit existent et soient appropriées. La Cour a, à d'autres occasions, rappelé que la règle n'est pas absolue mais s'applique avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif, étant donné le contexte de protection des droits de l'Homme⁶¹³. Elle implique néanmoins que les requérants épuisent les voies de recours disponibles et effectives tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits, c'est-à-dire celles qui sont accessibles, susceptibles de leur offrir un redressement approprié et présentent des perspectives raisonnables de succès⁶¹⁴. Il s'agit, en cela, « *de donner d'abord à l'Etat défendeur la faculté de remédier à la situation litigieuse, par ses propres ressources et dans son ordre juridique interne* »⁶¹⁵ et donc, de réaffirmer le rôle subsidiaire de la Cour par rapport aux juges nationaux⁶¹⁶.

174. Un principe dominant également l'office du juge européen -. Le principe de subsidiarité domine aussi l'office du juge européen, qui n'a vocation à apprécier les législations et les pratiques internes en elles-mêmes mais parce qu'elles présentent un risque, dans un cas envisagé *in concreto*, d'incompatibilité avec les exigences posées par la Convention⁶¹⁷. Seul le constat d'une méconnaissance des exigences formulées l'autorise, en conséquence, à entrer en voie de condamnation. Aussi, la Cour a pu préciser qu'il n'appartenait au juge européen « *de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par la juridiction interne* » que « *si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés* »⁶¹⁸. De même, lorsque les juridictions internes ont analysé la situation litigieuse « *de façon complète et convaincante [...]*

⁶¹² CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, Req. n°5493/72, *GACEDH* n°7.

⁶¹³ V. not., CEDH, 16 juil. 1971, *Ringeisen c. Autriche*, Req. n°2614/65 (§89).

⁶¹⁴ V. not., CEDH, 20 fév. 1991, *Vernillo c. France*, Req. n°11889/85 (§27), *D.* 1992, Somm. 333, obs. J.-F. RENUCCI ; CEDH, 16 sept. 1996, *Akdivar et a. c. Turquie*, Req. n°21893/93 (§66), *Justice* 1997. 172, obs. J. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1997, p. 232, obs. E. DECAUX et P. TAVERNIER ; *RSC* 1997, p. 454, obs. R. KOERING-JOULIN ; *JCP éd. G.* 1997.I. 4000, obs. F. SUDRE ; CEDH, 19 fév. 1998, *Dalia c. France*, Req. n°26102/95 (§38) ; CEDH, (déc.), 6 sept. 2001, *Brusco c. Italie*, Req. n°69789/01, *D.* 2002, p. 685, obs. J.-F. RENUCCI ; CEDH, [G.C.], 1^{er} mars 2006, *Sejdovic c. Italie*, Req. n°56581/00 (§45) ; V. ég., Comm. EDH, 7 avr. 1997, *Civet c. France*, Req. n°29340/95, *JDI* 2000.123, obs. E. DECAUX et P. TAVERNIER ; *RSC* 2000, p. 239, obs. F. MASSIAS. Pour une étude exhaustive de l'article 35 de la Convention, V. not., CEDH, *Guide sur la recevabilité, op. cit.*, pp. 23 et s.

⁶¹⁵ Comm. EDH, déc., 16 déc. 1961, *Retimag S.A. c. République fédérale d'Allemagne*, Req. n°712/60 ; Comm. EDH, déc., 5 mars 1965, *Cinquante-sept habitants de Louvain et des environs de cette ville c. Belgique*, Req. n°1994/63.

⁶¹⁶ V. not., CEDH, *Guide sur la recevabilité, op. cit.*, n°63, p. 23 ; V. ég., F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme, op.cit.*, pp. 333 et s., n°220 et s. ; P. DOURNEAU-JOSETTE, « De l'esprit de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans la CEDH », in *Justice et cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Dalloz, 2008, p. 78 ; F. TULKENS, « Séminaire : La Convention vous appartient », in *COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, Dialogue entre juges, La Convention vous appartient*, Strasbourg, janv. 2010, accessible à l'adresse : www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2010_FRA.pdf, p. 7.

⁶¹⁷ V. not., CEDH, 19 déc. 1997, *Brualla Gomez de la Torre c. Espagne*, *D.* 1998, somm. 210, obs. N. FRICEIRO ; V. ég. J.-P. COSTA, « Le principe de subsidiarité et la protection des droits de l'homme », préc.

⁶¹⁸ CEDH [G.C.], 21 janv. 1999, *Garcia Ruiz c. Espagne*, Req. n°30544/96 (§28).

en s'appuyant sur la jurisprudence pertinente issue de la Convention et sur les principes qui en découlent », la Cour ne peut *in fine* prendre le contrepied de cette analyse que pour des « motifs très sérieux »⁶¹⁹.

175. Le corollaire de ce principe est à rechercher dans la marge d'appréciation ménagée aux Etats membres⁶²⁰. Allant « certes de pair [...] avec un contrôle européen »⁶²¹, celle-ci confère aux Etats une certaine liberté de choix et reflète, en définitive, la prise en considération de la diversité des systèmes européens par le mécanisme conventionnel⁶²², condition *sine qua non* de l'acceptabilité de celui-ci en leur sein⁶²³. Comme le rappelle Monsieur le Professeur Sudre, « [l]e principe de subsidiarité est consubstantiel à la Convention »⁶²⁴ et, en définitive, « [a]ffirmer le droit commun tout en préservant l'autonomie nationale [...] est [précisément] l'enjeu du droit de la Convention »⁶²⁵. La Cour a plusieurs fois rappelé que l'instrument n'avait pas vocation à imposer une uniformité absolue. Au contraire, dans son application « elle ne peut négliger les caractéristiques de fond et de procédure [des] droits internes respectifs »⁶²⁶. Il s'ensuit que « le législateur national jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire » et qu'elle « n'a [donc] pas la qualité pour substituer à l'appréciation des autorités nationales une autre appréciation de ce qui pourrait être une meilleure politique en ce domaine »⁶²⁷ pour autant, bien entendu, que les exigences formulées par la Convention sont respectées. En définitive, « l'exigence de pluralisme, au sein même de "l'ordre public européen" impose de ne pas juger au nom de principe abstrait la réalité juridique nationale »⁶²⁸. La conséquence en est que si les standards élaborés servent l'harmonisation des législations internes, « il peut y avoir une grande variété de solutions sans qu'il y ait pour autant violation de la Convention »⁶²⁹. Finalement, si l'impact de la jurisprudence de la Cour sur les droits nationaux,

⁶¹⁹ CEDH [G.C.], 19 oct. 2005, *Roche c. Royaume-Uni*, Req. n° n° 32555/96 (§120).

⁶²⁰ J. PRADEL, G. CORTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen, op.cit.*, n°28, p. 36.

⁶²¹ CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, préc. (§49).

⁶²² M. LEVINET, « La convention européenne des droits de l'homme, socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *RFDC* 2011, n°86, p. 227 et s., spéc. pp. 231-233 ; B. HRVATIN, « « Séminaire : La Convention vous appartient », in Cour européenne des droits de l'Homme, *Dialogue entre juges, La Convention vous appartient, op. cit.*, pp. 17 et s. ; F. TULKENS, « Séminaire : La Convention vous appartient », préc., p. 7 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme, op.cit.*, pp. 218 et s., n°143 et s.

⁶²³ V. not., G. CANIVET, « Intervention », in G. COHEN-JONATHAN et L.-E. PETTITI (sous la dir.), *La réforme de la Cour européenne*, Ed. Nemesis/Bruylant, Coll. « Droit et justice », 2003, p. 73 (l'auteur relevant que la méconnaissance du principe de subsidiarité dans l'application de la Convention reviendrait à vouloir construire un ordre juridique « dans une relation conflictuelle entre les juridictions chargées de le servir »).

⁶²⁴ F. SUDRE, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 76/2008, p. 917, spéc. n°40, p. 942.

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ CEDH, 26 av. 1979, *Sunday Times*, Req. n°6538/74 (§61).

⁶²⁷ CEDH, 6 sept. 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, Req. n°5029/71 (§49), *Cabier de droit européen*, 1979. 474, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1979. 338, obs. R. PELLOUX.

⁶²⁸ F. SUDRE, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », préc., n°40, p. 941.

⁶²⁹ *Ibid.*, n°41, p. 942.

notamment sur les règles qui régissent la mise en état, ne peut être méconnu, la prise en considération des particularités nationales dans l'examen des affaires soumises à son appréciation relativise la capacité de la Cour à bouleverser les systèmes nationaux.

176. Longtemps forgé par la jurisprudence européenne, ce principe matriciel qui reflète la philosophie du mécanisme conventionnel et sert sa pérennité⁶³⁰, a depuis été conforté par le protocole n°14⁶³¹ et, plus récemment, par le protocole n°15 à la Convention. Celui-ci ajoute au préambule un nouveau paragraphe rappelant qu'« *il incombe au premier chef aux Hautes Parties Contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles additionnels, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme, instituée par la présente Convention* ».

L'autorité relative des arrêts européens est une autre limite du mécanisme de protection établi. Elle est probablement la plus saillante.

b) L'autorité relative des arrêts européens

177. L'effectivité des arrêts européens, qui conditionne l'empreinte de la jurisprudence conventionnelle sur les droits internes, implique de distinguer leur effet juridique *stricto sensu* et le contrôle de leur exécution par l'Etat membre, de l'autorité de la jurisprudence de la Cour et ses limites. Leur effet juridique relatif et les limites à l'autorité de la jurisprudence européenne, soit la portée des arrêts de la Cour (α) participe du sentiment d'ambivalence qu'inspire l'observation des réactions des autorités internes (β).

α) La portée des arrêts européens

178. Si l'effet juridique *stricto sensu* doit être préalablement rappelé, parce qu'il inspire plutôt un sentiment de faiblesse, l'autorité de la jurisprudence européenne doit également être envisagée. Celle-ci tempère cette première impression. Ses propres limites invitent néanmoins à la réserve.

⁶³⁰ V. not., S. LAGOUTTE, « Le protocole 14 à la Convention européenne des droits de l'Homme : une assurance de la pérennité du système européen de protection des droits de l'homme ? », préc., p. 128.

⁶³¹ *Ibid.* ; D. DOURNEAU-JOSETTE, « Le Protocole 14 à la CEDH amendant le système de contrôle de la Convention », *AJ pén.* 2004, p. 283.

179. L'effet juridique *stricto sensu* des arrêts de condamnation européens

-. En plus d'être en principe simplement déclaratoires, en ce sens qu'ils se bornent à indiquer s'il y a eu ou non violation de la Convention et laissent donc à l'Etat « *le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique pour s'acquitter de [son] obligation* » de s'y conformer⁶³², les arrêts européens n'ont pour effet que d'engager, lorsqu'ils sont devenus définitifs, les Etats à se conformer à la décision de la Cour dans les litiges auxquels ils sont parties (article 46§1). Aussi sont-ils revêtus d'une autorité relative de chose jugée et, selon la formule de Monsieur le Professeur Sudre, ne font-ils juridiquement peser sur les Etats parties qu'« une simple obligation de résultat [de] prendre les mesures individuelles corrigeant la violation dans le cas d'espèce »⁶³³. L'Etat condamné a donc en principe le libre choix, sous la surveillance du Conseil des ministres, des moyens pour y parvenir et n'est pas contraint, même lorsque la violation des exigences conventionnelles constatées procède du droit en vigueur ou de difficultés structurelles et non de son application, de prendre des mesures de portée générale. Cet effet relatif s'explique, relève l'auteur, par le rôle de la Cour, qui n'est pas de statuer « *in abstracto* sur la compatibilité de la norme interne avec la Convention, mais [de] statue[r] seulement sur l'application concrète [de celle-ci] à l'égard du requérant »⁶³⁴. Dans ces conditions cependant, l'impact de la jurisprudence européenne sur le droit des Etats parties ne pourrait être que plus mesuré, se résumant finalement à l'adoption de mesures individuelles correctrices et réparatrices qui peuvent d'ailleurs prendre la forme d'une simple compensation financière du préjudice⁶³⁵.

180. Les limites du mécanisme de surveillance de l'exécution des arrêts européens

-. En application de l'article 46§2 de la Convention, les arrêts et décisions de la Cour sont transmis au Comité des ministres qui en assure l'exécution jusqu'à l'adoption de l'ensemble des mesures requises. Le rôle qui lui est dévolu doit exprimer la responsabilité collective des Etats de la bonne exécution des arrêts de la Cour. Dans les faits, les Etats indiquent rapidement au Comité des ministres les mesures qu'ils envisagent ou ont adopté dans le cadre de « plans d'action ». Une fois que l'ensemble des mesures ont été prises un « bilan d'action » est soumis. Durant ce processus de

⁶³² CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n°6833/74 (§58) *Cab. dr. eur.* 1980. 473, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1980. 317, obs. R. PELLOUX ; *JDI* 1982. 183, obs. P. ROLLAND.

⁶³³ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 64.

⁶³⁴ *Ibid.*

⁶³⁵ Si une réparation de nature pécuniaire est, en principe, exceptionnelle, certains auteurs ont néanmoins fait observer une « fâcheuse tendance à la "mercantilisation" du contentieux de la réparation », qui s'explique par la nécessité d'alléger le rôle de la juridiction (F. SUDRE, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *préc.*, n°26 et s., pp. 932 et s. ; V. ég., J.-F. FLAUSS, « Réquisitoire contre la mercantilisation du contentieux de la réparation », *D.* 2003, p. 227).

surveillance, les requérants, les ONG et les institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme peuvent également soumettre par écrit et le Comité des ministres participer, le cas échéant, à l'exécution par l'adoption de recommandations formulées dans des décisions et résolutions intérimaires. La surveillance est close par l'adoption d'une résolution finale⁶³⁶.

181. L'effectivité du mécanisme de surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour est toutefois discutée. En ce sens, à la question « Que peut-on faire si un Etat n'exécute pas un arrêt de la Cour ? », Monsieur Costa répond « [p]as grand-chose malheureusement »⁶³⁷. Si l'auteur fait observer que « [c]e n'est pas extrêmement fréquent », il déplore néanmoins cette situation puisque le défaut d'exécution ou la lenteur à exécuter, qui « ne sont du reste pas l'apanage des Etats "difficiles" »⁶³⁸, sape l'autorité de la Cour autant qu'il frustre les requérants⁶³⁹. Le Comité multiplie certes les efforts pour que les arrêts européens soient exécutés. Il procède néanmoins plus par persuasion que par contrainte, le nouvel article 46§4 de la Convention, issu du protocole n°14, n'y changeant rien. Celui-ci donne pouvoir au Comité, lorsqu'un Etat refuse de se conformer à un arrêt et après l'avoir mis en demeure, de saisir la Cour européenne de ce manquement. La décision est prise à la majorité des deux tiers. En pratique, il apparaît toutefois plutôt comme une « disposition symbolique pour ne pas dire incantatoire »⁶⁴⁰, dont on peut douter qu'elle soit utilisée, du moins dans un avenir proche⁶⁴¹. Monsieur le Professeur Sudre, qui dressait le même constat en 2008⁶⁴², appelait ainsi la Cour à faire preuve de davantage de proactivité en ce domaine, estimant qu'il était désormais temps qu'elle prenne une position claire sur la question de savoir si elle est compétente pour connaître d'un recours individuel invoquant une méconnaissance de la Convention du fait de l'inexécution d'un arrêt antérieur constatant une violation des droits et libertés qu'elle formule⁶⁴³. Si l'effet juridique des

⁶³⁶ Depuis janvier 2011, la surveillance de l'exécution des arrêts européens suit une nouvelle procédure en deux axes. Si la plupart des affaires sont traitées selon une procédure dite « standard », d'autres, en particulier celles qui requièrent l'adoption de mesures à caractère individuel urgentes ou révèlent des problèmes structurels importants, le sont selon une procédure « soutenue ». Celle-ci implique une coopération plus approfondie et pro-active du Secrétariat avec les Etats concernés à travers une assistance dans l'élaboration et/ou la mise en œuvre du plan d'action, de conseils d'expert en ce qui concerne le type de mesures envisagées ou encore de programmes de coopération bilatérale ou multilatérale dans les affaires soulevant des questions complexes (V. not., DELEGUES DES MINISTRES, Document d'information, CM/Inf/DH(2010)37, Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme : mise en œuvre du plan d'action d'Interlaken – modalités d'un système de surveillance à deux axes, Document préparé par le Service de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (DG-HL), Strasbourg, 6 septembre 2010).

⁶³⁷ J.-P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme, Des juges pour la liberté*, op. cit., p. 264.

⁶³⁸ *Ibid.*

⁶³⁹ *Ibid.*

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 265.

⁶⁴¹ *Ibid.*, pp. 264-265.

⁶⁴² F. SUDRE, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », préc., n°23, pp. 931-932.

⁶⁴³ *Ibid.*

arrêts européens inspire donc plutôt un sentiment de faiblesse, conduisant à relativiser l'impact de la jurisprudence européenne sur les droits nationaux, français notamment, l'autorité de celle-ci apparaît en revanche plus évidente par d'autres aspects.

182. L'autorité réelle des arrêts européens -. La Haute juridiction européenne a elle-même tempéré les caractéristiques usuelles de ses arrêts, qu'il s'agisse de leur caractère d'arrêt simplement déclaratoire ou de l'autorité relative de chose jugée dont ils sont revêtus.

183. D'abord, si elle y procède de manière ponctuelle, la Cour s'emploie parfois à préciser les mesures que nécessite l'exécution de ses arrêts, qu'elles soient de portée individuelle ou générale. Elle s'octroie donc, dans certaines hypothèses, une sorte de « pouvoir d'injonction-indication »⁶⁴⁴, qui excède le caractère simplement déclaratoire des arrêts qu'elle rend. Sans prétendre à une quelconque exhaustivité, des illustrations peuvent également être données, qui concernent tant les mesures individuelles que les mesures de portée plus générales.

Concernant les premières, la Cour s'est reconnue un pouvoir d'indication en soulignant, avec une certaine insistance désormais, qu'un nouveau procès ou la réouverture d'une procédure judiciaire s'avère être le moyen de redressement le plus approprié pour atteindre l'objectif de *restitutio in integrum* lorsqu'une condamnation a été prononcée à la suite d'une procédure inéquitable faute d'indépendance et d'impartialité du tribunal⁶⁴⁵, en raison de l'atteinte au droit de participer à son procès⁶⁴⁶ ou, encore, de l'utilisation de déclarations incriminantes prononcées sans l'assistance d'un avocat⁶⁴⁷.

La même observation peut être formulée à l'égard des mesures ayant une portée générale, alors même que celles-ci se heurtent à trois caractéristiques cardinales : le caractère déclaratoire de l'arrêt, le fait que la Cour statue *in concreto* et les termes de l'article 46§1 de la Convention, qui déterminent l'autorité relative de chose jugée des arrêts rendus⁶⁴⁸. Les arrêts de Grande chambre prononcés dans les affaires *Scozzari et*

⁶⁴⁴ *Ibid.*, n°8, p. 922 ; V. ég., F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 379.

⁶⁴⁵ CEDH, 23 oct. 2003, *Gençel c. Turquie*, Req. n°53431/99 (§27) ; CEDH, [G.C.], 12 mai 2005, *Ocalan c. Turquie*, Req. 46221/99 (§210).

⁶⁴⁶ CEDH, 18 mai 2004, *Somogyi c. Italie*, Req. n°67972/01 (§86).

⁶⁴⁷ CEDH, [G.C.], 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, préc. (La Cour y affirme, en effet, que « que la forme la plus appropriée de redressement pour une violation de l'article 6§1 consiste à faire en sorte que le requérant se retrouve autant que possible dans la situation qui aurait été la sienne si cette disposition n'avait pas été méconnue » et réside donc, « pourvu que le requérant le demande » dans l'organisation d'un nouveau procès, conforme aux exigences de l'article 6§1 (§72)).

⁶⁴⁸ J.-P. MARGUENAUD, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme en France », in UNION DES AVOCATS EUROPEENS, *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Ed. Bruylant, 2001, p. 140. En ce sens, dans son arrêt *Norris contre Irlande* du 26 octobre 1988, la Haute juridiction avait déjà précisé que le constat de violation

Giunta contre Italie du 13 juillet 2000⁶⁴⁹ et *Maestri contre Italie* du 17 février 2004⁶⁵⁰ sont ici éclairants. Dans le premier, alors que le caractère déclaratoire des arrêts européens veut que l'Etat condamné ne soit contraint que de prendre des mesures individuelles de nature à faire cesser et à réparer la violation dans le cas d'espèce, la Cour affirme, en inversant de manière significative l'ordre des priorités, que les articles 46 et 41 l'obligent à choisir « *les mesures générales et/ ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne* » afin de mettre un terme à la méconnaissance des dispositions conventionnelles constatées et d'en effacer les conséquences (§42). Dans le second, elle franchit un pas supplémentaire. Si elle confirme les indications de l'arrêt *Scozzari et Giunta* susmentionné, elle affirme surtout qu'« *il résulte de la Convention, et notamment de [son] article 1, qu'en ratifiant la Convention, les Etats contractants s'engagent à faire en sorte que leur droit interne soit compatible avec celle-ci* » (§47). Cette interprétation constructive, découlant d'une lecture combinée des articles 1, 41 et 46 de la Convention, paraît démontrer que la Cour s'est engagée dans la voie de la prévention de la « répétition de l'illicite »⁶⁵¹, engageant par-là l'Etat à prendre des mesures de portée générale lorsque la violation trouve son origine dans la règle de droit elle-même⁶⁵².

184. Dans d'autres arrêts, la Cour tempère la stricte autorité relative de chose jugée des arrêts qu'elle rend. En s'appuyant sur l'analogie des différentes espèces soumises à son examen, elle étend la portée de leur effet direct, tant à l'égard du juge national de l'Etat précédemment concerné par un arrêt de condamnation⁶⁵³, qu'à l'endroit du juge d'un autre Etat partie⁶⁵⁴. Sa jurisprudence manifeste alors l'idée suivant laquelle l'Etat qui laisse exister dans son droit des dispositions législatives semblables à celles qui ont valu à un autre Etat un constat de violation encourt le même reproche. C'est alors la dimension interprétative des arrêts européens qui prévaut, le maintien de législations présentant les mêmes défauts qu'une autre exposant l'Etat concerné à un constat de violation et l'encourageant donc à corriger en conséquence son propre droit.

de la Cour « *ne manquera pas de produire des effets débordants les limites du cas d'espèce, d'autant que la violation résulte directement des textes incriminés et non de mesures individuelles d'exécution* ». Elle avait alors conclu qu'il appartenait à l'Irlande d'adopter des mesures nécessaires pour s'acquitter des obligations découlant de l'ancien article 53 (CEDH, 26 nov. 1988, *Norris c. Irlande*, Req. n° 10581/83 (§50)). De même, dans son arrêt *Vermeire contre Belgique* du 29 novembre 1991, les juges avaient insisté sur l'impératif, pour les autorités nationales, de ne pas laisser exister trop longtemps une législation défectueuse après un constat de violation, rappelant parallèlement que le juge interne, qui est le juge naturel de la Convention, doit faire prévaloir la solution rendue dans les affaires similaires, sauf à risquer une nouvelle condamnation (CEDH, 29 nov. 1991, *Vermeire c. Belgique*, req. n°12849/87 (§§25 et s.)).

⁶⁴⁹ CEDH, [G.C.], 13 juil. 2000, *Scozzari et Giunta c. Italie*, Req. n° 39221/98 et 41963/98.

⁶⁵⁰ CEDH, [G.C.], 17 fév. 2004, *Maestri c. Italie*, Req. n°39748/98.

⁶⁵¹ E. LAMBERT ABDELGAWAD, « La pratique récente de réparation des violations de la Convention européenne des droits de l'Homme : plaidoyer pour la sauvegarde d'un acquis remarquable », *RTDH*, 2000, p. 205.

⁶⁵² F. SUDRE, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », préc., n°12, p. 924.

⁶⁵³ CEDH, 29 nov. 1991, *Vermeire c. Belgique*, préc.

⁶⁵⁴ V. not., CEDH, 22 avr. 1993, *Modinos c. Chypre*, Req. n°15070/89 ; CEDH, 30 juil. 1998, *Valenzuela Contrera c. Espagne*, Req. n°27671/95.

185. D'une manière générale, comme le note Monsieur le Professeur Marguénaud, « [l]e bon sens commande à un Etat [...] de ne pas se désintéresser des arrêts qui constatent des violations des droits de l'Homme dans d'autres Etats car si son droit présente les mêmes imperfections, il se trouvera bien un requérant alerté par les médias, voire par la doctrine, pour le traîner devant les organes de contrôle de Strasbourg »⁶⁵⁵. Dans le même sens, Monsieur Costa encourage les Etats, dont la législation présente un problème analogue à celui identifié par la Cour dans un autre Etat, à « cesser de jouer à cache-cache avec la Convention » en attendant « que des dizaines de justiciables déposent des recours à Strasbourg pour réviser leurs lois », malgré l'autorité relative des arrêts européens⁶⁵⁶. Là se loge l'« autorité réelle » des arrêts européens qui, dans les faits, excède « leur stricte portée juridique de jugements déclaratoires » ne produisant leurs effets qu'à l'égard des parties concernées, pour devenir les instruments de l'harmonisation des droits nationaux⁶⁵⁷. Monsieur le Professeur Sudre évoque leur « efficacité corrective », soit parce qu'« ils provoquent [*in fine*] une 'normalisation' des législations internes – l'Etat condamné adoptant des mesures générales destinées à rendre sa législation compatible avec la Convention - », soit parce qu'« ils favorisent [...] un ajustement des jurisprudences nationales à la jurisprudence européenne »⁶⁵⁸. Certaines défaillances de cette efficacité corrective, inhérentes à la jurisprudence conventionnelle elle-même, peuvent néanmoins être avancées.

186. Les limites à l'efficacité corrective des arrêts européens -. Nous nous limiterons ici à un seul constat, récurrent en doctrine, qui concerne la capacité des Etats parties à la Convention à adapter leur droit et à tenir pour acquis les standards formulés par la Cour. S'il n'est évidemment pas question de remettre en doute l'œuvre prétorienne remarquable de la juridiction strasbourgeoise et sa contribution au développement des droits de l'Homme depuis sa création, la condition *sine qua non* de l'autorité de la jurisprudence européenne et de sa bonne application par les autorités internes résident dans sa clarté et une certaine constante des exigences qu'elle fixe⁶⁵⁹. Un rapport à l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'exécution des arrêts de la Cour, présenté en 2000, avait déjà insisté sur la nécessité d'une jurisprudence

⁶⁵⁵ J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 186.

⁶⁵⁶ M. BOETON, « Jean-Paul Costa, président de la Cour européenne des droits de l'homme : 'Cessons de jouer à cache-cache avec la Convention internationale des droits de l'homme' », *La Croix*, 25 janv. 2010.

⁶⁵⁷ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 71.

⁶⁵⁸ *Ibid.* ; V. ég., J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 152.

⁶⁵⁹ F. SUDRE, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », préc., n°42 et s., p. 942 et s. ; V. déjà, G. COHEN-JONATHAN, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Mélanges Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 56.

« stable, claire et bien motivée » afin de fournir aux Etats parties une base solide « pour prendre les mesures nécessaires pour réparer les violations et prévenir leur répétition »⁶⁶⁰. Or, certains arrêts européens suscitent encore des interrogations sur l'interprétation des standards européens forgés ou leur pérennité. Certaines ambiguïtés de la jurisprudence européenne seront envisagées dans les prochains développements. Pour l'heure, relevons que si le sentiment d'inconstance qui ressort de certains arrêts s'explique parfois par l'interprétation évolutive des exigences de la Convention, qui veut qu'elles soient réévaluées « à la lumière des conditions d'aujourd'hui »⁶⁶¹, l'impression d'instabilité est d'autres fois confortée par le fonctionnement de la Cour elle-même, c'est-à-dire sa subdivision en sections. En effet, l'examen d'une même question par des sections différentes donne parfois lieu à des applications distinctes qui ne participent pas à la cohérence de la jurisprudence européenne et ne simplifient donc pas les adaptations spontanées. Madame Brillat a par exemple fait observer le sentiment de flottement qu'ont pu inspirer les arrêts de différentes sections rendus à propos du droit à l'assistance d'un avocat en garde à vue⁶⁶². L'instabilité et le manque de clarté de certains arrêts européens, qui expliqueraient pour partie la crise d'autorité de la jurisprudence européenne⁶⁶³, contribuent aussi, probablement, à l'ambivalence des réactions des autorités internes, notamment françaises, à la suite d'arrêts européens mettant en cause la conformité à la Convention des droits nationaux.

β) Le constat de l'ambivalence des suites données aux arrêts européens

187. Il ne s'agit évidemment pas de dresser un panorama exhaustif de suites données par les autorités nationales aux arrêts européens de condamnation, qu'ils concernent la France ou un Etat tiers. Toutefois, certains exemples, spécifiquement choisis, permettent d'illustrer les réactions contradictoires des autorités françaises, qui viennent concrètement rappeler les limites de l'influence des arrêts européens sur la formation du droit internes. Certaines illustrations démontrent que les autorités nationales sont régulièrement enclines à se ranger derrière la jurisprudence européenne, d'autres manifestent leur hésitation, voire leur certaine résistance ou dissidence à l'europanisation de la matière. L'observation vaut autant pour le législateur que pour

⁶⁶⁰ ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 12 juillet 2000, Doc. 8808, spéc. n°23.

⁶⁶¹ V. not., CEDH, 25 avr. 1978, *Tyner c. Royaume-Uni*, Req. n°5856/72 (§31) ; CEDH, [G.C.], 11 juil. 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, Req. n°28957/95 (§75).

⁶⁶² M. BRILLAT, « De la relativité (géographique) du droit (fondamental) à l'assistance d'un avocat. Réflexions sur le fonctionnement interne de la Cour européenne des droits de l'homme », *Cab. dr. eur.*, 2015, p. 469.

⁶⁶³ F. SUDRE, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », préc., n°42 et s., p. 942.

le juge.

188. L’ambivalence des suites données aux arrêts européens de condamnation par le législateur français -. Différentes évolutions de la loi témoignent de l’efficacité corrective des arrêts européens, soit parce que le législateur français a modifié le droit en vigueur en réaction à une condamnation concernant la France, soit parce que la modification entreprise s’est réalisée de manière spontanée, anticipant une probable condamnation à venir.

189. Les réactions qui ont suivi la condamnation de la France dans les arrêts *Kruslin* et *Huwig* est l’illustration la plus régulièrement citée⁶⁶⁴ de l’« exemplarité »⁶⁶⁵ dont les autorités français ont fait preuve pour s’acquitter de leurs obligations. Quelques jours seulement après ces arrêts, le ministre de la Justice a adressé aux présidents de juridictions et chefs de parquet, une note invitant à ce qu’il soit immédiatement fait cas des indications de la Cour européenne dans les procédures en cours ou à venir. Dans l’attente d’une évolution de la loi, qui est intervenue le 10 juillet 1991, la chambre criminelle a ajusté sa jurisprudence en conséquence⁶⁶⁶.

190. D’autres exemples illustrent une adaptation plus spontanée de la loi française dans des hypothèses où une condamnation pouvait être pressentie. Certains montrent comment le législateur s’intéresse parfois aux précisions apportées par la Cour européenne dans des affaires concernant des Etats tiers, d’autres, comment, sans attendre une condamnation de la France, il a pris les mesures qui s’imposaient pour assurer la mise en conformité du droit interne. L’élaboration d’un régime plus strict des infiltrations policières par la loi du 9 mars 2004 est une première illustration. L’article 706-87 du CPP interdisant de fonder une condamnation sur les seules déclarations des officiers ou agents de police judiciaire ayant procédé à une opération d’infiltration est, comme en attestent les travaux parlementaires⁶⁶⁷, la transcription, en droit français, des

⁶⁶⁴ V. not., F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l’homme*, op. cit., p. 72 ; J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l’homme*, op.cit., p. 180.

⁶⁶⁵ J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l’homme*, op.cit., p. 180.

⁶⁶⁶ Un autre exemple peut être recherché dans l’adaptation du droit français à la suite des arrêts *Medvedyev et autres*. Le constat de violation de l’article 5§1 de la Convention a, en effet, donné lieu, moins d’un an après la condamnation de la France, à l’élaboration d’un régime *sui generis* des privations de liberté en mer (L. n° 2011-13 du 5 janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l’exercice des pouvoirs de police de l’Etat en mer, *JORF* du 6 janvier 2011, p. 374, texte n° 2. V. not., L. BRIAN, « Lutte contre la piraterie maritime : la France renforce son arsenal législatif, note sous Loi numéro 2011-13 du 5 janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l’exercice des pouvoirs de police de l’Etat en mer », *Gaz. Pal.* 2011, n°19-20, p. 8).

⁶⁶⁷ Rapport n°441 sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Enregistré à la Présidence du Sénat le 24 sept. 2003, par F. ZOCCHETTO, p. 64 et s.

exigences formulées par la Cour dans ses arrêts *Kotovski*⁶⁶⁸, *Doorson*⁶⁶⁹ et *Van Mechelen*⁶⁷⁰, tous trois rendus contre les Pays-Bas⁶⁷¹, concernant l'admissibilité des témoignages anonymes en considération de l'impératif d'une procédure équitable. La loi n°2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation⁶⁷², si elle a essentiellement eu pour objet de préserver la compétence du procureur pour contrôler de telles mesures dans un premier temps à la suite des arrêts de la chambre criminelle⁶⁷³, illustre également la manière dont législateur tire parfois les conséquences d'arrêts rendus à l'encontre d'Etat tiers. Comme en attestent l'étude d'impact jointe au projet de loi⁶⁷⁴ et les rapports parlementaires préalables à l'adoption de la loi⁶⁷⁵, les indications apportées par la Cour dans son arrêt *Uzun contre Allemagne* ont servi de cadre de référence. L'encadrement, par la loi du 9 mars 2004, de la pratique dite du « petit dépôt » constitue, lui, une illustration de la manière dont le législateur français a anticipé la mise en conformité du droit interne, présentant une condamnation européenne prochaine. Alors que l'affaire *Zervudacki contre France* était encore pendante devant la Cour, le législateur a instauré la base légale manquante à la privation de liberté qu'implique le « petit dépôt »⁶⁷⁶.

191. D'autres exemples révèlent, au contraire, l'hésitation dont le législateur fait parfois preuve dans l'attente d'une condamnation. Les réactions ambivalentes qui ont suivi les arrêts *Salduz* et *Dayanan contre Turquie* constituent probablement l'exemple récent le plus révélateur de ces hésitations ou résistances. Tandis que les arrêts européens rendus contre la Turquie ont immédiatement donné naissance à de nombreuses propositions de loi⁶⁷⁷ ou ont incité certaines juridictions à écarter

⁶⁶⁸ CEDH, 20 nov. 1989, *Kotovski c. Pays-Bas*, Req. n°11454/85 (§44).

⁶⁶⁹ CEDH, 26 mars 1993, *Doorson c. Pays-Bas*, Req. n°20524/92 (§76).

⁶⁷⁰ CEDH, 23 avr. 1997, *Van Mechelen c. Pays-Bas*, Req. n° 21363/93, 21364/93, 21427/93 et 22056/93 (§§56 et s.).

⁶⁷¹ Dans ces derniers, la Cour a déterminé les conditions dans lesquelles le témoignage anonyme est compatible avec le droit d'un accusé à un procès équitable. Elle a jugé que la préservation de l'équité de la procédure supposait la condamnation ne puisse se fonder « à un degré déterminant » (CEDH, *Kotovski c. Pays-Bas*, préc. (§44) ; CEDH, *Van Mechelen c. Pays-Bas*, préc. (§63)), voire « uniquement » (CEDH, *Doorson c. Pays-Bas*, préc. (§76)) sur ces dépositions anonymes, qu'elles émanent d'un particulier (comme dans les deux premières espèces) ou d'un policier affecté à une opération de surveillance secrète (comme dans la dernière).

⁶⁷² L. n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, *JORF* du 29 mars 2014, p. 6123, *Procédures* 2014, n°8, p. 6, obs. J. BUISSON ; *Gaz. Pal.*, 4 avr. 2014, p. 14, obs. E. DUPIC ; *Gaz. Pal.*, 27 juil. 2014, p. 8, obs. P. LE MONNIER DE GOUVILLE ; *Gaz. Pal.*, 26 sept. 2014, p. 9, obs. G. GRECOURT ; *RSC* 2014, p. 339, obs. J.-B. PERRIER ; *Dr. pén.*, juin 2014, Et. p. 9, obs. J.-P. VALAT ; V. ég., E. VERGES, « Construire la norme en procédure pénale : une étude des techniques juridiques à travers un cas symptomatique, la géolocalisation », *RSC* 2014, p. 599.

⁶⁷³ Projet de loi n°257 relatif à la géolocalisation, Enregistré à la Présidence du Sénat le 23 décembre 2013, présenté par C. TAUBIRA, Exposé des motifs.

⁶⁷⁴ Etude d'impact, NOR : JUSX1329164L/Bleue-1, 20 déc. 2013, spéc. pp. 8 et s.

⁶⁷⁵ V. not., Rapport n°284 sur le projet de loi relatif à la géolocalisation, Enregistré à la Présidence du Sénat le 15 janvier 2014, présenté par J.-P. SUEUR.

⁶⁷⁶ L. n°2004-204 du 9 mars 2004, préc., C.P.P., art. 803-2 et 803-3.

⁶⁷⁷ Proposition de loi n°2181, tendant à instituer la présence de l'avocat durant tous les actes de la procédure établis au cours de la garde à vue, présentée par M. AESCHLIMANN, Enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 21 décembre 2009 ; Proposition de loi n°2191, visant à imposer l'audition immédiate des personnes mises en garde à vue, présentée par F. GOULARD, Enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 21 décembre 2009 ; Proposition de loi n°2193, tendant à rendre obligatoire la présence de l'avocat dès la première heure de garde à vue,

l'application de la loi au profit des exigences conventionnelles qui priment sur celles-ci⁶⁷⁸, le ministre de la Justice français s'est d'abord retranché derrière la stricte portée juridique des arrêts européens⁶⁷⁹. La Direction des affaires criminelles et des grâces lui a emboîté le pas. Elle a rappelé « *qu'en application de l'article 46 de la CSDHLE, les arrêts définitifs de la CEDH n'ont de force obligatoire qu'à l'égard des Etats parties dans l'affaire qui a été soumise à cette juridiction* »⁶⁸⁰, manifestant ainsi un souci de prévenir la disharmonie de la jurisprudence des tribunaux nationaux. Comme il l'a été rappelé, la mise en conformité du droit français avec les standards conventionnels formulés ne s'est finalement imposé que sous l'impulsion du Conseil constitutionnel⁶⁸¹ et de la chambre criminelle⁶⁸².

192. L'ambivalence des réactions des juridictions nationales -. La même ambivalence se constate dans la jurisprudence de la chambre criminelle qui, on le sait, presse parfois le législateur à adapter la loi française aux exigences de la Convention. Les arrêts rendus en Assemblée plénière le 15 avril 2011⁶⁸³ constituent un exemple éclairant de l'exemplarité dont la Cour de cassation fait parfois preuve, la Haute juridiction considérant alors que « *les Etats adhérents à cette Convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* »⁶⁸⁴ voire citant, de manière inédite, les arrêts européens sur

présentée par M. HUNAULT, Enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 21 décembre 2009 ; Proposition de loi n°201, portant réforme de la garde à vue, présentée par A. BOUMEDIENE-THIERY, Enregistrée à la Présidence du Sénat, le 13 janvier 2010 ; Proposition de loi n°208, tendant à assurer l'assistance immédiate d'un avocat aux personnes placées en garde à vue, présentée par J. MEZARD, Enregistrée à la Présidence du Sénat, le 19 janvier 2010 ; Proposition de loi n°2295, visant à instituer la présence effective de l'avocat dès le début de la garde à vue, présentée par M. VALLINI, Enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 février 2010 ; Proposition de loi n°258 visant à modifier les dispositions applicables en matière de garde à vue, présentée par N. BORVO COHEN-SEAT, Enregistrée à la Présidence du Sénat, le 12 février 2010 ; Proposition de loi n°2358 portant réforme de la garde à vue, présentée par N. MAMERE, Enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale, le 24 février 2010 ; Proposition de loi n°2364, tendant à garantir les droits de la défense des personnes placées en garde à vue, présentée par J.-J. CANDELIER, Enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 février 2010 ; Proposition de loi n°2410, visant à réformer le droit relatif à la garde à vue, présentée par A. WOJCIECHOWSKI, Enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1^{er} avril 2010 ; Proposition de loi n°2406 tendant à l'amélioration des droits de la défense dans la procédure de la garde à vue, présentée par H. DE CHARETTE, Enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1^{er} avril 2010.

⁶⁷⁸ V. not., A. MARON et M. HAAS, « Tandis que les gardes à vue explosent, la garde à vue implose », *Dr. pén.* mars 2010, dossier n°3, p. 10 ; A. GIUDICELLI, « Vague de fond avant la réforme », *RSC* 2010, p. 183 ; C. LAZERGES, « Les désordres de la garde à vue », *RSC* 2010, p. 275.

⁶⁷⁹ Madame Alliot-Marie indiquait que « *les décisions de la [Cour européenne], selon les principes du droit anglo-saxon qui s'appliquent, ne sont valables que dans les cas de figure visés* » (ASSEMBLEE NATIONALE, Compte-rendu de la séance du 25 mars 2010, « Présence de l'avocat dès le début de la garde à vue ») ou que « *« Si la Convention européenne est d'application directe, sa jurisprudence ne s'impose qu'aux Etats parties à l'affaire jugée. [Or.] la France n'a pas été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, les arrêts en question concernant la Turquie et le droit de ce pays* » (cité in Rapport n°2372, visant à instituer la présence effective de l'avocat dès le début de la garde à vue, préc., par M. VALLINI).

⁶⁸⁰ DIRECTION DES AFFAIRES CRIMINELLES ET DES GRACES, « Argumentaire sur l'absence de l'avocat en garde à vue – conséquences procédurales », DACG-SDJPG-BPJ, 17 nov. 2009.

⁶⁸¹ Cons. Const., Déc. n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, préc.

⁶⁸² Cass. crim., 19 oct. 2010, *Bull. crim.* n° 163 à 165, préc.

⁶⁸³ Cass. Ass. plén., 15 avril 2011, *Bull. crim.* n°589, 590, 591 et 592, *JCP éd. G.*, 2011, Act. 483, obs. S. DETRAZ.

⁶⁸⁴ Cass. Ass. plén., 15 avril 2011, *Bull. crim.* n°589.

lesquels elle fonde sa solution⁶⁸⁵.

193. Cependant, si la chambre criminelle sait manifester son attachement à son rôle de juge naturel de la Convention et provoque parfois ainsi une normalisation du droit interne, elle témoigne, dans d'autres arrêts, de davantage d'hésitations voire de résistances. Les deux arrêts rendus à propos de la géolocalisation le 22 octobre 2013⁶⁸⁶ offrent, parmi d'autres, un exemple de la manière dont la Cour de cassation compose parfois avec les exigences européennes, sa jurisprudence inspirant alors le sentiment d'un certain « laxisme »⁶⁸⁷ mêlé de zèle. En effet, alors qu'elle témoigne plutôt d'une attitude zélée en considérant que le procureur ne peut être l'autorité de contrôle de la mise en œuvre d'une mesure de géolocalisation⁶⁸⁸, excédant en cela les indications de la Cour européenne⁶⁸⁹, elle manifeste en revanche une certaine bienveillance à l'égard de la qualité de la loi interne. Faute de dispositions précises définissant le régime des géolocalisations, leur mise en œuvre se fondait sur des dispositions générales (C.P.P., articles 12, 14, 41 et 81). Dans chacune des espèces rapportées, la chambre criminelle était précisément appelée à se prononcer sur la compatibilité de ces fondements avec l'exigence de prévisibilité de la loi découlant de l'article 8§2 de la Convention. Si dans l'arrêt concernant la régularité du recours à une géolocalisation dans le cadre d'une enquête de police, la Cour ne répond pas à cette question – ses constatations inhérentes au contrôle de la mesure étant alors suffisantes pour justifier sa conclusion –, elle considère, dans l'autre, que les exigences européennes n'ont pas été méconnues. Pour écarter le moyen de nullité tiré du défaut d'un fondement légal conforme aux impératifs européens, elle juge que la surveillance mise en œuvre assurait la compatibilité du droit interne avec ces exigences, rappelant ainsi sa position classique suivant laquelle l'intervention d'un juge du siège pallie les insuffisances de la loi⁶⁹⁰. Or, l'arrêt *Uzun* précité invitait probablement à une autre conclusion. La Cour européenne avait en effet estimé que dès lors que cette mesure constituait une atteinte au droit formulé à l'article 8§1 de la Convention, il importait d'observer la prévisibilité de droit allemand. Puis, elle avait relevé qu'il comportait une base légale présentant un certain degré de généralité mais embrassant les géolocalisations et que de telles mesures ne pouvaient être décidées qu'« à l'égard d'une personne soupçonnée d'une infraction extrêmement grave ou, dans des circonstances très limitées, à l'égard d'un tiers soupçonné d'être en rapport avec l'accusé, et lorsque d'autres moyens

⁶⁸⁵ Cass. Ass. plén., 15 avril 2011, *Bull. crim.* n°590, 591 et 592.

⁶⁸⁶ Cass. crim., 22 oct. 2013, *Bull. crim.* n°196 et n°197, préc.

⁶⁸⁷ C. FONTEIX, « Un encadrement judiciaire en demi-teinte des mesures de “géolocalisation” » [PDF] in Lettre « Actualités DroitsLibertés » du CREDOF, 12 nov. 2013.

⁶⁸⁸ V. not., B. DANLOS, « De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale », préc.

⁶⁸⁹ CEDH, *Uzun c. Allemagne*, préc.

⁶⁹⁰ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°256-1, p. 160

*de localiser l'accusé avaient moins de chance d'aboutir ou étaient plus difficiles à mettre en œuvre » (§70). Or, l'article 81 du CPP, dont on connaît les carences depuis les arrêts *Kruslin* et *Huvig contre France*, ne présentait pas le même degré de prévisibilité que les dispositions examinées⁶⁹¹.*

194. Un aperçu même synthétique du droit du Conseil de l'Europe dans son ensemble fait ainsi ressortir les limites de l'influence qu'il peut avoir sur la formation et l'application des droits internes parce qu'il ménage aux législateurs nationaux des marges de manœuvre dans sa mise en œuvre qui dépend en outre, pour une large part, de la volonté de l'Etat de prendre des engagements et de s'y conformer. Ces observations conduisent nécessairement à nuancer l'impact que peut avoir ce droit sur les évolutions de la mise en état des affaires pénales et *a fortiori* sur sa mutation. Le droit de l'Union européenne, dont la vocation originelle n'était pas d'avoir une influence sur les droits pénaux des Etats membres, présentent également certaines limites, distinctes cependant de celles qui viennent d'être observées.

B. L'efficacité régulée du droit de l'Union

195. Sur le plan des limites, le droit de l'Union européenne se distingue du droit élaboré dans l'enceinte du Conseil de l'Europe. Ses limites actuelles résident davantage dans son champ de compétences et dans la régulation de l'exercice de celle-ci que dans les libertés que concèdent le processus d'élaboration des normes ou le contrôle de leur bonne application par les Etats. S'il nous faut donc envisager la délimitation de son domaine de compétences dans le champ pénal (1), il nous faut également aborder la régulation de l'exercice de sa compétence par l'Union, qui contribue à tempérer l'emprise que peuvent avoir les instruments élaborés en son sein sur les droits nationaux (2).

1) La délimitation du champ de l'intervention de l'Union

196. Les prémisses et développements du droit pénal de l'Union -. Envisager l'impact du droit élaboré dans cette seconde enceinte sur les droits pénaux nationaux, et en particulier sur la procédure pénale, serait apparu, dans les premiers temps de son existence comme un certain non-sens. La Communauté, dont la vocation

⁶⁹¹ C. FONTEIX, « Un encadrement judiciaire en demi-teinte des mesures de "géolocalisation" », préc.

était essentiellement économique, n'avait aucune compétence formelle en matière pénale. Et si le droit communautaire a certes eu, dès l'origine, une incidence sur les droits pénaux nationaux – soit, sous l'effet du principe « d'assimilation », soit à raison de la primauté du droit communautaire⁶⁹²-, la Cour de Justice de Luxembourg soulignait que « la législation pénale et les règles de procédure pénale rest[ai]ent de la compétence des Etats membres »⁶⁹³.

197. L'amorce d'un véritable droit pénal européen a cependant commencé à poindre dans les années 1970, alors que le Président français de l'époque, Valéry Giscard d'Estaing annonçait la création d'un « espace judiciaire européen »⁶⁹⁴. S'ensuivit la « période des coopérations »⁶⁹⁵, marquée par le foisonnement de réflexions et

⁶⁹² Le premier implique que les Etats membres soient tenus de punir la violation des règles communautaires de la même manière que la méconnaissance des règles nationales. Le second implique la neutralisation des incriminations contraires à une norme européenne (effet dit « négatif ») et inversement une obligation pour les Etats membres d'incriminer des comportements pour assurer l'effectivité de celui-ci (effet dit « positif »). Sur ces questions, V. not., J. BORE, « La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire », in COLLECTIF, *Droit pénal contemporain : Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Ed. Cujas, Paris, 1989, p. 25 ; M. DELMAS-MARTY, « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne », in COLLECTIF, *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté, Actes du Séminaire organisé par le Contrôle financier et le Service juridique de la Commission des Communautés européennes, les 27, 28 et 29 novembre 1989 à Bruxelles*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1990, p. 233 et s. ; B. BOULOC, « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne », in COLLECTIF, *Mélanges offerts à Gérard Levasseur, Droit pénal, Droit européen*, Gazette du Palais et Litec, Paris, 1992, p. 103 et s. ; J.-H. ROBERT, « L'incrimination par renvoi du législateur national à des règlements communautaires futurs », COLLECTIF, *Mélanges offerts à Gérard Levasseur, Droit pénal, Droit européen, op. cit.*, p. 169 ; M. DELMAS-MARTY, La répression des fraudes au budget de la Communauté dans un contexte démocratique », RSC 1993, p. 585 ; U. SIEBER, « Unification européenne et droit pénal européen. Proposition pour l'avenir du droit pénal européen », RSC 1993, p. 249 ; C. SOULARD, *La chambre criminelle et l'ordre juridique communautaire*, in Rapport de la Cour de cassation pour 1998, La Documentations française, 1999, p. 159 ; F. HERVOUET, « Le droit communautaire, un ordre juridique pénalement sanctionné ? », in COLLECTIF, *La sanction du droit ; Mélanges P. Couvrat*, Ed. PUF, Coll. « Sinai », Paris, 2001, p. 243 ; S. MANACORDA, « Un bilan des interférences entre le droit communautaire et le droit pénal : neutralisation et obligation d'incrimination », RSC 2006, p. 245 ; D. SIMON, « Constitution, souveraineté pénale, droit communautaire », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°26, 2009. V. ég., C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Ed. Larcier, Coll. « Paradigme », 1^e éd., Bruxelles, 2016, spéc. pp. 13-14 et pp. 28-29 ; D. FLORE (avec la collab. de S. BOSLY), *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2^e éd., Ed. Larcier, Coll. « Europe(s) », Bruxelles, 2014, pp. 5 et 25 et s. ; E. RUBI-CAVAGNA, *L'essentiel du droit pénal de l'Union européenne*, Ed. Galino-Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 15 et s. ; E. GINDRE, *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*, Ed. LGDJ, Coll. « Thèses », 2010, n°36 et s., pp. 24 et s. ; A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, 3^e éd., Ed. PUF, Coll. « Themis », Paris, 2005, n°41 et s., pp. 65 et s., n°90 et s., pp. 152 et s.

⁶⁹³ CJCE, 11 nov. 1981, *Procédure pénale c. Guerino Casati*, aff. 203/80, n°27 ; CJCE, 25 fév. 1988, *Procédure pénale c. Rainer Drexel*, aff. 299/86, n°17 ; CJCE, 2 fév. 1989, *Ian William Cowan c. Trésor public*, aff. 186/87, n°19 ; CJCE, 14 déc. 1995, *Procédure pénale c. Giorgio Domino Branchero*, aff. 387/93 ; V., A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international, op. cit.*, n°89 et s., p. 151.

⁶⁹⁴ Il déclarait alors « Les traités de Paris et de Rome ont jeté les bases d'un espace économique, le Marché commun, et aussi d'un espace commercial [...] La construction de l'Europe devrait s'enrichir d'un nouveau concept, celui de l'espace judiciaire européen. Je suggère donc que par l'adoption d'une convention d'extradition automatique assortie de garanties appropriées pour les crimes particulièrement graves, les Neufs mettent en place les premiers éléments d'un espace judiciaire unique » (Conseil européen, Bruxelles, 5 décembre 1977, En ligne, Ministère des Affaires étrangères de la République française).

⁶⁹⁵ L'expression est empruntée à Mesdames C. Haguenau-Moizard, F. Gazin et J. Leblois-Happe, in *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, op. cit.*, p. 29. Sur cette période, V. not., C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, op. cit.*, pp. 29 et s. ; D. FLORE (avec la collab. de S. BOSLY), *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne, op. cit.*, pp. 25 et s. ; F.-X. ROUX-DEMARRE, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, Thèse dactylographiée, Université Jean Moulin, Lyon 3, sept. 2012, publiée, Ed. Dalloz, ENM, Préf. J. PRADEL, Postface A. AZIZ-BEYACHE, 2014, n°189 et s., pp. 170 et s. ; E. RUBI-CAVAGNA, *L'essentiel du droit pénal de l'Union européenne*, pp. 15 et s. ; *Répert. Dalloz de Droit Communautaire*, v° « Espace de liberté, de sécurité et de justice », juin 2013, A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; R. DE GOUTTES, « De l'espace judiciaire pénal européen à l'espace judiciaire

d'initiatives qui, témoignant d'un « vouloir agir en commun »⁶⁹⁶, ont permis « le développement d'habitudes, de réflexes communs, de partage d'expériences entre les représentants et experts des Etats, et a par conséquent contribué à la construction d'un intérêt européen commun »⁶⁹⁷. Illustrée par une coopération hors cadre, dont témoigne spécifiquement le groupe TREVI et la mise en place, en parallèle, dans le cadre de la coopération politique européenne, de groupes d'experts en matière, notamment, de lutte contre le terrorisme, cette période s'est achevée avec la signature des Accords de Schengen⁶⁹⁸, en 1985, et de la Convention d'application des Accords de Schengen, le 19 juin 1990⁶⁹⁹. Cette dernière comportait déjà plusieurs volets en matière pénale, dont des dispositions singulières en matière de coopération policière – assistance mutuelle (article 39), droits d'observation et de poursuite de part et d'autre des frontières des Etats parties (articles 40 et 41)⁷⁰⁰ – et d'entraide judiciaire en matière pénale - tendant à compléter la convention d'entraide judiciaire du Conseil de l'Europe de 1959⁷⁰¹ -, afin de compenser l'effet criminogène supposé de la suppression des contrôles aux frontières et les facilités de circulation qui en résultaient. Cette évolution, par touches successives, selon les besoins de l'Union et de ses membres, a été consacrée par le traité de Maastricht du 7 février 1992⁷⁰² qui a érigé « *la coopération policière en vue de la prévention et de la lutte contre le terrorisme, le trafic illicite de drogues et d'autres formes graves de criminalité internationale [...] en liaison, avec l'organisation à l'échelle de l'Union d'un système d'échange d'informations au sein d'un Office européen de police (Europol)* » et « *la coopération judiciaire en matière pénale* » en « *question d'intérêt commun* » (TUE, article K1, 7) et 9)). Le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, a confirmé et précisé cette avancée, en dotant les institutions européennes d'un projet commun – celui de construire un « espace de liberté, de sécurité et de justice » - et de moyens juridiques pour le réaliser⁷⁰³. Il s'est alors agi « *d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de*

pénal pan-européen », in COLLECTIF, *Droit pénal, Droit européen, Mélanges offerts à G. Levasseur*, Ed. Gazette du Palais, Litec, Paris, 1992, p. 3 ; R. DE GOUTTES, « *Variations sur l'espace pénal européen* », *D.* 1990, pp. 245 et s.

⁶⁹⁶ Répert. Dalloz de Droit Communautaire, v^o « Espace de liberté, de sécurité et de justice », juin 2013, A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, spéc. n^o11.

⁶⁹⁷ C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, op. cit.*, p. 30.

⁶⁹⁸ Accord entre les gouvernements des Etats de l'Union économique du Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée à Schengen le 14 juin 1985, *JOCE*, L. 239, 22 sept. 2000.

⁶⁹⁹ Convention entre les gouvernements des Etats de l'Union économique du Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *JOCE*, L. 239, 22 sept. 2000. V. not., L. CARTOU, « Les deux accords Schengen (suite et fin), La Convention complémentaire du 19 juin 1990 », *LPA* 21 déc. 1994, p. 19 ; P. MASSON, « Les accords de Schengen : du mythe à la réalité », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1995, p. 105 ; J.-L. SABATIER, « La coopération policière européenne face à l'objectif de circulation des personnes », *Droit et défense*, 1996, n^o2, p. 35 ; D. FONTANAUX, « Commentaire de la Convention de Schengen », *Gaz. Pal.* 12 avril 1996, p. 2.

⁷⁰⁰ V. not., J.-Cl. *Europe Traité*, « Fasc. 2680 : Coopération policière dans l'Union européenne », 2009, S. DE BIOLLEY.

⁷⁰¹ V. not., J.-Cl. *Europe Traité*, « Fasc. 2700 : Coopération judiciaire pénale », 2009, A. WEYEMBERGH.

⁷⁰² *JOCE*, C 191 du 29 juillet 1992.

⁷⁰³ D. FLORE (avec la collab. de S. BOSLY), *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne, op. cit.*, p. 5.

sécurité et de justice en élaborant une action en commun entre les Etats membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale » (TUE, article K1). L'objectif assigné devait être atteint par la prévention et la lutte contre la criminalité, organisée ou autre, grâce à une coopération plus étroite entre les forces de police, directement ou par l'intermédiaire d'Europol – qui avait vu le jour sous l'empire de l'ancien traité -, mais aussi par une coopération plus poussée des autorités judiciaires et autres autorités compétentes des Etats membres et, « *en tant que de besoin* », le rapprochement du droit pénal de fond (TUE, article K1). Le traité de Lisbonne, qui a fait suite à l'échec du traité constitutionnel, a mené cette évolution à son terme en affinant les compétences de l'Union. Le législateur européen est dorénavant compétent pour élaborer des règles minimales relatives à certains aspects des procédures pénales nationales, tels qu'ils sont déterminés par l'article 82 du TFUE. C'est dans cette disposition, et dans les suites qui lui ont été données, que s'est manifestée la capacité du droit de l'Union à influencer sur les systèmes nationaux.

198. Il ne peut naturellement s'agir, pour nous, de nier les apports des instruments élaborés sous l'empire des traités antérieurs, ni même de les envisager tous. Plus modestement, c'est aux ambiguïtés qui pesaient jusqu'alors sur le domaine de compétences du législateur européen que nous nous intéresserons pour relever *in fine* les précisions apportées par le traité de Lisbonne sur ce point. Le nouveau traité a explicitement fait du droit de l'Union « une véritable source »⁷⁰⁴ des procédures pénales nationales, renouvelant par conséquent la question de l'effet de celui-ci sur celle-là⁷⁰⁵. Toutefois, s'il a effectivement eu pour effet d'affirmer le domaine de l'intervention de l'Union européenne dans le champ pénal, actant ainsi une réelle « métamorphose européenne »⁷⁰⁶ (a), celui-ci n'en reste pas moins délimité par les termes de l'article 82 du traité, sauf décision unanime du Conseil (b).

a) L'affirmation de son domaine d'intervention

199. Par-delà les limites institutionnelles et normatives, qui y ont fait obstacle, l'impact du droit de l'Union européenne sur les procédures pénales internes ne pouvait qu'être résiduel, compte tenu des ambiguïtés de son domaine d'intervention avant

⁷⁰⁴ X. PIN, *Droit pénal général*, 8e éd., Dalloz, Coll. « Cours », Paris, 2015, p. 74.

⁷⁰⁵ V. not., H. LABAYLE, « L'europanisation des procédures pénales nationales », 76^e Congrès de la Confédération nationale des avocats, 2011, Côme, *Le barreau de France*, n°350, automne 2011, p. 30 ; D. REBUT, « Le droit pénal et la procédure pénale saisis par l'Union européenne », in S. GUINCHARD et J. BUISSON (sous la dir.), *Les transformations de la justice pénale, Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation*, Préf. V. LAMANDA, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », Actes, Paris, 2014, p. 102 ; M. TOULLIER, « Le statut du suspect à l'ère de l'europanisation de la procédure pénale : entre "petite" et "grande" révolutions », préc.

⁷⁰⁶ J. PRADEL, G. CORTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen, op. cit.*, n°724, p. 753.

l'adoption du traité de Lisbonne (α). En clarifiant les compétences de l'Union dans ce domaine, le traité a permis que le droit de l'Union s'affirme en tant que source des procédures pénales nationales, comme en attestent différentes illustrations précédemment rappelées (β).

α) Les ambiguïtés de son domaine d'intervention avant l'adoption du traité de Lisbonne

200. Si les apports du droit élaboré dans l'enceinte de l'Union européenne sur la matière sont incontestables, les implications de celui-ci sur les procédures pénales nationales ont été que plus marginales, considération faite de leur vocation et, ce faisant, de leur champ. Ils n'ont dans un premier temps visé, pour l'essentiel, que l'amélioration de la coopération judiciaire et policière.

201. L'impact certain des instruments élaborés sous l'empire des traités antérieurs dans le champ de la coopération pénale -. L'impact des instruments antérieurs ne peut être nié.

202. Il suffit de songer aux instruments élaborés en vue d'améliorer et de fluidifier l'entraide bilatérale que se prêtent les Etats membres dont l'observation conduit à distinguer deux périodes distinctes. Celle, d'abord, de la « coopération améliorée »⁷⁰⁷ qui s'est caractérisée par une volonté de fluidification et d'amélioration de l'entraide judiciaire, sans rupture radicale avec les instruments existants. Elle s'illustre notamment par l'affirmation de la judiciarisation de l'entraide – soit, la confirmation des relations directes entre les autorités compétentes des Etats membres - et la limitation des causes de refus⁷⁰⁸. L'absence de rupture avec les instruments antérieurs s'est en revanche reflétée non seulement dans la méthode – ces instruments n'ont pas eu vocation à se substituer aux conventions existantes mais à les compléter – mais aussi dans leur contenu, et en particulier dans le maintien de certaines causes classiques de refus dont celle fondée sur le risque d'atteinte à la souveraineté nationale, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de l'Etat. Parfois qualifiée de « clause fourre-

⁷⁰⁷ A. WEYEMBERGH, « Coopération judiciaire pénale », préc., n°17 et s. ; D. FLORE (avec la collab. de S. BOSLY), *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, op. cit., n°880 et s., pp. 487 et s. ; V. ég., M. MASSE, « L'entraide judiciaire internationale », *RSC* 2004, p. 470 ; M. MASSE, « L'entraide judiciaire internationale, version française (suite) », *RSC* 2005, p. 405 ; M. MASSE, « L'entraide judiciaire version française (suite) », *RSC* 2005, p. 952 ; J.-C. SAINT-PAU, « L'entraide judiciaire internationale et européenne », *Dr. pén.* 2004, ét. n°9.

⁷⁰⁸ A. WEYEMBERGH, « Coopération judiciaire pénale », préc., n°17 et s. ; D. FLORE (avec la collab. de S. BOSLY), *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, op. cit., n°901 et s., pp. 502 et s. ; Sur la judiciarisation de l'entraide, V. not., M. MARTY, « Un exemple de décision nouvelle : la décision d'enquête européenne. Vers la judiciarisation aboutie de la coopération judiciaire dans l'Union Européenne ? », *Juridictoria*, n°7, 2011, p. 105.

tout »⁷⁰⁹, celle-ci laissait *in fine* des marges de manœuvre importantes à l'Etat requis pour refuser l'exécution de la demande⁷¹⁰. La convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union du 29 mai 2000⁷¹¹ et son protocole du 16 octobre 2001⁷¹² sont les illustrations les plus manifestes de cette première période d'émancipation des instruments de l'Union. A cette coopération dite « améliorée » a succédé, sans s'y substituer pleinement dans un premier temps, celle de l'application de la reconnaissance mutuelle en matière pénale⁷¹³, dont l'idée s'est imposée à l'occasion du Conseil européen de Tampere, en octobre 1999⁷¹⁴. Celui-ci a envisagé cette technique, connue de la matière civile, comme la « pierre angulaire de la coopération judiciaire » tant en matière civile que pénale et pour toutes les phases de la procédure (conclusions 33 et 36). Cette technique, qui a marqué une rupture avec les mécanismes traditionnels de l'entraide, veut que, moyennant un contrôle visant à assurer que la décision soit conforme à certains standards européens, une décision prise par une autorité judiciaire d'un Etat membre soit exécutée directement par l'autorité d'un autre Etat membre, comme si elle l'avait été par les autorités de son propre Etat, et cela même si ces dernières ne peuvent prendre une telle décision en vertu de leur propre droit. Indépendamment de la fluidification et de la simplification que le recours à cette technique engendre – la judiciarisation est complète, le recours à un mandat standardisé et traduit simplifie l'exécution de la demande, des délais plus courts sont instaurés et les motifs de refus limités –, l'application de ce principe emporte, théoriquement, une évolution sensible de l'entraide judiciaire. Là où l'entraide classique impliquait une évaluation juridique, voire en opportunité, de la demande avant sa « conversion » en mesure nationale par les autorités centrales ou judiciaires de l'Etat requis, elle suggère

⁷⁰⁹ A. WEYEMBERGH, « L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les États membres de l'Union européenne », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (sous la dir.), *Vers un espace judiciaire pénal européen. Towards an European Judicial Criminal Area*, Ed. Université de Bruxelles, Coll. « Institut des Études Européennes », Bruxelles, 2000, p. 151.

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ Acte du Conseil du 29 mai 2000 établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, JOCE C 197, du 12 juil. 2000, p. 1. Sur cette convention, V. not., A. WEYEMBERGH, « Coopération judiciaire », préc., n°28 et s. ; D. FLORE (avec la collab. de S. BOSLY), *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, op. cit., n°898 et s., pp. 501 et s.

⁷¹² Acte du Conseil du 16 octobre 2001 établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, le protocole à la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, JOCE C 326, du 21 nov. 2001, p. 1 ; V. not., E. BARBE, « Le protocole [anti-blanchiment] à la convention du 29 mai 2000 d'entraide judiciaire en matière pénale de l'Union européenne », D.2002, chron. 1922.

⁷¹³ V. not., J.-Cl. *Europe Traité*, « Fasc. 2720, Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne », 2009, A. WEYEMBERGH ; D. FLORE (avec la collab. de S. BOSLY), *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, op. cit., n°936 et s., pp. 925 et s. ; E. BARBE, « L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit pénal français : de l'ombre à la lumière », *AJ pén.* 2011, p. 438 ; M. MASSE, « La reconnaissance mutuelle », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (sous la dir.), *Le droit pénal de l'Union au lendemain du traité de Lisbonne*, Ed. Société de législations comparée, Coll. « UMR de droit comparé de Paris », Paris, 2012, p. 205 ; D. CHILSTEIN, « Remarques sur le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale », *ibid.*, p. 217.

⁷¹⁴ UNION EUROPEENNE, « Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence », *Cultures & Conflits*, n°45, 2002, p. 87-102.

une exécution directe de la demande adressée par l'Etat d'émission⁷¹⁵. Sans être le seul instrument européen mettant en œuvre la reconnaissance mutuelle en matière pénale⁷¹⁶, la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen⁷¹⁷, qui en fut également la première application dans ce domaine, a longtemps constitué l'instrument le plus abouti en la matière⁷¹⁸. Le traité de Lisbonne, qui a constitutionnalisé la reconnaissance mutuelle en matière pénale (TFUE, article 82§1), a depuis été le cadre de l'adoption d'autres instruments reposant sur cette technique, au premier rang desquels la directive concernant la décision d'enquête européenne du 3 avril 2014⁷¹⁹, qui s'est substituée le 22 mai 2017 aux dispositions correspondantes des conventions, protocoles et décisions-cadres préexistantes inhérentes à l'entraide judiciaire (article 1§3). Procédant à une unification du cadre juridique applicable, donc à sa rationalisation⁷²⁰, et lui appliquant les éléments caractéristiques de la reconnaissance mutuelle – judiciarisation, allègement des formalités, limitation des motifs de refus, encadrement des délais d'exécution ... -,

⁷¹⁵ E. BARBE, « L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit pénal français : de l'ombre à la lumière », *préc.*

⁷¹⁶ V. not., Déc.-cad. 2003/577/JAI du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, *JOCE* L 196, du 2 août 2003, p. 45, *AJ pén.* 2005, p. 410, comm. A. BEZIZE-AYACHE ; V. ég., J. LELIEUR, « Le dispositif juridique de l'Union européenne pour la captation des avoirs criminels », *AJ pén.* 2015, p. 232 ; Déc.-cad. 2008/978/JAI du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves, *JOUE* L 350, du 30 déc. 2008, p. 72, *RTD Com.* 2009, p. 484, A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; V. ég., J. LELIEUR, « La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ? », *RSC* 2011, p. 1. Pour un panorama complet des instruments de reconnaissance mutuelle et de leurs faiblesses en comparaison de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, V. not., A. WEYEMBERGH, « Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne », *préc.*

⁷¹⁷ Déc.-cad. 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre les Etats membres, *JOCE* L 190, du 18 juil. 2002, p. 1. V., not., *J.-Cl. Europe Traité*, « Fasc. 2730, Mandat d'arrêt européen », 2013, D. SIRITSKY ; *Répert. Dalloz International*, v° « Mandat d'arrêt européen », 2012, C. MAURO ; *J.-Cl. Pénal*, « Fasc. 20, Entraide judiciaire internationale – Mandat d'arrêt européen », 2013, M.-A. CHAPELLE, ; *Répert. Dalloz Pénal et procédure pénale*, v° « Mandat d'arrêt européen », 2013, L. RIUNY ; V. ég., D. FLORE, « Le mandat d'arrêt européen : première mise en œuvre d'un nouveau paradigme de justice pénale européenne », *JT* 2002, pp. 273-281 ; L. BENOIT, « Le mandat d'arrêt européen », *Rev. Marché Commun*, 2003, 106 ; A. CHAFAI, « Le mandat d'arrêt européen : outil de capture ou idée captivante ? *Gaz. Pal.* n°108, 17 avril 2004, p. 2 ; J. PRADEL, « Le mandat d'arrêt européen, un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit pénal français de l'extradition », *D.* 2004, chron. p. 1392 ; I. JEGOUZO, « Le mandat d'arrêt européen ou la première concrétisation de l'espace judiciaire européen », *Gaz. Pal.*, n°204, 21-22 juil. 2004, p. 2 et s., et « Le mandat d'arrêt européen, acte de naissance de l'Europe judiciaire pénale », in M.-E. CARTIER (sous la dir.), *Le mandat d'arrêt européen*, 2005, Bruylant, p. 33 et s ; M. MASSE, « La décision-cadre », in M.-E. CARTIER (sous la dir.), *Le mandat d'arrêt européen*, *op. cit.* p. 47 et s. ; S. BOT, *Le mandat d'arrêt européen*, Préf. J. GERKRATH, Ed. Larcier, Coll. « Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg », Bruxelles, 2009.

⁷¹⁸ Pour des appréciations plus mesurées, V. not., G. COHEN, « Le mandat d'arrêt européen, mirage ou faux-semblant ? », *Gaz. Pal.*, 9 avril 2002, p. 27 ; M.-E. CARTIER, « Déplacer le tabouret ou le piano. Quelques réflexions sur un nouvel instrument : le mandat d'arrêt européen », in COLLECTIF, *Apprendre à douter. Questions de droit, Questions sur le droit, Etudes offertes à C. Lombois*, PU Limoges, Limoges, 2004, p. 639 ; V. MALABAT, « Observations sur le mandat d'arrêt européen », *Dr. pén.* 2004, éd. n°17, p. 6 ; B. DE LAMY, « La confiance mutuelle comme fondement du mandat d'arrêt européen. Un peu mais pas trop ... pour l'instant », in COLLECTIF, *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 559 ; G. ROUSSEL et F.-X. ROUX-DEMARRE, « Le mandat d'arrêt européen : succès de l'Europe pénale ? », *Cahiers de la Sécurité et de la Justice*, n°38, p. 38.

⁷¹⁹ Dir. 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'enquête européenne, *JOUE* 1^e mai 2014, L 130, p. 1, *AJ pén.* 2014, p. 338, obs. T. CASSUTO ; *RPDP* 2014, n°2, p. 417, obs. B. THELLIER DE PONCHEVILLE ; *RTD eur.* 2015, n°4, p. 777, obs. P. BEAUVAIS ; *AJ pén.* 2017, p. 115, comm. F.-X. ROUX-DEMARRE ; *Cahiers de la Sécurité et de la Justice*, n°38, p. 72, comm. J. LELIEUR.

⁷²⁰ Sur l'état du droit antérieur et les conséquences du maintien d'instruments de coopération plus classique, V. not., A. WEYEMBERGH, « Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne », *préc.*, n°23 et s.

cette directive doit permettre de fluidifier et de faciliter l'exécution d'une ou de plusieurs mesures d'enquêtes spécifiques dans un autre Etat membre, l'Etat d'exécution, en vue de l'obtention des preuves nécessaires à la procédure ouverte dans l'Etat d'émission⁷²¹. Dans le champ de la coopération policière, l'application du principe dit de « disponibilité de l'information », qui s'est partiellement illustré dans la décision-cadre du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations policières⁷²² et dans les décisions du Conseil 2008/615/JAI⁷²³ et 2008/616/JAI⁷²⁴ du 23 juin 2008, intégrant les principales dispositions du traité de Prüm⁷²⁵ dans le droit de l'Union⁷²⁶, pourrait s'analyser comme un pendant de la reconnaissance mutuelle dans le cadre de la coopération policière européenne⁷²⁷.

203. L'attrait du droit de l'Union dans ce domaine se mesure aussi à l'observation de la création d'un grand nombre d'« acteurs » européens, bilatéraux ou multilatéraux, permanents ou occasionnels, destinés à faciliter la coopération policière et judiciaire que se prêtent les Etats membres. A Europol⁷²⁸ et Eurojust⁷²⁹, s'ajoutent les officiers⁷³⁰ et

⁷²¹ V. not., J. LELIEUR, « La décision d'enquête européenne, nouvel instrument d'entraide judiciaire pour la mise en état des affaires pénales », *Cahiers de la Sécurité et de la Justice*, n°38, p. 72 ; F.-X. ROUX-DEMARRE, « La décision d'enquête européenne ou l'adoption d'un instrument inédit de l'Europe pénale », *AJ pén.* 2017, p. 115.

⁷²² Déc.-cad. 2006/960/JAI du Conseil du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des États membres de l'Union européenne, *JOUE* L 386, 23 déc. 2006 ; V. not., S. DE BIOLLEY, « Coopération policière dans l'Union européenne », préc.

⁷²³ Déc. 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, *JOUE*, L 210, 6 août 2008.

⁷²⁴ Déc. 2008/616/JAI du Conseil du 23 juin 2008 concernant la mise en œuvre de la décision 2008/615/JAI relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, *JOUE*, L 210, 6 août 2008.

⁷²⁵ Traité de Prüm du 27 mai 2005 entre le Royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas et la République d'Autriche relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière.

⁷²⁶ Sur ces traité et décisions, V. not., O. CAHN, « Introduction aux coopérations policières de l'Union européenne », *Cahiers de la Sécurité et de la Justice*, n°38, p. 97, spéc. pp. 98-99 ; S. DE BIOLLEY, « Coopération policière dans l'Union européenne », préc. ; D. FLORE (avec la collab. de S. BOSLY), *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, *op. cit.*, n°842 et s., pp. 452 et s.

⁷²⁷ D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOSLY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, p. 446, n°829.

⁷²⁸ Pour des études complètes, V. not., *J.-Cl. Europe Traité*, « Fasc. 2690 : Europol », 2009, S. DE BIOLLEY ; *J.-Cl. Procédure pénale*, « Fasc. 20 : Europol », 2010, O. BEAUVALLET ; V. ég. Y. GAUTIER, « La genèse d'Europol », in M. LECLERC (sous la dir.), *La criminalité organisée*, La Documentation française, Paris, 1996, p. 244 ; G. ISAAC, « Le nouvel office européen de police (Europol) », *LPA* 7 juin 2000, n°113 ; EUROPOL, « *Anniversary publication, 10 years of Europol 1999-2009*, [En ligne], www.europol.europa.eu.

⁷²⁹ Pour des études complètes, V. not., *J.-Cl. Europe traité*, « Fasc. 2710 : Eurojust », 2008, S. DE BIOLLEY ; D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOSLY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, pp. 750 et s., n°1294 et s. ; V. ég., P. BEAUVAIS, « Les acteurs institutionnels de l'espace pénal européen », *Dr. pén.* 2010, Ét. p. 10 ; S. PETIT-LECLAIR, « Justice et sécurité en Europe : Eurojust ou la création d'un parquet européen », *Cahiers de la sécurité, Justice et sécurité*, INHESJ, La Documentation française, juin 2012, pp. 38-44 ; M. CONINSX, « Eurojust. Une réponse judiciaire, plus solide que jamais de l'Union européenne », *Cahiers de la Sécurité et de la Justice*, n°38, p. 75.

⁷³⁰ Action-commune 96/602/JAI du 14 oct.1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne concernant un cadre d'orientation commun pour les initiatives des États membres en matière d'officiers de liaison, *JOCE* L 268 du 19 oct. 1996, pp. 2-4. V. not., *Répert. Pénal et procédure pénale*, « Coopération policière internationale », 2010, V. GAUDIN et E. ROUX, 2010, n°323 et s. ; S. DE BIOLLEY, « Coopération policière dans l'Union européenne », préc., n°40 et s. ; T. HERRAN, *Essai d'une théorie générale de l'entraide policière internationale*,

magistrats de liaison⁷³¹, les équipes communes d'enquête ponctuelles⁷³² ou encore le Réseau judiciaire européen⁷³³, dont chacun sert, selon des modalités diverses, les besoins de la coopération et un meilleur fonctionnement de celle-ci.

204. Ces instruments n'ont pas été sans effets sur les droits internes, que les législateurs, notamment français, ont dû adapter soit pour les transposer, soit pour en préciser la mise en œuvre, ni sur un certain rapprochement des législations nationales applicables en matière d'entraide judiciaire mineure ou majeure⁷³⁴. L'observation des évolutions du Titre X (« De l'entraide judiciaire internationale ») du Livre IV (« De quelques procédures particulières ») du Code de procédure pénale, en particulier de certains de ses chapitres⁷³⁵, suffit à témoigner des implications de l'adoption de ces instruments sur les dispositions du CPP. L'adoption de ces instruments a contribué à la recomposition de ce Titre, tout autant qu'à un phénomène de gonflement des dispositions qu'il contient.

205. Un impact plus marginal sur les procédures pénales nationales -. En revanche, l'impact de ces instruments sur les procédures pénales nationales a été moins saillant. Comme les instruments inhérents à l'entraide judiciaire adoptés au sein du Conseil de l'Europe, ils n'ont pu avoir, au mieux, pour effet que d'imposer une évolution des dispositions internes par souci de cohérence. La loi du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale⁷³⁶ est un exemple de cet impact plus indirect. Si son ambition première a été de simplifier et de moderniser le droit en

Thèse dactyl., Université de Pau et Pays de l'Adour, 2012, n°292 ; O. CAHN, « Introduction aux coopérations policières de l'Union européenne, préc.

⁷³¹ Action-commune 96/277/JAI du 22 avr. 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant un cadre d'échange de magistrats de liaison visant à l'amélioration de la coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne, *JOCE* L 105, du 27 avr. 1996, pp. 1-2 ; V. not., E. BARBE, « Le point sur dix années d'existence des magistrats de liaison », *L'observateur de Bruxelles*, n°54, déc. 2003, p. 12 ; A. WEYEMBERGH, « Coopération judiciaire », *préc.*, n°50 ; DICOM, Le magistrat de liaison, *Les fiches de la justice*, janv. 2009.

⁷³² Pour des études complètes, V. not., A. WEYEMBERGH, « Coopération judiciaire », *préc.*, n°60 ; V. ég., « Zoom sur les équipes communes d'enquête », interview de Monsieur T. FRAGNOLI et de Madame A. KOSTOMAROFF, accessible sur www.justice.gouv.fr.

⁷³³ Pour des études complètes, V. not., A. WEYEMBERGH, « Coopération judiciaire », *préc.*, n°52 et s. ; C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, op.cit.*, p. 170 et s.

⁷³⁴ V. not., A. WEYEMBERGH, « L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union Européenne », *Arch. pol. crim.*, 2004/1, p. 37.

⁷³⁵ Ainsi de ses chapitres II (« Dispositions propres à l'entraide entre la France et les autres Etats membres de l'Union européenne »), IV (« Du mandat d'arrêt européen, des procédures de remise entre Etats membres de l'Union européenne résultant de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 et des procédures de remise résultant d'accords conclus par l'Union européenne avec d'autres Etats ») ou V (« De l'exécution des décisions de contrôle judiciaire au sein des Etats membres de l'Union européenne en application de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 23 octobre 2009 »).

⁷³⁶ L. n° 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale *JORF*, 12 juil. 2010, p. 12753. V. not., *Gaz. Pal.* 19 août 2010, p. 12, obs. A. BOLLE ; *Dr. pén.* 2011, étude 1, obs. E. CAMOUS ; *D.* 2010, p. 2305, obs. C. CUTAJAR ; V. ég. L. ASCENCI, « Les saisies et confiscations en matière pénales après la loi du 9 juillet 2010 : l'édifice inachevé », *AJ Pén.* 2015, p. 228.

vigueur – à cette fin, elle a donné un « double visage » aux perquisitions⁷³⁷ et étendu les attributions du juge des libertés et de la détention en la matière au stade de l'enquête-, elle s'est parallèlement expliquée par le fait qu'« il [était devenu] plus facile [, depuis la transposition de la décision-cadre relative à l'exécution des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve,] de saisir un bien à des fins conservatoires dans le cadre d'une procédure engagée par un autre Etat-membre qu'à la demande d'un magistrat français agissant dans le cadre d'une procédure judiciaire nationale »⁷³⁸. La loi avait plus globalement pour ambition de corriger les lacunes de la législation française qui, parfaitement identifiées⁷³⁹, constituaient, selon le rapporteur de la proposition de loi devant le Sénat, un frein à la poursuite des efforts particuliers entrepris au niveau de l'Union⁷⁴⁰ dans l'appréhension des profits illicites⁷⁴¹.

206. Ce moindre impact des instruments élaborés sous l'empire des anciens traités s'explique notamment par les ambiguïtés de la compétence de l'Union, spécifiquement en matière de rapprochement des législations pénales nationales. Si le traité d'Amsterdam a pour la première fois mentionné la possibilité d'un rapprochement des droits pénaux matériels par le biais de décisions-cadres (TUE, *anc.* article 31, e))⁷⁴², il était resté silencieux sur ce qui concerne le rapprochement des législations procédurales, ce qui posait la question de la compétence de l'Union en la matière. L'ancien article 31 c) du TUE se bornait en effet à prévoir que l'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale pouvait viser à « *assurer, dans la mesure nécessaire à l'amélioration de cette coopération, la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres* ».

Le caractère évasif de cette disposition, en comparaison avec celles inhérentes au rapprochement des législations pénales de fond avait convaincu certains Etats de l'absence de base légale suffisante aux fins d'harmonisation des droits procéduraux.

La question a été posée à différentes reprises au service juridique du Conseil, qui

⁷³⁷ G. CLEMENT et B. CLEMENT, « Le double visage des perquisitions et saisies », D. BRACH-THIEL et F. FOURMENT (sous la coord.) *Questions de droit pénal international, européen et comparé, Mélanges en l'honneur du Professeur Alain Fournier*, Institut François Génay, PUN, Ed. Universitaire de Lorraine, 2013, Nancy, p. 59.

⁷³⁸ Rapport n°328 sur la proposition de loi visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale, Enregistré à la Présidence du Sénat le 24 février 2010, par F. ZOCCHETTO, p. 20.

⁷³⁹ V. not., J.-L. WARSMANN, *44 propositions pour améliorer la lutte contre la drogue*, Rapport remis au ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, La Documentation française, Paris, 2004, spéc. pp. 23 et s.

⁷⁴⁰ Pour un panorama, V. not., M. MASSE, « L'évolution du droit en matière de gel et de confiscation », *RSC* 2006, p. 463 ; J. LELIEUR, « Le dispositif juridique de l'Union européenne pour la captation des avoirs criminels », *AJ Pén.* 2015, p. 232.

⁷⁴¹ F. ZOCCHETTO, Rapport n°328, préc., p. 20.

⁷⁴² Pour un panorama exhaustif du rapprochement des droits pénaux matériels, V. not., D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSUY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, n°242 et s., pp. 119 et s.

a relativisé cette interprétation. Il a indiqué que « si le Conseil estimait qu'il [était] nécessaire de s'occuper de certains aspects du fonctionnement des systèmes de justice pénale des Etats membres qui ne sont pas expressément mentionnés aux articles 30 à 32 du TUE, et ce, afin de faire progresser la réalisation de l'objectif plus général de l'Union consistant à offrir aux citoyens un niveau élevé de protection, il pourrait le faire »⁷⁴³ et que « pour autant que l'on reste dans le domaine de "la coopération judiciaire en matière pénale", l'interprétation à donner à l'article 31 du TUE d[evait] être large compte-tenu de l'expression 'entre autres' utilisée expressément dans la phrase introductive de l'article 31§1e »⁷⁴⁴. Si des actions en faveur d'un rapprochement n'étaient donc pas exclues, elles étaient limitées à certains aspects particuliers, tels que les droits des victimes d'infractions avec la décision-cadre du 15 mars 2001⁷⁴⁵, précédemment envisagée. Le traité de Lisbonne a clarifié les compétences de l'Union en la matière, permettant ainsi qu'elle s'affirme, au côté du droit élaboré dans l'enceinte du Conseil de l'Europe, comme une source des procédures strictement nationales.

β) Les clarifications apportées par le traité de Lisbonne

207. La précision de la compétence de l'Union en matière de procédure pénale -. Indépendamment des précisions qu'il a apporté à propos des compétences de l'Union sur le plan de la coopération judiciaire (TFUE, articles 82 et s.) – et incluant, notamment, le développement de la reconnaissance mutuelle, la prévention des conflits de compétence, le soutien à la formation des magistrats (TFUE, article 82§2), le développement des tâches d'Eurojust (TFUE, article 85) - et policière (TFUE, article 87), le traité de Lisbonne a surtout explicitement donné à l'Union une compétence en matière de procédure pénale. Aux termes de l'article 82§2, « [d]ans la mesure où cela est nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire dans les matières pénales ayant une dimension transfrontière, le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales » portant, en particulier, sur « l'admissibilité mutuelle des preuves », « les droits des personnes dans la procédure pénale » et les « les droits des victimes de la criminalité ».

208. La portée de ce rapprochement -. La portée de ce rapprochement des législations procédurales, au cœur de la question de l'impact des directives sur les droits

⁷⁴³ Service juridique du Conseil, Avis du 14 juil. 2000, Doc. 10341/00 JUR 241 COPEN 52.

⁷⁴⁴ Service juridique du Conseil, Avis du Conseil du 30 sept. 2004, Doc. 12902/04 JUR 399 COPEN 117.

⁷⁴⁵ Déc.-cad. 2001/220/JAI du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, JOUE L 82, du 22 mars 2001, p. 1.

nationaux, a donné lieu à des interrogations compte tenu de la finalité de ces règles minimales. Celles-ci sont en effet envisagées aux fins de faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et des décisions judiciaires ainsi que la coopération judiciaire et policière, ce qui pouvait interroger l'obligation, ressortant des directives adoptées, d'adapter en conséquence les législations internes applicables dans un contexte strictement national. En d'autres termes, une première conception, qui repose sur la finalité de ce rapprochement, aurait été de dire que ces règles minimales étaient limitées aux procédures présentant une dimension transnationale et donc susceptibles de conduire à l'application de la reconnaissance mutuelle. Par-delà l'incohérence qui aurait pu résulter de cette conception – puisque, en définitive, des règles partiellement différentes auraient pu être appliquées en fonction de la dimension transnationale ou non de la procédure en cours –, un auteur avait expliqué que si l'idée qui était effectivement au fondement de ce rapprochement était bien de renforcer la confiance mutuelle que s'accordent les Etats membres, parce que celle-ci facilite l'application de la reconnaissance mutuelle, une autre conception devait s'imposer. En effet, le rapprochement promu par toute autre acception concernerait « une phase purement instrumentale de la procédure, tandis que la confiance nécessaire concerne les phases substantielles de la procédure, en amont et en aval de la reconnaissance mutuelle, c'est-à-dire celle de l'enquête pénale elle-même, du jugement et de l'exécution des peines »⁷⁴⁶. Ceci revenait à promouvoir une autre vision de ce rapprochement voulant que, même limité à l'objectif de favoriser la reconnaissance mutuelle, le rapprochement des droits procéduraux, s'il veut jouer son plein effet, concerne les procédures nationales dans leur ensemble et donc englobe les procédures purement nationales.

Ces discussions sont devenues assez théoriques, du moins pour ce qui concerne le droit français. Suivant les termes généraux des directives adoptées, en particulier de celles qui s'inscrivent dans le sillon de la feuille de route du Conseil du 30 novembre 2009 visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales⁷⁴⁷ – elles s'appliquent « *aux suspects ou aux personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales dès le moment où ils sont informés par les autorités compétentes d'un Etat [...] qu'ils sont soupçonnés ou poursuivies pour avoir commis une infraction pénale [et] jusqu'au terme de la procédure* »⁷⁴⁸ –, le législateur français a adapté les dispositions

⁷⁴⁶ D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSJY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, n°620 et s., pp. 343 et s.

⁷⁴⁷ Résolution du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* C295, du 4 déc. 2009, p. 1.

⁷⁴⁸ Dir. 2013/48/UE, préc., article 2§1. Les directives relatives aux droits à l'assistance et à l'interprétation, à l'assistance d'un avocat ou portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales contiennent une autre formulation qui n'est pas, en substance, différente. Les premières s'appliquent « *aux personnes dès le moment où elles sont informées par les autorités compétentes*

du Code de procédure pénale indépendamment de la dimension transnationale de la procédure en cours.

Il est incontestable que le droit de l'Union s'affirme ainsi comme une source de la procédure pénale française, indépendamment du contexte particulier de l'entraide judiciaire. Il est néanmoins tout aussi certain que l'influence de ce droit reste circonscrite dans son champ eu égard à la délimitation de la compétence européenne en la matière.

b) La délimitation actuelle de son domaine d'intervention

209. La délimitation des domaines énumérés par l'article 82 du TFUE -.

Conformément au principe d'attribution, l'Union ne peut agir que « *dans les limites des compétences que les Etats membres lui ont attribuées dans les traités en vue d'atteindre les objectifs qu'[ils] établissent* » (TUE, article 5§2). Elle ne peut donc agir à défaut de base légale, toute compétence non attribuée restant corrélativement du ressort des seuls Etats membres. Or, l'article 82§2 du TFUE, s'il octroie effectivement à l'Union une compétence en matière pénale, détermine les aspects sur lesquels elle peut intervenir. Certes, les éléments envisagés le sont en des termes relativement généraux - « *l'admissibilité mutuelle des preuves* », « *les droits des personnes dans la procédure pénale* » et les « *les droits des victimes de la criminalité* » - de sorte que la sphère de son influence ne paraît pas particulièrement étroite en dépit de cette délimitation. Il n'en reste pas moins vrai que sa compétence ne s'étend pas à tous les aspects des procédures pénales nationales mais à certains seulement.

210. L'encadrement de l'extension de son domaine de compétence en matière de procédure pénale -.

Le constituant européen a ménagé la possibilité d'une extension de cette compétence à d'« *autres éléments spécifiques de la procédure pénale* » en fonction de besoins de la reconnaissance mutuelle et, plus largement, de la coopération en matière pénale. Il a néanmoins encadré cette possibilité puisqu'il ne pourra s'agir que d'aspects de la procédure pénale préalablement identifiés par le Conseil par une décision adoptée à l'unanimité et après approbation du Parlement européen. L'unanimité requise

d'un Etat membre, par notification officielle ou par tout autre moyen, qu'elles sont suspectées ou poursuivies pour avoir commis une infraction, jusqu'au terme de la procédure, qui s'entend comme la détermination définitive de la question de savoir si elles ont commis l'infraction, y compris, le cas échéant, la condamnation et la décision rendue sur tout appel » (Dir. 2010/64/UE, article 2§2 ; Dir. 2012/13/UE, article 2§1). La dernière s'applique « *aux personnes physiques qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales. Elle s'applique à tous les stades de la procédure pénale, à partir du moment où une personne est soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale ou une infraction pénale alléguée, ou est poursuivie à ce titre, jusqu'à ce que la décision finale visant à déterminer si cette personne a commis l'infraction pénale concernée soit devenue définitive* ».

circonscrit nécessairement cette possibilité, le consensus des Etats membres n'étant jamais aisé à obtenir.

A cette délimitation des compétences de l'Union en la matière s'ajoutent des principes qui, régulant généralement l'exercice de sa compétence par l'Union, tempèrent l'emprise que le droit élaboré en son sein pourrait avoir sur les systèmes nationaux.

2) L'emprise régulée du droit de l'Union

211. La normalisation qu'a opérée le traité de Lisbonne en supprimant la traditionnelle structure en piliers insuffle le sentiment d'une efficacité renforcée du droit élaboré en son sein. Du moins, n'est-il plus aussi étroitement soumis aux volontés des Etats dans la plupart des aspects relevant du champ pénal. Pour autant, s'il faut certainement voir dans cette normalisation le signe d'une plus grande effectivité du droit de l'Union (a), l'influence que ce droit peut effectivement avoir sur les droits nationaux doit aussi être envisagée à l'aune des principes qui régulent l'exercice de sa compétence par l'Union (b).

a) L'effectivité renforcée du droit de l'Union

212. Deux aspects de la normalisation à laquelle a procédé le traité de Lisbonne, qui concourent à l'effectivité plus certaine du droit pénal de l'Union, seront rappelés. Il concerne, pour l'un, des aspects institutionnels (α), pour l'autre, des aspects normatifs (β).

α) La normalisation institutionnelle

213. Par-delà la question de la délimitation des compétences de l'Union en matière de procédure pénale, il était délicat de voir dans ce droit la source d'une évolution non consentie par les Etats membres, compte tenu du cadre institutionnel du troisième pilier. L'intervention de l'Union européenne dans le champ pénal s'est en effet développée dans un cadre particulier, sans commune mesure avec le cadre communautarisé, car révélateur d'un compromis entre les logiques intergouvernementale et communautaire. Certains auteurs ont évoqué « un degré

médian » entre ces deux logiques⁷⁴⁹, une « intergouvernementalité améliorée »⁷⁵⁰ ou encore un cadre « *sui generis* »⁷⁵¹, qui fut la condition *sine qua non* de son acceptation et de son développement⁷⁵². Il serait évidemment hors de propos de rappeler, dans leur détail, les faiblesses du cadre institutionnel dans lequel s'est développée l'intervention européenne dans le champ pénal une décennie après l'adoption du traité de Lisbonne, d'autant que celles-ci ont fait l'objet de communications nombreuses visant parfois à mettre en lumière les apports du traité précité et les perspectives nouvelles qu'il a ouvert⁷⁵³. Aussi, ne seront-elles que brièvement rappelées.

214. Les faiblesses institutionnelles du « troisième pilier » -. L'intervention européenne dans le champ pénal s'est développée dans un cadre qui s'est illustré par la place ménagée aux Etats membres de l'organisation et, corrélativement, par le rôle plus limité des institutions européennes en comparaison de celui qui était le leur dans le pilier communautaire. La Commission n'avait pas reçu du traité de Maastricht le pouvoir d'initier des propositions lesquelles demeuraient, donc, exclusivement dépendantes de la volonté des Etats membres réunis au sein du Conseil. Le traité d'Amsterdam lui a reconnu un droit d'initiative, néanmoins partagé avec les membres qui n'étaient donc pas dépendants de la programmation législative de la Commission⁷⁵⁴. Le rôle de la Cour de Justice avait également été conçu de façon plus limitée. Certes, elle était compétente pour statuer à titre préjudiciel, et le cas échéant selon une procédure urgente⁷⁵⁵, sur

⁷⁴⁹ J.-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », Paris, 2012, p. 31.

⁷⁵⁰ C. ELSÉN, « De Maastricht à Lisbonne (1993-2008) », in C. KADDOUS et M. DONY (sous le dir.), *D'Amsterdam à Lisbonne, Dix ans d'Espace de liberté, de sécurité et de justice*, Ed. Helbing Lichtenhahn, Bruylant et LGDJ, Coll. « Dossiers de droit européen », 2010, p. 141, spéc. p. 142.

⁷⁵¹ *Ibid.*

⁷⁵² *Ibid.*

⁷⁵³ V. not., G. DE KERCHOVE, « L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (sous la dir.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Ed. Université de Bruxelles, Coll. « I.E.E. », Bruxelles, 2000, pp. 4 et s. ; G. DE KERCHOVE, « Améliorations institutionnelles à apporter au titre VI du traité sur l'Union européenne afin d'accroître l'efficacité et la légitimité de l'action de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité intérieure », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (sous la dir.), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, Ed. Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pp. 19 et s. ; H. LABAYLE, « Instruments et procédures de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (sous la dir.), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, *op. cit.*, p. 41 ; H. LABAYLE, « Heurs et malheurs de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne : contribution aux propositions de sa réforme », in P. CONTE, M. BADEL, S. BANAKAS et A. BERNARD (sous la coord.), *Etudes à la mémoire de Christian Lamyade-Deschamp*, Presses universitaires de Bordeaux, Coll. « Bordeaux IV », 2003, p. 571 ; M. DONY, « Un nouveau cadre normatif », in C. KADDOUS et M. DONY (sous le dir.), *D'Amsterdam à Lisbonne, Dix ans d'Espace de liberté, de sécurité et de justice*, *op. cit.*, p. 29-59. ; A. WEYEMBERGH, « La justice : Bilan et perspectives en matière pénale », C. KADDOUS et M. DONY (sous le dir.), *D'Amsterdam à Lisbonne, Dix ans d'Espace de liberté, de sécurité et de justice*, *op. cit.*, p. 113 ; A. WEYEMBERGH, « Le cadre général de la coopération pénale au sein de l'Union européenne », in COLLECTIF, *La place de l'avocat pénal dans le procès. Un nouveau défi européen*, Ed. Anthemis, Limal, 2011, p. 15, spéc. p. 17 et s.

⁷⁵⁴ D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSJY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, *op. cit.*, p. 37, n°49 et p. 77, n°151.

⁷⁵⁵ Décision du Conseil du 20 déc. 2007 amendant le protocole sur le statut de la Cour de justice et Amendements au règlement de la Cour de justice, *J.O.U.E.* L 24, du 29 janv. 2008, respect., p. 42 et 39. V. not., E. BARBE, « Recherche recours préjudiciel désespérément », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (sous la dir.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Ed. Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005, p. 152 ; A. LAZOWSKI, « Towards the reform of the

l'interprétation des instruments adoptés, pour autant que l'Etat ait accepté sa compétence (TUE, *anc.* article 35)⁷⁵⁶. En revanche, elle n'était pas compétente pour statuer sur les manquements de ces derniers dans la mise en œuvre des instruments européens. Or, si une procédure d'évaluation du respect de leurs engagements par les Etats avait certes été organisée, celle-ci s'avérait, dans les faits, insuffisante pour garantir l'application ou la parfaite transposition des instruments adoptés⁷⁵⁷. Plusieurs rapports de la Commission ont précisément fait état de l'absence de transposition, de transpositions tardives ou infidèles⁷⁵⁸.

215. Surtout, le processus décisionnel ne pouvait être comparé avec celui du pilier communautaire. Si l'intervention du Parlement européen, d'abord symbolique (TUE, *anc.* article K6), avait été renforcée par le traité d'Amsterdam⁷⁵⁹, elle n'avait rien de semblable avec la procédure ordinaire, qui impliquait une décision conjointe du Parlement européen et du Conseil. Aussi, la procédure particulière du troisième pilier laissait-elle davantage de latitudes aux Etats membres. En outre, à la différence de la procédure de codécision, la procédure législative se caractérisait par l'impératif de l'adoption de l'instrument à l'unanimité par les membres du Conseil. Dans ces conditions, les instruments adoptés ne pouvaient, au mieux, représenter que du plus petit dénominateur commun ; toute avancée trop ambitieuse était vouée à l'échec en raison du droit de *veto* dont disposait ainsi chaque Etat membre. En témoignent le contenu de la décision-cadre relative au droit des victimes du 15 mars 2001 précitée, dont les dispositions s'apparentaient finalement à un « catalogue de bonnes intentions »⁷⁶⁰ renvoyant très largement aux législations nationales. Atteste aussi des répercussions de ce processus décisionnel paralysant, l'échec de la proposition de décision-cadre relative aux garanties procédurales des personnes concernées par une procédure pénale, dont l'idée avait pris naissance dans les Conclusions du Conseil européen de Tampere (concl. 33) avant d'être abordée dans le programme de mesures sur la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle en matière pénale⁷⁶¹ et de donner

preliminary ruling procedure in JHA area », in S. BRAUM et A. WEYEMBERGH (sous la dir), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Ed. Université de Bruxelles, Bruxelles, 2009, p. 211.

⁷⁵⁶ V. not., D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op. cit.*, n°226 et s., pp. 108 et s.

⁷⁵⁷ V. not., A. WEYEMBERGH, « La justice : Bilan et perspectives en matière pénale », préc., p. 126 ; C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, op. cit.* spéc. p. 137.

⁷⁵⁸ Ces rapports sont disponibles sur le site du Réseau Judiciaire Européen.

⁷⁵⁹ V. not. G. DE KERCHOVE, « L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere », préc.; M. DONY, « Un nouveau cadre normatif », préc.).

⁷⁶⁰ D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, p. 345, n°626 ; V. ég., A. WEYEMBERGH, « L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union Européenne », préc.

⁷⁶¹ Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, JOCE C 12, 15 janv. 2001 (Celle-ci rappelait que « l'étendue de la reconnaissance mutuelle dépend étroitement de l'existence et du contenu de certains paramètres qui conditionnent [son] efficacité » parmi lesquels « les mécanismes

lieu à un Livre vert relatif visant à déterminer un ensemble de normes minimales communes en la matière⁷⁶². La proposition de décision-cadre présentée par la Commission en 2004⁷⁶³ s'est heurtée à l'hostilité de certains Etats membres⁷⁶⁴, opposant des arguments tenant à l'articulation des dispositions de la décision-cadre avec les exigences de la Convention européenne, au risque de divergences entre celles-ci et d'un affaiblissement de la marge d'appréciation dont ils disposent au titre de la Convention européenne était également souligné⁷⁶⁵. Malgré les relances de ce projet, il fut finalement abandonné en 2007 faute de consensus au sein Conseil⁷⁶⁶.

216. Les améliorations institutionnelles apportées par le traité de Lisbonne

-. Le traité de Lisbonne a opéré, du point de vue institutionnel, une réelle normalisation. Les institutions européennes se voient en effet reconnaître des rôles équivalents à ceux qu'elles avaient autrefois dans le cadre du droit commun sur les aspects relevant de l'ancien troisième pilier. La Commission récupère une partie de son pouvoir d'initiative qu'elle n'a plus à partager avec chacun des Etats membres mais avec un groupe d'Etats représentant un quart des Etats membres. La procédure s'en trouve améliorée tandis que la législation européenne acquiert une certaine hauteur de vue⁷⁶⁷. La compétence de la Cour de Justice n'est plus circonscrite à la matière préjudicielle, ce qui constitue une conséquence directe de la suppression des piliers. Si l'article 276 du TFUE lui ôte certes toute compétence « *pour vérifier la validité et la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services de répressifs dans un Etat membre [et] pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde*

de protection des droits [...] des personnes soupçonnées » (paramètre 3) et « la définition de normes minimales communes nécessaires pour faciliter l'application [de ce] principe » (paramètre 4)).

⁷⁶² COMMISSION EUROPEENNE, Livre vert « Garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne », COM(2003)075.

⁷⁶³ COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne, Bruxelles, le 28 avr. 2004, COM(2004) 328 final, 2004/0113 (Celle-ci visait à « définir des normes minimales communes concernant certains droits procéduraux à accorder dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne », en vue de forcer leur application systématique. Elle envisageait : le droit à l'assistance d'un avocat, avant comme pendant le procès (articles 2, 3, 4 et 5) ; l'accès gratuit à l'assistance d'un interprète et d'un traducteur pour les documents utiles (articles 6, 7, 8, 9) ; la garantie pour les personnes incapables de comprendre ou de suivre la procédure en raison de leur âge, de leur état mental, physique ou émotionnel, de bénéficier d'une attention appropriée (articles 10 et 11) ; la communication de la personne détenue avec ses proches, son employeur ou, le cas échéant, les autorités consulaires (articles 12 et 13) ; l'information des suspects au sujet de leur droit par une déclaration écrite des droits (article 14)).

⁷⁶⁴ V. not., D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSYS), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, n°696, pp. 372 et s.

⁷⁶⁵ *Ibid.* ; V. ég., C. MORGAN, « Proposal for a Framework Decision on procedural safeguards for suspects and defendants in criminal proceedings throughout the European Union », *ERA-Forum*, vol. 4, 2003, p. 95 ; H. LABAYLE, « Les garanties procédurales dans l'espace de liberté, sécurité et justice : histoire d'un blocage », in M. PEDRAZZI, I. VIARENGO et A. LANG (sous la dir.), *Individuals guarantees in the European judicial area in criminal matters / Garanties individuelles dans l'espace judiciaire européen en matière pénale*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 153.

⁷⁶⁶ H. LABAYLE, « Les garanties procédurales dans l'espace de liberté, sécurité et justice : histoire d'un blocage », préc.

⁷⁶⁷ C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, op. cit.* spéc. p. 45.

de la sécurité intérieure », les recours en manquement et en indemnité, jusqu'alors exclus dans ce champ, sont désormais ouverts⁷⁶⁸. Ceci doit contribuer à la transposition effective et fidèle des instruments adoptés. L'effet persuasif s'est, d'ailleurs, déjà fait sentir en France. En ce sens, l'étude d'impact jointe au projet de loi portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales a précisé que ce projet « vise à réaliser les adaptations législatives liées à la mise en œuvre de la directive [susmentionnée] qui doit être transposée au plus tard le 2 juin 2014. Cette obligation de transposition s'impose à tous les Etats membres de l'Union européenne »⁷⁶⁹. Et, l'étude d'impact rappelle que « [l]a Commission européenne peut saisir la Cour de justice de l'Union [...] pour défaut de transposition ou pour transposition incorrecte à l'expiration du délai de transposition des directives, contrairement au régime qui demeure applicable aux décisions-cadres, pour lesquelles le délai court jusqu'au 1er décembre 2014 »⁷⁷⁰. Aussi était-il « impératif de respecter les délais de transposition des directives pour lesquelles la France est susceptible d'être condamnée à d'importantes pénalités financières en cas de retard de transposition »⁷⁷¹.

217. Enfin, la procédure législative ordinaire devient la règle pour les aspects relevant de la matière pénale, excepté dans certains domaines particuliers, telles que la détermination des conditions et des limites dans lesquelles les autorités judiciaires et policières d'un Etat membre peuvent intervenir sur le territoire d'un autre Etat (TFUE, article 89). Il s'ensuit que le Parlement européen est généralement érigé en colégislateur en matière pénale, ce qui doit écarter la critique récurrente d'un déficit démocratique de l'Union européenne⁷⁷² et contribuer à l'équilibre des instruments adoptés, celui-ci étant souvent plus soucieux de la sauvegarde des libertés individuelles que le Conseil, comme l'illustreraient les discussions relatives à la directive dite « PNR »⁷⁷³. Il s'ensuit

⁷⁶⁸ V. not., D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, op. cit., pp. 105 et s., n°220 et s. ; R. BIEBER et F. MAIANI, *Précis de droit européen*, 2^e éd., Stämpfli Editions SA Berne, PdS, 2011, pp. 118 et s.

⁷⁶⁹ Etude d'impact, Projet de loi portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, 20 janvier 2014, NOR : JUSX1330493L/Bleue-1, p. 4.

⁷⁷⁰ *Ibid.*

⁷⁷¹ *Ibid.*

⁷⁷² C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, op. cit. spéc. p. 45.

⁷⁷³ Sur ce point, V. not., S. PEYROU, « Le rejet de la proposition de directive « PNR » par la Commission des libertés civiles du Parlement européen : l'impossible alchimie entre lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », 5 mai 2013, accessible à l'adresse www.gdr-elsj.eu ; V. ég., L. IDOT, « Le débat sur la proposition de directive PNR relancé », *Europe*, 2015, n°3, p.3 ; S. PEYROU, « Le PNR européen à la croisée des chemins : protection des données et lutte contre le terrorisme », 25 janv. 2015, accessible à l'adresse : www.gdr-elsj.eu ; S. PEYROU, « Lutte contre le terrorisme : Oui à un PNR européen ! », *Le Monde*, 13 mars 2015 ; A. ROBERT, « Le Parlement européen négocie son engagement sur le PNR européen », *Euractiv*, 11 fév. 2015, accessible à l'adresse : www.euractiv.fr.

surtout que le vote majoritaire devient la règle au sein du Conseil - à l'exclusion des aspects particuliers pour lesquels une procédure spéciale est maintenue - ce qui a pour conséquence d'obliger les Etats membres à « aborder la négociation dans un autre esprit » en cherchant des alliances et en acceptant certains compromis⁷⁷⁴. En effet, il en résulte qu'aucun Etat ne dispose dorénavant d'un réel droit de *veto* et *in fine* que chacun d'eux peut se voir imposer un texte auquel il n'a pas véritablement consenti. Là se loge sans doute la véritable évolution du droit de l'Union⁷⁷⁵. Dans les faits, la recherche d'un consensus semble néanmoins nettement prévaloir⁷⁷⁶. La normalisation opérée par le traité de Lisbonne a également un impact d'ordre normatif qui devrait contribuer à l'application plus effective des instruments adoptés.

β) *La normalisation normative*

218. Le propos ne peut être, là encore, d'envisager dans leurs détails les faiblesses d'ordre normatif que présentait le cadre de l'ancien troisième pilier mais de les souligner brièvement pour mettre en lumière les apports du traité de Lisbonne sur ce point et les conséquences qui en résultent en termes d'effectivité de la mise en œuvre des instruments adoptés en son sein.

219. Les faiblesses normatives de l'ancien troisième pilier -. Le cadre normatif de l'ancien troisième pilier préfigurait en effet d'un impact plus relatif du droit élaboré dans cette enceinte sur les ordres juridiques nationaux. A cet égard, relevons que les conventions, qui étaient d'usage avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, ne pouvaient initialement entrer en vigueur qu'après que les Etats membres avaient mis en œuvre les procédures requises, selon leurs propres règles constitutionnelles, et sans que n'existe une obligation juridique de procéder à la ratification de l'instrument⁷⁷⁷. Cette modalité, qui s'expliquait par le souci de construire un cadre juridique commun dont l'ensemble des Etats avaient approuvé le contenu, avait cependant pour effet de retarder ou d'hypothéquer l'entrée en vigueur des conventions élaborées⁷⁷⁸. Pour faciliter leur mise en œuvre, le traité d'Amsterdam a modifié les règles en vigueur,

⁷⁷⁴ E. BARBE, « L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit pénal français : de l'ombre à la lumière », *préc.*

⁷⁷⁵ V. not., M. TOUILLIER, « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale : entre "petite" et "grande" révolutions », *préc.*

⁷⁷⁶ E. BARBE, « L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit pénal français : de l'ombre à la lumière », *préc.*

⁷⁷⁷ D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSAY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, n°935, p. 523.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, n°200, p. 98 ; V. ég., G. DE KERCHOVE, « Améliorations institutionnelles à apporter au titre VI du traité sur l'Union européenne afin d'accroître l'efficacité et la légitimité de l'action de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité intérieure », *préc.* ; H. LABAYLE, « Instruments et procédures de l'ESLJ, quelques réflexions critiques », *Europe*, janv. 2003, *chron.* 1, p. 5 ; M. DONY, « Un nouveau cadre normatif », *préc.*

précisant que « [s]auf dispositions contraires y figurant », les conventions dont le Conseil recommande l'adoption par les Etats membres, « une fois qu'elles ont été adoptées par la moitié au moins des Etats membres, entrent en vigueur dans [ceux] qui les ont adoptées » (TUE, anc. article K6, §2, d)). Le risque corrélatif était cependant de favoriser la mise en œuvre d'un cadre à géométrie variable, complexifiant la tâche des praticiens, comme l'illustrerait la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union⁷⁷⁹. Le traité d'Amsterdam a surtout créé la décision-cadre qui, sorte de « directive du troisième pilier »⁷⁸⁰ pour ce qu'elles liaient les Etats quant au résultat à atteindre tout en les laissant libres des moyens pour y parvenir (TUE, anc. article K6, §2, b)), est devenu l'instrument privilégié aux fins du rapprochement des droits nationaux, en matière de droit pénal de fond ou en vue de la mise en œuvre de solutions nouvelles dans le cadre de l'entraide judiciaire. Indépendamment des contraintes du processus décisionnel, et de ses impacts sur le contenu de l'instrument voire son adoption, la décision-cadre était dénuée d'effet direct, lequel constitue classiquement une garantie supplémentaire de la mise en œuvre de l'instrument et donc de son impact sur les droits internes par l'intermédiaire du juge⁷⁸¹.

220. Sur ce point aussi, le traité de Lisbonne a rebattu les cartes, la disparition de la structure en piliers ayant pour effet de rendre applicables, aux matières relevant de l'ancien troisième pilier, les instruments de l'ancien pilier communautaire⁷⁸². Outre le règlement, dont le recours ne s'imposera que pour certaines réalisations particulières telles que la création du Parquet européen⁷⁸³, cette normalisation a surtout pour effet d'imposer le recours à la directive qui, laissant certes aux Etats le choix des moyens mis en œuvre (TFUE, article 288) - ce qui dépend néanmoins de la formulation de

⁷⁷⁹ V., L'état des ratifications de la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, disponible sur le site du Réseau Judiciaire européen en matière pénale (www.ejn-crimjust.europa.eu).

⁷⁸⁰ D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, n°205, p. 101.

⁷⁸¹ *Ibid.*, n°202, p. 99 ; C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, op.cit.*, p. 136 et s. La Cour de justice a néanmoins tempéré l'absence d'effet direct des décisions-cadres en étendant à celles-ci l'obligation d'interprétation conforme, précisant que « le caractère contraignant des décisions-cadres [...] entraîne dans le chef des autorités nationales, et en particulier, des juridictions nationales, une obligation d'interprétation conforme du droit national » et que, par conséquent, « en appliquant [ce droit], la juridiction de renvoi appelée à [l']interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la décision-cadre afin d'atteindre le résultat visé par celle-ci » (CJCE, 16 juin 2005, aff. C-105/03, Rec. 2005, p. I-5285, *Procédure pénale c. Maria Pupino*, AJDA 2005, p. 2335 obs. E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT ; JCP éd. A, chron. p. 1435, O. DUBOS ; *Europe*, 2005, p. 10, note F. KAUFF-GAZIN ; *AJ Pén.* 2005, p. 452, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *Ren. Aff.eur.*, 2005, p. 479, note L. RIUNY ; *Rev. dr. UE*, 2005, p. 650, note T. UYEN DO ; *RTDH*, 2007, p. 269, comm. A. WEYEMBERGH, P. DE HERT ET P. PAEPE).

⁷⁸² V. not., M. DONY, « Un nouveau cadre normatif », préc.

⁷⁸³ C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, op.cit.*, p. 142 ; D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, n°196, p. 96.

l'instrument, c'est-à-dire de son degré de précision⁷⁸⁴ -, bénéficie d'un effet direct qui doit contribuer à la mise en œuvre des obligations en ressortant. A l'issue du délai de transposition, et pour autant que les dispositions de la directive soient claires, précises et inconditionnelles, celles-ci peuvent être directement invoquées devant le juge interne qui devra, le cas échéant, les faire prévaloir sur les dispositions internes⁷⁸⁵. Celui-ci a d'ailleurs déjà été invoqué devant la chambre criminelle à propos des dispositions transposant la directive relative au droit à l'information au stade de l'enquête. La Haute juridiction qui s'est, dans un premier temps, refusée à trancher la question de la fidélité de la transposition de l'instrument européen en droit interne, considération faite du délai de transposition⁷⁸⁶, s'est finalement prononcée sur cette question dans un arrêt du 4 octobre 2016⁷⁸⁷, reconnaissant la compatibilité des dispositions du CPP avec les obligations européennes.

Si l'évolution du cadre institutionnel et normatif du droit de l'Union inspire le sentiment d'une effectivité renforcée, laissant présager d'un impact plus certain sur les droits internes, la capacité de celle-ci à influencer fortement sur la formation des législations nationales doit néanmoins être envisagée sous l'angle des principes qui régulent l'exercice de sa compétence.

b) La régulation de l'exercice de sa compétence par l'Union

221. Le fait que l'Union dispose désormais d'une compétence en matière de procédure pénale et de moyens plus opérants pour influencer sur les droits nationaux n'implique toutefois pas qu'elle dispose d'un blanc-seing en la matière. Au contraire, par-delà la délimitation de sa compétence - conformément au principe d'attribution -, et d'un certain affaiblissement de l'ambition du législateur européen perceptible dans les dernières directives adoptées⁷⁸⁸, l'exercice de celle-ci est, comme dans tous les

⁷⁸⁴ C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, op.cit.*, p. 141.

⁷⁸⁵ *Ibid.*

⁷⁸⁶ Cass. crim. 26 juin 2013, n° 13-81.491, *Dalloz actualité*, 2 oct. 2013, obs. S. FUCINI ; *RSC* 2013 p. 591, obs. J. DANET ; *RTD eur.* 2014. 470, obs. B. THELLIER DE PONCHEVILLE ; Cass. crim., 9 avril 2015, *Bull. crim.* n°76, *Dalloz actualité*, 5 mai 2015, obs. S. FUCINI ; *AJ pén.* 2015, p. 382, obs. D. BRACH-THIEL ; Cass. crim., 9 avril 2015, n°14-87661 (inédit) ; Cass. crim., 16 janv. 2016, n°15-81039 (inédit).

⁷⁸⁷ Cass. crim., 4 oct. 2016, n°16-82.309, *à paraître au Bulletin*, préc., *Dalloz actualité*, 13 oct. 2016, obs. S. FUCINI ; *AJ Pén.* 2017, p. 42, obs. S. LAVRIC ; *D.* 2017, chron. p. 245, note G. GUEHO.

⁷⁸⁸ A ce propos, V. not., T. CASSUTO, « Dernières directives relatives aux droits procéduraux », *AJ pén.* 2016, p. 314 (Si l'auteur reconnaît « qu'à l'heure de la remise en cause des institutions européennes par certains, ces instruments démontrent la capacité de l'Union européenne d'œuvrer en faveur des citoyens », il les analyse néanmoins avec une certaine circonspection. Il fait en particulier observer que « la directive Enfants, dont le délai de transposition est fixé à trois ans après son entrée en vigueur, [révèle] une dilution prononcée des principes énoncés dans le projet initial présenté en novembre 2013 ». Ceci s'explique probablement, selon l'auteur, « par une certaine lassitude du Conseil

domaines où cette compétence est partagée, régulé par des principes généraux – les principes de subsidiarité et de proportionnalité – et par le principe du respect des identités nationales, qui trouve une expression particulière en matière pénale. Ces principes qui ont joué leur rôle lors de l'élaboration des premières directives européennes en ce domaine ont circonscrit l'impact que pouvaient avoir ces instruments en droit interne. S'il nous faut rappeler la régulation de l'exercice de sa compétence par l'Union résultant des principes de subsidiarité et de proportionnalité (α), celle qui ressort du principe du respect des identités nationales doit également être envisagée (β).

α) Par les principes de subsidiarité et de proportionnalité

222. Dans les domaines où la compétence est partagée entre l'échelon européen et l'échelon national, « l'Union et les Etats membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiques contraignants », l'article 2§2 du TFUE précisant cependant que les Etats ne peuvent exercer leur compétence que dans la mesure où l'Union s'abstient ou cesse d'exercer celle qui lui est reconnue. Aussi, il est indispensable que l'utilisation de cette compétence soit encadrée par des principes directeurs, au premier rang desquels les principes « fondateurs »⁷⁸⁹ de subsidiarité et le principe de proportionnalité.

223. Le principe de subsidiarité -. Le premier de ces principes « subordonne l'intervention de l'Union à sa nécessité »⁷⁹⁰. En effet, aux termes de l'article 5§3 du TFUE, en vertu de ce principe, dans les domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de l'Union, à l'image de la coopération judiciaire et policière en matière pénale, celle-ci ne peut intervenir que « si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les Etats membres, tant au niveau central qu'au niveau régional ou local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée au niveau de l'Union ». Aussi, induit-il une compétence prioritaire des législateurs nationaux dans ces domaines, exprimant alors l'idée suivant laquelle la décision devrait toujours « être prise le plus près possible des citoyens » (TUE, article 1§2)⁷⁹¹.

face au flot d'instruments déjà négociés avec le Parlement européen dans le domaine des droits procéduraux et l'inquiétude corrélative des États membres de voir leurs budgets nationaux plus ou moins fortement impactés par les ambitions de la Commission et du Parlement européens »).

⁷⁸⁹ D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSJY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, n°66, p. 43.

⁷⁹⁰ C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, op.cit.*, n°66, p. 82.

⁷⁹¹ Sur ce principe et l'intervention de l'Union en matière de procédure pénale, V. not., EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, « Manifesto on European Criminal Procedure Law », *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2013, pp. 430 et s., spéc. p. 433 ; J. LEBLOIS-HAPPE, « Manifeste pour une procédure pénale européenne », *Revue du Grasco*, Focus, mai 2014, p. 3.

224. Dans les faits, ce principe subordonne l'intervention de l'Union européenne à la démonstration de la nécessité d'une action à cet échelon. Les obligations mises à la charge des institutions en découlant sont précisées par le protocole (n°2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité⁷⁹² et le contrôle de leur respect confié aux parlements nationaux (article 6) et, le cas échéant, à la Cour de justice (article 8)⁷⁹³. Concrètement, les parlements des Etats membres peuvent faire part de leur avis sur la conformité des projets d'actes législatifs présentés par la Commission avec le principe de subsidiarité⁷⁹⁴, ce qui peut conduire à un réexamen obligatoire de la proposition lorsque le nombre d'avis atteint le seuil fixé par le protocole (article 7§2)⁷⁹⁵. Ce seuil d'avis motivés requis pour déclencher l'alerte – le « carton jaune » - est d'ailleurs abaissé dans les domaines relevant de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice, dont la matière pénale.

225. Les directives tendant au rapprochement des garanties procédurales en portent la trace, rappelant notamment l'importance de l'adoption de normes communes pour l'instauration d'un climat de confiance nécessaire au fonctionnement de la reconnaissance mutuelle⁷⁹⁶. Toutes ont relevé l'insuffisance de l'adhésion des Etats membres de l'Union à la Convention européenne des droits de l'Homme, indiquant en substance que malgré cette adhésion, l'expérience a montré qu'elle ne permettait pas toujours d'assurer un degré de confiance suffisant dans les systèmes de justice pénale des autres Etats membres⁷⁹⁷. Aussi, l'impossibilité de parvenir à l'objectif recherché par une action unilatérale des Etats membres, que ce soit au niveau central, au niveau régional ou au niveau local, compte tenu de la nature de celui-ci – c'est-à-dire, fixer des règles communes – a justifié une action à l'échelle de l'Union⁷⁹⁸.

⁷⁹² Protocole (n°2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, *JOUE* C 83, 30 mars 2010, p. 286.

⁷⁹³ La Cour juge classiquement que cette exigence satisfaite lorsqu'il ressort globalement des considérants de l'instrument et qu'il en a été fait cas dans l'examen du projet. Pour un aperçu de la jurisprudence rendue à ce propos, V. not., PARLEMENT EUROPEEN, *Le principe de subsidiarité*, p. 3, accessible à l'adresse : www.europarl.europa.eu.

⁷⁹⁴ La Constitution française a été révisée par la Loi constitutionnelle n°2008-103 du 4 février 2008 (*JORF* du 5 fév. 2008, p. 2202), pour prévoir cette compétence (Const., art. 88-6, alinéa 1e).

⁷⁹⁵ Pour des études plus complètes, V. not., PARLEMENT EUROPEEN, *Le principe de subsidiarité*, p. 1, accessible à l'adresse : www.europarl.europa.eu ; J.-S. BERGE ET S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen, Union européenne et Conseil de l'Europe, op.cit.*, p. 487 et s. ; C. BLUMAN ET L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Lexis Nexis, Coll. Manuel, 5e éd., 2013, pp. 459 et s. ; C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN ET J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, op.cit.*, p. 85 et s. ; D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSAY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, p. 54 et s.

⁷⁹⁶ Dir. 2010/64/UE (interprétation), consid. 3, 4 et 7 ; Dir. 2012/13/UE (information), consid. 3, 4 et 8 ; Dir. 2013/48/UE (assistance d'un avocat), consid. 4, 6 et 8 ; Dir. (UE) 2016/343 (présomption d'innocence), consid. 4 et 10.

⁷⁹⁷ Dir. 2010/64/UE (interprétation), consid. 6 ; Dir. 2012/13/UE (information), consid. 7 ; Dir. 2013/48/UE (assistance d'un avocat), consid. 5 ; Dir. (UE) 2016/343 (présomption d'innocence), consid. 5.

⁷⁹⁸ Dir. 2010/64/UE (interprétation), consid. 34 ; Dir. 2012/13/UE (information), consid. 43 ; Dir. 2013/48/UE (assistance d'un avocat), consid. 57 ; Dir. (UE) 2016/343 (présomption d'innocence), consid. 49.

226. Le principe de proportionnalité -. Le principe de proportionnalité est le second principe fondateur de la construction européenne. Celui-ci délimite l'intensité de l'action européenne en imposant que « *le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités* » (TFUE, article 5§4). Il a donc pour effet, en matière pénale comme dans d'autres domaines, de cantonner cette action à « sa juste intensité »⁷⁹⁹, ce qui induit d'abord que l'instrument choisi soit celui qui, tout en étant le mieux adapté à l'action envisagée, est aussi celui qui laisse le plus de souplesse possible aux Etats membres dans son application⁸⁰⁰. C'est ce qui explique que, même dans les domaines pour lesquels le recours au règlement n'est pas explicitement exclu, la directive, plus souple⁸⁰¹, est généralement privilégiée⁸⁰². Ce principe explique également que des « législations cadre » sont préférées à des dispositions détaillées, laissant en conséquence davantage de latitudes aux Etats dans leur application⁸⁰³. Il implique enfin que le contenu de l'action de l'Union se limite à ce qui est nécessaire pour atteindre le but poursuivi⁸⁰⁴ ce qui implique que tout projet d'acte législatif soit motivé en ce sens⁸⁰⁵.

227. A cet égard, les directives adoptées en matière de rapprochement des garanties procédurales des personnes suspectées ou poursuivies sont moins disertes sur la satisfaction de ce principe qu'elles ne le sont à propos du principe de subsidiarité. Elles se limitent généralement à indiquer que les dispositions qu'elles contiennent n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi⁸⁰⁶, relevant parfois que la réalisation de ce dernier peut impliquer des dispositions suffisamment « *précises* »⁸⁰⁷ ou « *détaillées* »⁸⁰⁸. Le laconisme de l'exposé de leurs motifs ne signifie cependant pas que les obligations résultant de ce principe n'ont pas été respectées à l'occasion de l'élaboration et de la négociation de l'instrument envisagé. La régulation de l'exercice de sa compétence par l'Union et les limites à l'impact du droit qu'elle produit sur les législations nationales résident, enfin et surtout, dans l'obligation qui lui

⁷⁹⁹ E. RUBI-CAVAGNA, *L'essentiel du droit pénal de l'Union européenne*, op. cit., p. 51.

⁸⁰⁰ C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, op.cit., p. 91.

⁸⁰¹ D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSÏ), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, op.cit., n°196, p. 96.

⁸⁰² C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, op.cit., p. 141.

⁸⁰³ *Ibid.*, p. 91.

⁸⁰⁴ *Ibid.*

⁸⁰⁵ Protocole (n°2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, article 5.

⁸⁰⁶ Dir. 2010/64/UE (interprétation), consid. 34 ; Dir. 2012/29/UE (victimes), consid. 67 ; Dir. 2012/13/UE (information), consid. 43 ; Dir. 2013/48/UE (assistance d'un avocat), consid. 57 ; Dir. 2016/34/UE (présomption d'innocence), consid. 49.

⁸⁰⁷ Dir. 2012/13/UE (information), consid. 8.

⁸⁰⁸ Dir. 2013/48/UE (assistance d'un avocat), consid. 6.

est faite de faire cas des « *différents systèmes et traditions juridiques des Etats membres* »⁸⁰⁹.

β) Par le principe du respect des identités nationales

228. La signification du principe -. Ce principe du respect de l'identité nationale des Etats membres qui tend à préserver l'intégrité de leur système, s'est imposé de manière plus progressive avant de trouver une consécration explicite avec le traité de Lisbonne. Avec ce principe, il s'est agi de fixer un rempart à l'emprise de droit de l'Union sur les législations pénales nationales. Comme l'ont expliqué différents auteurs, si « l'ambition du constituant européen n'est pas de permettre la création d'un droit pénal autonome [...], affranchi des systèmes nationaux des Etats membres »⁸¹⁰, l'ampleur des compétences de l'Union pouvait néanmoins « laisser craindre une remise en cause de la cohésion et de la cohérence des ordres juridiques nationaux »⁸¹¹, auquel ce principe fait obstacle. Enoncé à l'article 4§2 du TUE ainsi qu'à l'article 67§1 du TFUE, ce principe trouve également une expression particulière à l'article 82§2 du TFUE, relatif à l'élaboration de règles minimales en matière de procédure pénale. Celui-ci prévoit que si le Parlement européen et le Conseil peuvent effectivement établir des règles minimales concernant certains aspects de la procédure pénale pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires et, plus généralement, la coopération policière et judiciaire, ces règles doivent tenir « *compte des différences entre les traditions et systèmes juridiques des Etats membres* ».

229. Cette indication trouve son prolongement à l'article 82§3 du TFUE qui prévoit que lorsqu'un projet de directive visant le rapprochement des législations nationales porte atteinte « *aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale* », un Etat membre peut actionner le mécanisme de « frein d'urgence » (ou « emergency brake »), c'est-à-dire demander que le Conseil européen soit saisi. L'actionner a pour effet de suspendre la procédure décisionnelle pendant un délai de quatre mois au cours duquel le Conseil européen doit rechercher une solution qui recueille l'accord des Etats membres. En cas d'accord, la procédure se poursuit. A défaut, le projet est abandonné, sauf à ce qu'un groupe d'au moins neuf Etats membres n'exprime sa volonté de poursuivre son adoption dans le cadre d'une coopération renforcée. Ce dispositif s'analyse en définitive comme un « droit de *veto* » dont disposent les Etats membres

⁸⁰⁹ TFUE, art. 67§1^c et 82§2.

⁸¹⁰ D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSJ), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, n°91, p. 54.

⁸¹¹ C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, op.cit.*, p. 91.

pour protéger l'intégrité de leur système national, susceptible de conduire au retrait de la proposition⁸¹². Théoriquement au moins, ce mécanisme relativise l'idée suivant laquelle un Etat peut se voir imposer des normes minimales susceptibles de perturber la cohérence et la cohésion de son propre système. Un auteur a toutefois indiqué qu'en pratique le mécanisme de « frein d'urgence » ne peut être utilisé qu'avec parcimonie puisqu'un blocage trop fréquent des projets « risquerait de susciter [...] des réactions de rejet » de la part de ses partenaires européens⁸¹³.

230. La manifestation de ce principe -. Le principe du respect des différents systèmes et traditions juridiques se révèle parfois à l'observation de l'évolution des textes européens au cours des négociations et *in fine* dans leur contenu définitif. La mise en perspective de la proposition de directive relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation⁸¹⁴ et de la directive finalement adoptée offre, en autres⁸¹⁵, un exemple d'évolution des textes trouvant sa justification dans l'impératif de prendre en considération la diversité des systèmes procéduraux des Etats membres. Pour rappel, l'article 4§2 de la proposition prévoyait que « *[l']avocat a le droit d'assister à tout interrogatoire ou audition* ». Il ajoutait que le conseil a alors « *le droit de poser des questions, de demander des éclaircissements et de faire des déclarations, qui seront enregistrées conformément aux règles du droit national* ». En comparaison de la proposition, les termes de la directive s'illustrent par leur souplesse. Si la directive impose l'accès à un avocat dans différentes situations (article 3§2), et notamment sa présence lors des interrogatoires des personnes suspectées ou poursuivies (article 3§3 b)), le texte est moins précis en ce qui concerne la participation de celui-ci au cours de ces interrogatoires même s'il évoque « *participation effective* » de l'avocat. Il renvoie en effet « *aux procédures internes prévues par le droit national* » sous réserve « *que celles-ci ne portent pas atteinte à l'exercice effectif et à l'essence même des droits concernés* » (article 3§3 b)). Cette évolution s'explique par l'impératif de préserver les particularités des droits nationaux en la matière qui, tous, n'envisagent pas la participation de l'avocat au cours des interrogatoires durant la phase préparatoire du procès de la même manière⁸¹⁶. L'effet

⁸¹² D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSZY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, pp. 84-85, n°164 ; E. RUBI-CAVAGNA, *L'essentiel du droit pénal de l'Union européenne, op. cit.* p. 45 ; C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, op.cit.*, p. 103.

⁸¹³ C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, op.cit.*, p. 151.

⁸¹⁴ COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, COM(2011)326 final, Bruxelles, 8 juin 2011.

⁸¹⁵ A propos des évolutions entre la proposition de directive et la directive relative au droit à l'information, V. not., D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSZY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, p. 393-394, n°755.

⁸¹⁶ D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSZY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, p. 403, n°774.

de la directive sur les droits nationaux a pu n'être, dans ces circonstances, que plus mesuré.

231. S'il est indéniable que le droit élaboré dans l'enceinte du Conseil de l'Europe et, dorénavant, les instruments adoptés au sein de l'Union participent de la « fabrication » des droits nationaux, leur capacité à influencer ces derniers ou à provoquer la mutation d'un système doit néanmoins être relativisée en considération de différents paramètres. Quoique très actif dans le champ pénal, l'impact du droit du Conseil de l'Europe ne peut se mesurer qu'à l'aune des latitudes qu'il ménage aux Etats membres dans la détermination de leur contenu, leur adhésion à l'instrument et leur application. La jurisprudence conventionnelle, qui a incontestablement influencé les évolutions de la mise en état des affaires pénales, doit également être observée à la lumière de ses propres limites, qui tiennent au caractère subsidiaire de l'intervention du juge européen et donc à la priorité concédée au juge national. Sa capacité à marquer de son empreinte les droits internes doit enfin être envisagée à la lumière de la portée de ses arrêts et de leur autorité réelle.

De façon assez semblable, si les interactions entre le droit de l'Union et les procédures nationales sont aujourd'hui plus certaines, l'influence de ce droit sur la législation française ne peut être envisagée sans avoir égard aux principes qui restreignent le domaine de son intervention et l'exercice de sa compétence par l'Union.

Ces limites générales des droits européens conduisent déjà à relativiser l'impact qu'ils ont pu avoir sur la mutation du système français. C'est à cette influence, nécessairement limitée qu'il convient désormais de nous intéresser.

§2^d - L'influence précisément limitée des droits européens sur la montée en puissance de l'enquête

232. Parce qu'ils ont vocation à s'appliquer à des systèmes qui se caractérisent encore par leur divergence, malgré les rapprochements qui s'opèrent sous l'influence des droits européens, ces derniers présentent une certaine plasticité, transcendant des particularités nationales. Cette souplesse s'observe singulièrement dans les dispositions qui évoquent les autorités nationales compétentes, considération faite de la variété de l'organisation des systèmes nationaux et des divergences qui en résultent en termes de répartition des fonctions. L'observation de ces dispositions manifeste une indifférence

des droits européens sur la mutation du système français, en ce sens que s'ils ne s'opposent pas à la montée en puissance de l'enquête, sous réserve du respect des garanties par ailleurs formulées, ils ne l'imposent pas non plus. Si, donc, le constat qui s'impose est celui d'un certain désintéret pour l'affirmation, en tant que telle, de l'enquête comme le cadre ordinaire des investigations à mesure que les possibilités d'investigation se déploient en son sein, toute influence n'est toutefois pas à exclure d'emblée. Cette mutation, surtout animée par des considérations strictement nationales, peut trouver, nous semble-t-il, dans une perspective européenne une autre justification. En somme, le développement des droits européens a participé de l'instauration d'un contexte propice à cette métamorphose. Tels seront les deux axes retenus. A l'observation de l'indifférence évoquée des droits européens sur l'affirmation des possibilités d'investigation lors de l'enquête (A) suivra donc celle de l'inscription de cette mutation dans le développement des droits européens (B).

A. L'indifférence des droits européens à l'endroit de cette mutation

233. Le sentiment qu'inspire inévitablement l'observation des instruments européens est plutôt celui d'une certaine indifférence à l'égard de l'affirmation des possibilités d'investigation hors instruction, sous réserve bien entendu du respect des autres exigences européennes qu'elles concernent l'équité de la procédure ou l'encadrement de la mise en œuvre des actes d'investigation, par exemple. Il va sans dire que le triptyque légalité/proportionnalité/nécessité développé sur le fondement de l'article 8⁸¹⁷, les garanties particulières concernant la protection de certains locaux – tels que les cabinets d'avocats⁸¹⁸ – définies sur la même base ou encore l'impératif de

⁸¹⁷ V., *Supra*, n°106 et s.

⁸¹⁸ V. not., CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz c. Allemagne*, Req. n°13710/88 (§37 : « Certes, on ne saurait cataloguer comme mineure, sans plus, l'infraction à l'origine de la perquisition : elle constituait non seulement une insulte envers un juge, mais encore une tentative d'exercer sur lui des pressions. Cependant, le mandat était rédigé en termes larges : il ordonnait la recherche et la saisie de "documents", sans aucune limitation, révélant l'identité de l'auteur de la lettre offensante ; ce point revêt une importance singulière lorsque, comme en Allemagne, la perquisition opérée au cabinet d'un avocat ne s'accompagne pas de garanties spéciales de procédure, telle la présence d'un observateur indépendant. Il y a plus : vu la nature des objets effectivement examinés, la fouille empiéta sur le secret professionnel à un degré qui se révèle disproportionné en l'occurrence ; il convient de se rappeler à cet égard que dans le cas d'un avocat, pareille intrusion peut se répercuter sur la bonne administration de la justice et, partant, sur les droits garantis par l'article 6 (art. 6). De surcroît, la publicité qui entoura l'affaire doit avoir pu compromettre le renom du requérant, aux yeux de ses clients actuels comme du public en général ») ; CEDH, 24 juil. 2008, *André et autres c. France*, Req. n° 18603/03, (§§41-42 : « La Cour estime que des perquisitions et des saisies chez un avocat portent incontestablement atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client. D'ailleurs, la protection du secret professionnel est notamment le corollaire du droit qu'a le client d'un avocat de ne pas contribuer à sa propre incrimination, ce qui présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé » [...]). Partant, si le droit interne peut prévoir la possibilité de perquisitions ou de visites domiciliaires dans le cabinet d'un avocat, celles-ci doivent impérativement être assorties de garanties particulières. De même, la Convention n'interdit pas d'imposer aux avocats un certain nombre d'obligations susceptibles de concerner les relations avec leurs clients. Il en va ainsi notamment en cas de constat de l'existence d'indices plausibles de participation d'un avocat à une infraction, ou encore dans le cadre de la lutte contre certaines pratiques. Reste qu'il est alors impératif d'encadrer strictement de telles mesures, les avocats occupant une situation centrale dans l'administration de la justice et leur qualité d'intermédiaires entre les

loyauté dans le recueil des preuves par l'autorité publique, impliquant l'interdiction des provocations à l'infraction s'imposent à l'enquête autant qu'à l'information⁸¹⁹. Ces exigences ne peuvent être en elles-mêmes vues ni comme un obstacle ni comme un incitant à l'extension des possibilités d'investigation dans le cadre de l'enquête. Protections des droits que la Convention formule, elles transcendent nécessairement cette distinction que tous les systèmes européens ne connaissent pas ou plus. C'est précisément cette variabilité qui explique et légitime une certaine abstraction des droits européens, dans laquelle se loge leur indifférence relative à l'égard de l'extension des possibilités d'investigation hors instruction. Ceci se constate, plus concrètement, dans l'admission explicite du caractère facultatif de l'information judiciaire (1) et l'indétermination des autorités compétentes (2) lorsque les droits européens envisagent leurs prérogatives.

1) *L'admission du caractère facultatif de l'information judiciaire*

234. La première manifestation de cette indifférence s'observe dans la reconnaissance explicite du caractère facultatif de l'information judiciaire, considération faite de son inexistence – du moins, telle qu'elle existe en France⁸²⁰ – dans certains systèmes européens, et dans un certain encouragement à son cantonnement par souci de gain de temps. Cette première manifestation implique peu de développements. Nous nous contenterons ici de rapporter les termes de la Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la simplification de la justice pénale, adoptée en septembre 1987 qui a globalement encouragé les Etats parties à alléger certaines formalités procédurales en considération des lenteurs de la justice et du discrédit qu'elles jettent sur sa bonne administration. Celle-ci a rappelé que « *l'instruction menée par*

justiciables et les tribunaux permettant de les qualifier d'auxiliaires de justice ») ; CEDH, 21 janv. 2010, *Xavier Da Silva*, Req. n° 43757/05 (§37), RSC 2010. Chron. 702, obs. D. ROETS ; D. 2010. 383, obs. C. GIRAULT ; *AJ pén.* 2010, p. 233, ét. C. PORTERON.

⁸¹⁹ CEDH, 9 juin 1998, *Teixeira de Castro*, Req. n° 25829/94 (§38), JCP éd. G. 1999. I. 105, obs. F. SUDRE ; RSC 1999. 401, obs. R. KOERING-JOULIN (Pour qualifier le procédé de « *provocation policière* », la Cour attache de l'importance à un certain nombre de circonstances, en particulier au fait que l'intervention des deux policiers en cause ne s'était pas inscrite dans le cadre d'une opération de répression du trafic de stupéfiants ordonnée et contrôlée par un magistrat, et que les autorités nationales n'avaient apparemment pas de bonnes raisons de soupçonner l'intéressé d'être un trafiquant de drogue : son casier judiciaire était vierge et rien n'indiquait qu'il avait une propension à se livrer au trafic de drogue avant d'être approché par la police (§§37-38) ; V. ég., CEDH, [G.C], 5 fév. 2008, *Ramanauskas c. Lituanie*, Req. n° 74420/01 (§§62 et s.), RTDH 2009. 211, obs. C. DE VALKENEER ; *Dr. pén.* 2009 Chron. 4, obs. E. DREYER ; RSC 2009, p. 694, obs. A. GIUDICELLI. Pour un exemple dans lequel la Cour ne retient pas cette provocation, estimant que les autorités publiques « *n'ont pas à proprement parlé incité à la commission des faits de proxénétisme qui ont fondé la condamnation de la société requérante, qui revêtaient un caractère permanent* », V. CEDH (déc.), 7 sept. 2004, *Eurofinacom c. France*, Req. n° 58753/00. Pour des études plus complètes de cette exigence, V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., n°569 et s., pp. 418 et s.

⁸²⁰ Pour un aperçu récent de la diversité des systèmes des Etats membres de l'Union européenne, V. not., K. LIGETI (sous la dir.), *Toward a Prosecutor for the European Union*, op. cit.

une autorité judiciaire préalablement à la saisine de la formation de jugement [...] ne saurait revêtir un caractère universel ou obligatoire » et, parallèlement, invité les Etats à la limiter aux affaires dans lesquelles elle paraît, « *utile à la résolution de l'affaire et à l'établissement de l'innocence ou de la culpabilité des suspects* »⁸²¹, au regard « *des résultats de l'enquête policière, de la gravité et de la complexité de l'affaire, et de la reconnaissance ou non des faits par l'inculpé* »⁸²². L'indifférence du Comité des ministres à l'égard de l'existence de l'information judiciaire, sous réserve que l'enquête soit entourée des garanties idoines⁸²³ et que l'audience assure une instruction définitive (point III.6), manifeste *a minima* son désintérêt pour l'extension des possibilités d'investigation durant cette dernière. L'indétermination des « autorités compétentes » lorsque les instruments européens envisagent leurs prérogatives dans le cadre des procédures strictement nationales ou de l'entraide judiciaire implique davantage de précisions.

2) *L'indétermination des autorités compétentes*

235. L'indétermination des autorités compétentes, qui constitue un autre signe de l'indifférence des droits européens à l'endroit de l'affirmation des possibilités d'investigations au stade de l'enquête de police et s'explique également par la variété des systèmes nationaux, s'observe tant dans les instruments du Conseil de l'Europe (a) que dans ceux de l'Union européenne (b).

a) Dans les instruments du Conseil de l'Europe

236. Les instruments visant le rapprochement des droits et des pratiques nationales -. De manière générale, les conventions et recommandations européennes qui promeuvent un certain rapprochement des droits et des pratiques afin de rendre plus efficace la lutte contre certaines formes d'infractions par l'établissement d'un langage commun composent avec les lignes de partage au sein des systèmes juridiques internes entre les différents acteurs de la procédure. Ce faisant, lorsqu'elles engagent ou invitent les Etats membres à prendre des mesures appropriées pour habilitier leurs autorités à ordonner certains actes ou certaines mesures, elles se bornent, le plus souvent, à évoquer les « *autorités compétentes* » de l'Etat concerné. Le choix est donc laissé à l'Etat qui, par conséquent, peut satisfaire à ses engagements tout en préservant la

⁸²¹ Rec. n°(87)18 sur la simplification de la justice pénale, préc., point III.2.

⁸²² *Ibid.* point III.3.

⁸²³ La recommandation envisage spécifiquement la direction et le contrôle judiciaire exercée sur l'action de la police et une meilleure prise en considération des droits du suspect à ce stade (*Ibid.*, point III. 6).

cohérence de son propre système. Ces formulations sonnent comme un rappel du rôle de l'organisation qui, si elle promeut la sauvegarde des droits et s'emploie à déterminer des réponses plus pérennes face au développement de formes de criminalité transfrontière ou sans frontière, n'a pas vocation à uniformiser les systèmes de justice pénale européens. Cette observation vaut pour toutes les recommandations ou conventions du Conseil de l'Europe, qu'elles soient « sectorielles » ou plus générales. S'il n'est évidemment pas question de reprendre les termes de l'ensemble de ces nombreux instruments, différents exemples peuvent néanmoins être donnés pour illustrer l'indétermination des autorités compétentes lorsqu'ils s'attachent à leurs prérogatives.

237. La convention sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001⁸²⁴ est une illustration éclairante car la formulation d'« *autorités compétentes* » y est employée de manière particulièrement redondante. Pour toutes les mesures qu'elle envisage – conservation rapide des données électroniques spécifiées stockées au moyen d'un système informatique (article 16), saisie du système, d'une partie de celui-ci ou du support de stockage (article 19), collecte et enregistrement en temps réel des données relatives au contenu de communications spécifiques (article 21) ... -, la convention prévoit que « *[c]haque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour permettre à ses autorités compétentes⁸²⁵ d'ordonner ou d'imposer* » leur réalisation. La convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999⁸²⁶ témoigne d'une même indifférence. En effet, lorsqu'elle ne recourt pas à cette formulation, elle se contente d'évoquer les « *techniques d'investigation spéciales [...] qui se révèlent nécessaires pour faciliter la collecte de preuve relatives aux infractions [qu'elle énumère]* » ou permettre l'identification, la recherche, le gel et la saisie des instruments et des produits de la corruption ou des biens dont la valeur correspond à ces produits, susceptibles de faire l'objet d'une confiscation (article 23§1).

238. La recommandation sur les techniques spéciales d'investigations en relation avec des infractions graves y compris le terrorisme⁸²⁷ peut être citée au titre des instruments plus généraux. Elle encourage, en effet, « *[l]es Etats membres [à] prendre les mesures législatives appropriées pour permettre [...] l'utilisation des techniques spéciales d'enquête afin que celles-ci soient mises à la disposition de leurs autorités compétentes⁸²⁸ dans la mesure où cela est nécessaire dans une société démocratique et considéré comme adéquat pour la conduite efficace d'enquête*

⁸²⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, Convention sur la cybercriminalité, STE 183, préc.

⁸²⁵ Nous soulignons.

⁸²⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, Convention pénale sur la corruption, STE 175, préc.

⁸²⁷ COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec(2005)10 relative aux « techniques spéciales d'enquête » en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme, préc.

⁸²⁸ Nous soulignons.

et de poursuites pénales » (annexe, Chapitre II, a, 2)). A la différence d'autres instruments, elle spécifie néanmoins que par « *autorités compétentes* », il faut entendre « *les autorités judiciaires, les autorités en charge des poursuites et les autorités en charge des enquêtes, impliquées dans l'utilisation, dans la décision d'employer ou dans la supervision de la mise en œuvre des techniques spéciales d'enquête, conformément à la législation du pays* » (annexe, Chapitre I). Ces indications singulières ne remettent cependant pas en cause les marges de manœuvre qu'elle concède aux Etats dans la détermination des autorités effectivement compétentes pour être habilitées à décider ou à mettre en œuvre ces techniques spéciales d'investigation. En outre, si dans la lignée des exigences conventionnelles, la recommandation évoque le « *contrôle adéquat* » de ces mesures intrusives et réalisées à l'insu de la personne concernée (annexe, Chapitre I), la recommandation ne détermine précisément ni l'autorité effectivement compétente pour y procéder - il peut s'agir d'« *une supervision judiciaire ou d'autres formes de supervision indépendantes* » (annexe, Chapitre II, a, 3)), ni les modalités de ce contrôle – il peut consister en « *une autorisation préalable, [...] une supervision durant l'enquête ou [...] un contrôle a posteriori* » (*ibid*). Elle ménage donc une latitude évidente aux Etats membres, sous réserve des exigences conventionnelles auxquelles elle renvoie⁸²⁹.

239. Les instruments d'entraide judiciaire -. La même indétermination s'observe dans les instruments régissant l'entraide que se prêtent les autorités des Etats parties. La convention européenne d'entraide judiciaire autorise, par exemple, chaque Etat membre, en fonction de l'organisation de son propre système, à déterminer l'autorité qu'il considère comme l'« *autorité[...] judiciaire[...] aux fins de la [...] convention* » par le biais d'une déclaration (article 24). Il peut ainsi s'agir de juridictions d'instruction⁸³⁰, de membres du ministère public⁸³¹, d'autorités policières ou douanières⁸³² en fonction de l'organisation des systèmes nationaux. Manifeste dans les instruments du Conseil de l'Europe, cette indétermination l'est tout autant dans les instruments de l'Union.

⁸²⁹ COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec(2005)10 relative aux « techniques spéciales d'enquête » en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme, préc., Exposé des motifs ; V. ég., Rapport explicatif joint, préc. spéc., points 34 et s.

⁸³⁰ Belgique et France (V., Réserves et Déclarations pour le traité n°030 - Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale).

⁸³¹ Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, France et Luxembourg, notamment (*Ibid*).

⁸³² Danemark, Finlande et Norvège (*Ibid*).

b) Dans les instruments de l'Union

240. L'indétermination de l'autorité compétente dans les rares instruments promouvant un certain rapprochement des moyens d'investigations -. Les instruments de l'Union présentent une même imprécision. Les qualités exigées de l'autorité compétente et l'éventuelle répartition des rôles qui s'en déduisent sont *in fine* dépendants des exigences conventionnelles ou internes⁸³³. Parmi les rares instruments promouvant un certain rapprochement des moyens à la disposition des autorités répressives, y compris dans les procédures strictement nationales, les termes de l'exposé des motifs de la directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché peuvent être rapportés⁸³⁴. Celle-ci rappelle que « [l']existence de règles communes permettrait [...] la mise en œuvre de méthodes d'enquête plus efficaces et une coopération plus effective, au niveau national et entre les États membres » (cons. 7). Elle les invite, en conséquence, « à prendre les mesures nécessaires pour veiller à ce que les forces de l'ordre, les autorités judiciaires et les autres autorités compétentes chargées des enquêtes ou des poursuites relatives aux infractions prévues dans la directive aient les moyens d'utiliser des outils d'enquête efficaces » (cons. 19), pour autant que le recours à ces moyens soit proportionné à la nature et à la gravité de l'infraction (*ibid.*). Une même indétermination de l'autorité compétente s'observe donc.

241. L'indétermination de l'autorité compétente dans les instruments régissant l'entraide que s'accorde les Etats -. L'indétermination des autorités compétentes se perçoit d'autant mieux dans les instruments organisant l'entraide que s'accordent les Etats. Ces instruments assimilent régulièrement le « procureur » et le « juge »⁸³⁵, lorsqu'ils ne renvoient pas simplement aux droits nationaux⁸³⁶, sans se soucier particulièrement des qualités que présente l'autorité compétente, ni donc imposer l'intervention d'un juge. Il s'ensuit que les législateurs nationaux disposent d'une « grande liberté »⁸³⁷ pour déterminer l'autorité effectivement compétente en fonction de leurs propres systèmes, que le droit dérivé de l'Union n'a pas vocation à unifier. Plusieurs exemples révélateurs peuvent là encore être rappelés pour illustrer

⁸³³ Sur cette question, V. not., F.-X. ROUX-DEMARRE, « L'influence de l'Union européenne dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale », in O. DECIMA, *La juridictionnalisation de l'enquête*, op. cit., pp. 30 et s.

⁸³⁴ Dir. 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché, JOUE 12 juil. 2014, L 173, p. 179.

⁸³⁵ V. not., Dir. 2014/41/UE (décision d'enquête européenne), art. 2 c) i).

⁸³⁶ V. not., Dir. 2014/41/UE (décision d'enquête européenne), art. 2 d) (« Aux fins de la présente directive, on entend par : [...] « autorité d'exécution », une autorité compétente pour reconnaître une décision d'enquête européenne et en assurer l'exécution conformément à la présente directive et aux procédures applicables dans le cadre d'une procédure nationale similaire. Ces procédures peuvent nécessiter l'autorisation d'une juridiction dans l'État d'exécution lorsque son droit national le prévoit »).

⁸³⁷ F.-X. ROUX-DEMARRE, « L'influence de l'Union européenne dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale », préc., p. 35.

cette plasticité des instruments européens.

242. La décision-cadre 2003/577/JAI du 22 juillet 2003 relative à l'exécution des décisions de gel des biens ou d'éléments de preuves⁸³⁸ s'est ainsi contentée de renvoyer à la définition de l'autorité judiciaire selon les législations nationales en indiquant que l'Etat d'émission est « *l'Etat membre dans lequel une autorité judiciaire, telle qu'elle est définie dans la législation nationale de l'Etat d'émission*⁸³⁹, a pris, validé ou confirmé d'une façon quelconque une décision de gel dans le cadre d'une procédure pénale » (article 2 a)). Le renvoi au droit interne laisse *ipso facto* une latitude aux Etats membres dans la transposition de l'instrument.

243. D'autres apparaissent, au premier abord, plus précis puisqu'ils contiennent une liste des autorités compétentes. Leur énumération laisse néanmoins une grande marge de manœuvre aux législateurs nationaux dans leur mise en œuvre. Par exemple, la décision-cadre 2008/978/JAI relative au mandat d'obtention de preuve⁸⁴⁰ a défini l'« *autorité d'émission* » comme « *toute autre autorité définie par l'Etat d'émission agissant en qualité d'autorité chargée des enquêtes dans le cadre des procédures pénales, compétente en vertu du droit national pour ordonner l'obtention de preuves dans des affaires transfrontalières* » (article 2 c)). Elle a cependant ajouté que lorsque « *l'autorité d'émission n'est pas un juge, une juridiction, un magistrat instructeur ou un procureur, et si le mandat européen d'obtention de preuves n'a pas été validé par une de ces autorités dans l'Etat d'émission* », l'autorité d'exécution peut, dans la situation concernée, décider que ledit mandat ne peut donner lieu qu'à certaines mesures seulement, à l'exception par exemple des perquisitions et des saisies (article 11§4). Le « *procureur* » est toutefois assimilé au « *juge* », à « *une juridiction* » et au « *magistrat instructeur* ». La plus récente directive relative à la décision d'enquête européenne⁸⁴¹, qui se substitue pour partie à la décision-cadre précitée, s'inscrit dans le sillage de celle-ci. La « *décision d'enquête européenne* » y est définie comme « *une décision judiciaire qui a été émise ou validée par une autorité judiciaire d'un Etat membre* » (article 1§1) c'est-à-dire, précise la directive, « *un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur compétent(e) dans l'affaire concernée*⁸⁴²» (article 2, c, i)) voire, « *toute autre autorité compétente définie par l'Etat d'émission qui, dans le cas d'espèce, agit en qualité d'autorité chargée des enquêtes dans le cadre de procédures pénales* » et « *compétente pour ordonner l'obtention de preuves conformément au droit national* » (article 2, c, ii)). La directive ajoute que dans ce dernier cas, et seulement dans

⁸³⁸ Déc.-cad. 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, *JOUE*, L 196 du 02 août 2003, p. 45.

⁸³⁹ Nous soulignons.

⁸⁴⁰ Déc.-cadre 2008/978/JAI relative au mandat européen d'obtention de preuves, *JOUE* n° L 350 du 30 déc. 2008, p. 72

⁸⁴¹ Dir. 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, *JOUE*, L 130 du 1^{er} mai 2014, p. 1.

⁸⁴² Nous soulignons.

celui-là, la décision d'enquête européenne doit être « *validée, après examen de sa conformité aux conditions d'émission prévues [par l'instrument] par un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur dans l'Etat d'émission* » (*ibid.*). Là encore le « *procureur* » est donc assimilé à « *un juge, une juridiction ou un juge d'instruction* », de telle sorte que les marges de manœuvre du législateur dans la transposition de l'instrument restaient *in fine* entières. De même s'agissant de l'autorité d'exécution que la directive définit comme « *une autorité compétente pour reconnaître une décision d'enquête européenne et en assurer l'exécution conformément à la présente directive et aux procédures applicables dans le cadre d'une procédure nationale similaire* » (article 2, d)). La répartition des rôles dans les dispositions de transposition dépend finalement de la législation nationale, la directive précisant en effet que les procédures prévues « *peuvent nécessiter l'autorisation d'une juridiction dans l'Etat d'exécution lorsque son droit national le prévoit* ». Rapporté au droit français, cela signifie que l'autorité d'émission et d'exécution pouvait aussi bien être le juge d'instruction que le procureur, sous réserve le cas échéant, selon les dispositions du Code de procédure pénale, de l'intervention préalable du JLD en amont de la mise en œuvre de certaines mesures sollicitées.

244. L'encadrement résultant des instruments de rapprochement des garanties procédurales -. Les dispositions de certains instruments tendant au rapprochement des droits nationaux peuvent, il est vrai, apparaître comme un cadre à la répartition des fonctions au stade de l'avant-procès en particulier. Si d'une manière générale, ces instruments promeuvent, quelle que soit la structuration des systèmes nationaux, un certain rapprochement des législations des Etats membres dans ce domaine aux fins d'assurer la sauvegarde systématique des garanties procédurales et faciliter l'application de la reconnaissance mutuelle des décisions, ils prévoient néanmoins, pour certains d'entre eux, des dérogations aux droits qu'ils formulent. Or, à la lecture des dispositions inhérentes à celles-ci, leur contrôle paraît dévolu à l'« *autorité judiciaire* », et plus restrictivement à un juge ou à une juridiction. Les dispositions de la directive relative au droit à l'assistance d'un avocat peuvent ici être rappelées. Celle-ci détermine les conditions dans lesquelles une dérogation au droit à l'assistance d'un avocat est permise⁸⁴³ et précise que les dérogations temporaires à ce droit, prévues par l'article 3§§5 et 6⁸⁴⁴ doivent être autorisées « *soit par une autorité judiciaire, soit par une autre autorité compétente, à condition que la décision puisse faire l'objet d'un recours judiciaire* » (article 8§§2 et 3). L'encadrement qui paraît résulter de ces dispositions doit cependant être

⁸⁴³ Elle doit être proportionnée, strictement limitée dans sa durée, ne pas être exclusivement fondée sur la nature ou la gravité de l'infraction alléguée et ne pas porter atteinte à l'équité générale de la procédure (article 8).

⁸⁴⁴ Soit, l'éloignement géographique du suspect ou de la personne poursuivie empêchant d'assurer l'accès à un avocat sans retard indu après une privation de liberté, le risque d'atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne ou celui d'une compromission de la procédure pénale en cours, justifiant que les autorités nationales agissant immédiatement.

relativisée à la lecture du considérant 38 de l'exposé des motifs qui précise qu'une dérogation temporaire qui « a été autorisée [...] par une autorité judiciaire qui n'est ni un juge ni une juridiction » doit pouvoir donner lieu à un examen ultérieur par une « juridiction » au moins « au stade du procès »⁸⁴⁵. Se trouve ainsi relativisées les répercussions que pouvaient avoir l'article 8 de la directive sur l'enquête de police et, en particulier, sa juridictionnalisation. Un même constat procèderait de l'examen de certaines dispositions de la directive relative à la décision d'enquête européenne susmentionnée.

245. L'encadrement résultant de la directive concernant la décision d'enquête européenne -. Celle-ci met à la charge des législateurs nationaux l'obligation de prévoir, dans ce cadre particulier, un recours pour contester la régularité des mesures mises en œuvre sur le fondement d'une telle décision (article 14). Les implications de cette disposition sur le droit interne sont toutefois délimitées par les précisions qu'elle apporte par ailleurs. En effet, si des voies de recours doivent être prévues, l'article 14 de la directive ne fait *in fine* qu'imposer l'existence de recours équivalents à ceux ouverts dans le cadre d'une procédure nationale similaire.

246. L'effet réel de ces encadrements -. Au demeurant, par-delà leur plasticité, ces différentes dispositions, qui pourraient *prima facie* apparaître comme fixant un cadre au déploiement de l'enquête de police, n'auraient pas pour conséquence de faire obstacle à la montée en puissance de celle-ci dans le cadre de l'avant-procès pénal français. Comme les exigences résultant de la Convention européenne des droits de l'Homme, elles ne viendraient au mieux qu'imposer le respect de certains impératifs en son sein.

247. Si, *in fine*, la plasticité des instruments européens inspire le sentiment d'une certaine indifférence de ces derniers à l'endroit de l'extension des moyens d'investigation hors instruction – sous l'évidente réserve des garanties par ailleurs formulées -, le développement des droits européens a cependant participé, nous semble-t-il, à créer un contexte propice à celle-ci.

⁸⁴⁵ Ce considérant prévoit en effet que « [L]es États membres devraient veiller à ce que, lorsqu'une dérogation temporaire a été autorisée au titre de la présente directive par une autorité judiciaire qui n'est ni un juge ni une juridiction, la décision d'autoriser la dérogation temporaire puisse être appréciée par une juridiction, au moins au stade du procès ».

B. L'inscription de cette mutation dans le développement des droits européens

248. C'est exclusivement par des considérations nationales que le législateur a justifié l'enrichissement des moyens d'investigation au stade de l'enquête. Le développement des droits européens en matière d'entraide judiciaire, surtout caractérisé par la judiciarisation de celle-ci, et l'adaptation des normes nationales qui s'en est suivie permettent toutefois de rechercher, dans une perspective européenne, une autre justification à cette expansion. Si parce qu'il correspond aux explications les plus évidentes de cette évolution, le poids des considérations internes sera d'abord rappelé (1), le poids de l'environnement juridique européen sera ensuite envisagé (2).

1) Le poids essentiel des considérations nationales

249. La lecture des travaux parlementaires renseigne sur les considérations proprement internes qui ont été au cœur de l'enrichissement des moyens d'investigation au stade de l'enquête de police durant ces deux dernières décennies. Elle s'est expliquée par la recherche d'efficacité puis de cohérence.

250. La recherche d'efficacité -. Par définition, le monopole dont dispose le juge d'instruction dans la réalisation de certains actes d'investigation ou les conditions spécifiques encadrant la mise en œuvre de certains d'entre eux lors d'une enquête – songeons, par exemple, aux perquisitions au cours d'une enquête préliminaire – impliquent ou peuvent impliquer l'ouverture d'une information judiciaire aux seules fins de leur exécution.

251. Dès le début des années 2000, il a été relevé que cette saisine obligée du magistrat instructeur pouvait avoir des conséquences néfastes sur l'efficacité de la procédure. C'est en considération de celles-ci que Monsieur Warsmann, rapporteur du projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité devant l'Assemblée nationale, a justifié les propositions en faveur de l'extension des interceptions de télécommunications aux enquêtes portant sur des infractions graves, relevant de la délinquance et la criminalité organisées. « Cette situation qui réserve l'emploi des écoutes judiciaires à l'instruction [, indiquait-il alors,] n'est pas satisfaisante puisqu'elle interdit [par hypothèse] d'y recourir dans le cadre de l'enquête alors qu'elles

seraient d'un grand secours. En effet, il n'est pas rare dans le cadre de certaines affaires, par exemple un vol commis en bande organisée, que les forces de l'ordre agissant dans le cadre de l'enquête de flagrance ou préliminaire, connaissent l'identité de certains auteurs sans être à même de déterminer avec précision celle de leurs complices ni de les localiser géographiquement. Dans cette hypothèse, il est indéniable que le recours à des écoutes faciliterait substantiellement l'interpellation de ces personnes alors même que le droit en vigueur conduit paradoxalement à offrir aux délinquants bien organisés le temps nécessaire (celui que prend l'ouverture d'une information) pour disparaître ou pour dissimuler les preuves de leurs méfaits⁸⁴⁶. L'extension de la possibilité de substituer au consentement de l'occupant des lieux l'autorisation du JLD afin de procéder à une perquisition coercitive à toute enquête portant sur des infractions punies de cinq ans d'emprisonnement au moins s'est imposée pour la même raison, à la suite d'un amendement déposé devant le Sénat par la commission des lois⁸⁴⁷. C'est encore ainsi que l'extension à l'enquête de technique d'investigation jusqu'alors réservées à l'information judiciaire - sonorisation et fixation d'images dans des lieux privés (C.P.P., *anc.* article 706-96), captation de données informatiques (C.P.P., *anc.* article 706-102-1) - a été justifiée par les rédacteurs de la loi du 3 juin 2016. Dès décembre 2015, la proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste avait envisagé la possibilité de recourir à des sonorisations de lieux et fixations d'images en enquête⁸⁴⁸. « [L]e grand intérêt présenté par cette extension » était alors souligné par le rapporteur du projet de loi⁸⁴⁹, qui rappelait notamment que, durant son audition, le procureur de la République de Paris avait fait observer « qu'actuellement, des informations judiciaires [étaient] ouvertes uniquement dans le but de permettre la mise en œuvre d'une telle technique »⁸⁵⁰. Les services de police entendus considéraient, pour leur part, que l'utilisation de celle-ci constituerait « une avancée substantielle pour la conduite de leurs enquêtes, notamment pour confirmer ou infirmer des soupçons en début de procédure »⁸⁵¹. L'étude d'impact jointe au projet de loi n°3473 renforçant la lutte contre

⁸⁴⁶ J.-L. WARSMANN, Rapport n°856, préc., p. 80.

⁸⁴⁷ Le projet de loi initial prévoyait de n'étendre cette possibilité qu'aux enquêtes préliminaires portant sur les infractions énumérées par le nouvel article 706-73 du CPP (Projet de loi n°784 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 avril 2003, présenté par D. PERBEN, article 706-90). La complexité générée par l'impossibilité de faire procéder à une perquisition à défaut de l'assentiment de l'occupant des lieux en dehors des hypothèses alors prévues par l'article 76-1 du CPP, et donc l'obligation d'ouvrir une information judiciaire, devait justifier l'extension du champ d'application de ces dispositions dérogatoires (Rapport n°441 sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Enregistré à la Présidence du Sénat le 24 septembre 2003, Présenté par F. ZOCCHETTO, pp. 77-78).

⁸⁴⁸ Proposition de loi n°280 tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste, Enregistré à la Présidence du Sénat le 17 décembre 2015, article 6.

⁸⁴⁹ Rapport n°335 sur la proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste, Enregistré à la Présidence du Sénat le 27 janvier 2016, Présenté par Monsieur M. MERCIER, spéc. p. 34.

⁸⁵⁰ *Ibid.*

⁸⁵¹ *Ibid.*

le crime organisé, le terrorisme et leur financement et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale a repris cette justification. On y lit que « dans le cadre des enquêtes diligentées par le parquet, l'impossibilité de recourir, pour un temps limité, aux techniques d'enquête que sont les sonorisations, les fixations d'images et la captation de données informatiques, soulève des difficultés lorsque leur mise en œuvre présente un caractère d'urgence, parfois difficilement compatible avec l'ouverture d'une information judiciaire et, plus généralement, ne permet pas [de l']ouvrir [...] dans des conditions pleinement satisfaisantes, faute d'avoir pu procéder aux premières vérifications nécessaires et préciser les contours de l'affaire »⁸⁵². Elle a donc précisé que l'extension de ces mesures à l'enquête de police doit « permettre la mise en œuvre immédiate et en urgence de ces techniques d'enquête lorsque les faits l'imposent, qui seront poursuivies le cas échéant dans le cadre d'une information judiciaire et, de manière plus générale, [...] permettre une ouverture d'information judiciaire dans de meilleures conditions après réalisation des premiers actes d'enquêtes visant à vérifier *a minima* la réalité et les contours de l'affaire »⁸⁵³. Les mêmes considérations ont justifié que l'interception de courriels archivés, pour laquelle l'élaboration d'un régime particulier s'imposait depuis l'arrêt de la chambre criminelle du 8 juillet 2015⁸⁵⁴, soit immédiatement autorisée dans le cadre d'une enquête de flagrance ou préliminaire⁸⁵⁵.

252. La recherche de cohérence -. La recherche de cohérence est également venue au soutien de l'affirmation des possibilités d'investigation dans l'enquête. La loi n°2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement avait en effet autorisé le recours à certains procédés relevant du monopole du juge d'instruction - ainsi des sonorisations - ou inconnus dans le cadre d'une procédure judiciaire - ainsi du recours à l'ISMI catcher -, engendrant des « asymétries dans l'accès aux techniques d'enquête »⁸⁵⁶. La proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste a proposé d'y mettre fin en ajustant, en conséquence, les mesures d'investigation susceptibles d'être mises en œuvre à l'occasion d'enquêtes ou d'instructions⁸⁵⁷. La loi du 3 juin 2016 a consacré ces propositions.

253. La visibilité de cette justification -. L'observation des dispositions adoptées témoigne que l'intention du législateur n'a pas été de rendre l'intervention du

⁸⁵² Etude d'impact jointe au projet de loi n°3473 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, NOR : JUSD1532276L/Bleue-1, p. 20.

⁸⁵³ *Ibid.*

⁸⁵⁴ Cass. crim., 8 juil. 2015, *Bull. crim.* n°176.

⁸⁵⁵ Etude d'impact jointe au projet de loi n°3473 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, préc., p. 21.

⁸⁵⁶ M. MERCIER, Rapport n°335, préc., spéc. p. 11.

⁸⁵⁷ *Ibid.* ; V. ég., Etude d'impact jointe au projet de loi n°3473 préc., p. 10.

juge d'instruction plus résiduelle qu'elle ne l'était mais bien de pallier les conséquences néfastes de l'impossibilité de faire procéder à certains actes en dehors de sa saisine. L'absence d'unification des régimes selon le cadre procédural des investigations, en particulier la durée plus ramassée des interceptions de télécommunications (C.P.P., article 706-95), des sonorisations de lieux et fixations d'images (C.P.P., article 706-98) ou des captations de données informatiques (C.P.P., article 706-102-1) décidées à l'occasion d'une enquête, suffit à l'illustrer. En effet, si l'ensemble de ces mesures d'investigation intrusives est désormais disponible dans le cadre de l'enquête, leur prorogation au-delà d'un certain délai exige, en l'état, l'ouverture d'une information judiciaire. L'étude d'impact jointe au projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale s'en explique, indiquant que l'extension de certaines techniques d'investigation à l'enquête n'a pas pour objectif d'« empiéter sur les instructions, mais de permettre des premières investigations de nature à déterminer si une instruction doit être ouverte ou si les soupçons à l'origine de l'enquête sont en réalité sans fondement, ce qui évitera d'ouvrir des informations inutiles »⁸⁵⁸. Si l'enrichissement des pouvoirs d'investigation en enquête s'est donc invariablement expliqué par des considérations purement nationales liées à la recherche d'efficacité, et plus récemment de cohérence, une rationalité complémentaire peut néanmoins être recherchée dans une perspective européenne.

2) Le poids latent de l'environnement juridique européen

254. Les dispositions du Code de procédure pénale inhérentes à l'entraide judiciaire internationale (C.P.P., Titre X, Livre IV) ont été façonnées à mesure de la ratification et de la transposition des instruments européens, ancrant dans la loi interne de nouveaux principes autour desquels elle s'articule, en particulier ceux qui sont inhérents à sa judiciarisation. Les arbitrages auxquels le législateur français a procédé lors de l'intégration de ces instruments éclairent sous un jour différent l'affirmation des possibilités d'investigation hors instruction. L'appréciation de la pertinence et de la rationalité de l'extension de celles-ci dans cette perspective particulière (b) suppose, au préalable, de rappeler certains éléments caractéristiques des évolutions des dispositions internes, consécutivement à l'adoption des instruments européens (a).

⁸⁵⁸ Etude d'impact jointe au projet de loi n°3473 préc., p. 10.

a) L'évolution des dispositions internes relatives à l'entraide consécutivement à l'adoption des instruments européens

255. Le poids de l'environnement juridique européen est à rechercher dans le développement du droit de l'entraide pénale européenne. S'il est évidemment hors de question de revenir en détail sur les apports des instruments européens dans le domaine de la coopération judiciaire entre les Etats parties à ceux-ci ou membres de l'Union, certains éléments caractéristiques de ces derniers, qui ont influencé l'évolution des dispositions du Code de procédure pénale en la matière (β), doivent être préalablement rappelés (α).

α) Les éléments caractéristiques de l'évolution de l'entraide judiciaire européenne en matière pénale

256. Les évolutions caractéristiques de l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres des organisations européennes -. D'une manière générale, les instruments européens ont promu la simplification et la fluidification de l'entraide judiciaire en matière pénale, nécessaires à l'efficacité et l'effectivité de la lutte contre une criminalité plus internationale. Par-delà certaines règles relatives aux modalités d'exécution des demandes d'entraide – en particulier l'atténuation de la règle classique « *locus regit actum* » en vue de faciliter la recevabilité des preuves ainsi collectées⁸⁵⁹, l'insertion de dispositions relatives aux délais d'exécution⁸⁶⁰ ou encore la modernisation des dispositions applicables⁸⁶¹ -, la recherche de fluidification de l'entraide judiciaire, s'est traduite par la judiciarisation de l'entraide et l'assouplissement concomitant des causes de refus de prêter à l'autorité requérante l'assistance requise.

257. La judiciarisation progressive de l'entraide -. La convention européenne

⁸⁵⁹ V. not., Conv. d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union, article 4§1 (« Dans les cas où l'entraide judiciaire est accordée, l'Etat membre requis respecte les formalités et les procédures expressément indiquées par l'Etat membre requérant, sauf disposition contraire de la présente convention et pour autant que ces formalités et procédures ne soient pas contraires aux principes fondamentaux du droit de l'Etat membre requis ». Sur ce point, V. not., A. WEYEMBERGH, « Coopération judiciaire en matière pénale », préc., n°32 ; D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSJ), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, n°898 et s., pp. 501 et s.

⁸⁶⁰ V. not., Conv. d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union, article 4§2 (« L'Etat membre requis exécute la demande d'entraide judiciaire dès que possible, en tenant compte au mieux des échéances de procédure ou d'autre nature indiquées par l'Etat membre requérant. Celui-ci explique les raisons de ces échéances »). Sur ce point, V. not., A. WEYEMBERGH, « Coopération judiciaire en matière pénale », préc., n°33 ; D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSJ), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, n°900, p. 502).

⁸⁶¹ Les dispositions de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres relatives aux interceptions transfrontières de télécommunications, aux enquêtes discrètes ou encore aux livraisons surveillées sont typiques de cette modernisation. V. not., A. WEYEMBERGH, « Coopération judiciaire en matière pénale », préc., n°34 e s. ; D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSJ), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op.cit.*, n°910 et s., p. 508 et s.).

d'entraide judiciaire de 1959 a maintenu le principe relativement traditionnel d'une transmission des demandes par le canal d'autorités centrales, substituant néanmoins au canal diplomatique - révélateur de la nature particulière du droit pénal international dans son ensemble⁸⁶² -, l'intervention des ministères de la Justice (article 15§1⁸⁶³)⁸⁶⁴. Elle a en revanche admis une entorse à ce principe en permettant, sans y obliger donc⁸⁶⁵, lorsque l'urgence le justifie (article 15§2), une transmission directe des commissions rogatoires internationales par souci de gain de temps⁸⁶⁶. La Convention d'application des Accords de Schengen et la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union ont plus sûrement imposé le principe de relations directes entre les autorités judiciaires des Etats parties⁸⁶⁷. L'application du principe de reconnaissance mutuelle entre les Etats membres de l'Union a, par définition, impliqué cette judiciarisation. L'article 7 de la directive relative à la décision d'enquête européenne qui généralise la reconnaissance mutuelle à l'entraide judiciaire mineure, prévoit ainsi qu'une décision d'enquête européenne – définie comme « *une décision judiciaire qui a été émise ou validée par une autorité judiciaire d'un Etat membre (ci-après dénommé «Etat d'émission») afin de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquête spécifiques dans un autre Etat membre (ci-après dénommé «Etat d'exécution») en vue d'obtenir des preuves* » (article 1§1) - « *est transmise par l'autorité d'émission à l'autorité d'exécution* » (article 7§1). Il ajoute que « *[t]oute autre communication officielle est [également] effectuée directement entre l'autorité d'émission et l'autorité d'exécution* » (article 7§2) tout en préservant néanmoins la faculté des Etats de désigner une ou plusieurs autorités centrales « *pour assister les autorités compétentes* » et « *si cela s'avère nécessaire en raison de l'organisation de son système judiciaire interne, [leur] confier la transmission administrative et la réception des décisions d'enquête européenne, ainsi que de toute autre correspondance officielle les concernant* » (article 7§3). L'évolution est cependant importante puisque si l'intervention d'autorités centrales n'est pas pleinement exclue, celles-ci n'interviennent qu'à titre d'appui pour faciliter la coopération.

⁸⁶² S'il appartient au droit pénal, il implique néanmoins « un contact entre plusieurs Etats souverains et la mise en œuvre de leur pouvoir répressif réciproque », qui constitue « l'un des plus importants attributs de leur souveraineté » (D. REBUT, *Droit pénal international*, Ed. Dalloz, Coll. « Précis », 2^e éd., 2014, Paris, spéc. n°7 et s., p. 6 et s.).

⁸⁶³ « *Les commissions rogatoires prévues aux articles 3, 4 et 5 ainsi que les demandes prévues à l'article 11 seront adressées par le ministère de la Justice de la partie requérante au ministère de la Justice de la partie requise et renvoyées par la même voie* ».

⁸⁶⁴ Sur la substitution de l'intervention du ministère de la Justice au canal diplomatique, V. not., D. REBUT, *Droit pénal international*, n°497, pp. 298-299.

⁸⁶⁵ V. not., Rapport explicatif à la convention européenne d'entraide judiciaire, p. 10.

⁸⁶⁶ D. REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., n°498, pp. 299 et s.

⁸⁶⁷ La CAAS a consacré cette voie indépendamment de l'urgence (article 53§1), sans néanmoins remettre en cause la faculté des Etats de privilégier une transmission par la voie des autorités centrales (article 53§2). La convention d'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mai 2000 l'a généralisé, en stipulant : « *[L]es demandes d'entraide et les échanges spontanés d'informations visés à l'article 7 sont faits par écrit, ou par tout moyen permettant d'en obtenir une trace écrite dans des conditions permettant à l'Etat membre destinataire d'en vérifier l'authenticité. [Elles] sont transmises directement entre les autorités judiciaires territorialement compétentes pour les présenter et les exécuter et il y est répondu par la même voie, sauf disposition contraire du présent article* » (article 6§1).

258. L'atténuation des motifs de refus -. Cette évolution du droit de l'entraide judiciaire européenne s'est accompagnée d'une limitation des causes de refus de l'entraide. En dépit d'une obligation de principe de prêter assistance (article 1^{er}), la convention européenne d'entraide judiciaire de 1959 en contenait de nombreux (article 2), pour certains rédigés en des termes si généraux qu'ils offraient des marges de manœuvre importantes pour refuser l'entraide. Ainsi de la possibilité de refuser d'apporter son concours aux autorités requérantes en cas de risque d'atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de son pays, prévu par la convention européenne d'entraide judiciaire de 1959 (article 2, b). Le protocole additionnel à la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union, qui a complété les conventions préexistantes, en a limité le nombre et encadré les conditions de leur invocation. En particulier, il a supprimé certains motifs classiques de refus, fondé sur le secret bancaire (article 7) ou la nature fiscale (article 8) ou politique (article 9) de l'infraction. Et, s'il a maintenu le motif tiré du risque d'une atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de la nation, il a toutefois prévu que l'Etat qui use de ce motif doit en informer le Conseil de l'Union européenne (article 10§1)⁸⁶⁸. L'application du principe de reconnaissance mutuelle à la matière pénale entre les Etats membres de l'Union a enfin eu pour effet de délimiter les causes de refus, les motifs de non-reconnaissance et de non-exécution y étant limitativement énumérés⁸⁶⁹.

259. L'évolution du droit européen de l'entraide judiciaire a été au fondement de différentes adaptations des dispositions internes relatives à la coopération en matière pénale. Elles reproduisent les principes généraux désormais applicables et transposent les décisions-cadres et directives adoptées dans l'enceinte de l'Union, comme en témoignent les évolutions du Titre X du Livre IV du Code de procédure pénale. Or, c'est dans la manière dont le législateur a transcrit ces instruments en droit interne que s'éclaire, nous semble-t-il, sous un autre jour la rationalité de l'affirmation des possibilités d'investigation lors d'une enquête. S'il ne peut s'agir de les relater dans leur détail, envisager la pertinence de l'extension des possibilités d'investigation hors instruction dans la perspective de l'entraide judiciaire suppose de rappeler, préalablement, les arbitrages du législateur et donc les évolutions des dispositions du Code de procédure pénale consécutives à l'adoption des instruments européens en la matière.

⁸⁶⁸ Pour une étude complète de l'évolution des dispositions inhérentes aux causes de refus, V. not., A. WEYEMBERGH, « Coopération judiciaire en matière pénale », préc., n°8 et s.

⁸⁶⁹ V. not., A. WEYEMBERGH, « Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne », préc., spéc. n°20.

β) *L'évolution consécutive des dispositions du Code de procédure pénale*

260. Les apports de la loi du 23 juin 1999 -. Les premières pierres de cet édifice ont été apportées par la loi n°99-515 du 23 juin 1999 renforçant la procédure pénale⁸⁷⁰. L'exposé des motifs du projet de loi présenté par Madame Guigou précisait alors que les dispositions relatives à l'entraide devaient prendre acte de la transformation des caractéristiques traditionnelles de celle-ci, « devenue un moyen d'action habituelle pour les juridictions pénales »⁸⁷¹. A cette fin, le projet de loi proposait de compléter le droit en vigueur qui, à défaut de conventions en stipulant autrement, renvoyait aux dispositions éparses de la loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers. Son article 30 précisait qu'« *[e]n cas de poursuites répressives, non politiques dans un pays étranger, les commissions rogatoires émanant de l'autorité étrangère sont reçues par la voie diplomatique, et transmises au ministère de la justice dans les formes prévues à l'article 10. [Elles] sont exécutées, s'il y a lieu, et conformément à la loi française* ». L'urgence permettait toutefois de faire exception à ce principe, les commissions rogatoires internationales pouvant, dans ces circonstances, faire « *l'objet de communications directes entre les autorités judiciaires des deux Etats, dans les formes prévues à l'article 19* ». Le procureur de la République était, dans ce cas, tenu d'aviser immédiatement le ministère des affaires étrangères, le ministre de la Justice et le procureur général des suites données tandis que l'absence d'avis donné par voie diplomatique par le gouvernement intéressé rendait ces communications directes sans effet.

261. La loi du 23 juin 1999 a spécifiquement fait cas de la judiciarisation de l'entraide judiciaire entre les Etats parties à la CAAS, donnant compétence aux procureurs généraux pour effectuer les transmissions des demandes et des actes d'entraide émanant des autorités d'un Etat partie et assurer le retour des pièces d'exécution (C.P.P., *anc.* article 695). Lui étaient également attribuées les compétences jusqu'alors confiées au ministère de la Justice par le paragraphe 2 de l'article 15 de la convention européenne d'entraide judiciaire de 1959 « *pour le retour des pièces d'exécution en urgence entre les autorités judiciaires françaises et les autres Etats parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990* » (C.P.P., *anc.* article 696). La circulaire d'application jointe a expliqué ces évolutions, soulignant qu'« à une époque où la transmission directe entre les autorités judiciaires doit devenir habituelle », ces nouvelles formalités devaient être le plus largement suivies⁸⁷². Corrélativement, la loi du 23 juin 1999 a explicitement permis aux autorités judiciaires sollicitant un acte urgent de saisir, dans le cadre des

⁸⁷⁰ L. n°99-515 du 23 juin 1999 renforçant la procédure pénale, *JORF*, 24 juin 1999, p. 9247.

⁸⁷¹ Projet de loi n°434 relatif aux alternatives aux poursuites et renforçant l'efficacité de la procédure pénale, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 mai 1998, Présenté par E. GUIGOU.

⁸⁷² Circ. Entraide judiciaire internationale, CRIM 99-15 F5/29-12-99 du 29 déc. 1999, point II.

conventions en vigueur, les autorités compétentes de l'Etat requis afin d'obtenir dans de meilleurs délais le retour des pièces d'exécution de l'acte sollicité (C.P.P., *anc.* article 696-1). Elle a ainsi ancré le principe des relations directes entre les autorités judiciaires. La loi a néanmoins veillé à ce que le recours à ce circuit court n'affecte pas la préservation de la souveraineté, de la sécurité, de l'ordre public et des autres intérêts essentiels de la Nation en précisant que « *[L]es autorités judiciaires saisies d'une demande d'entraide judiciaire [...] dont elles estiment que la mise à exécution pourrait être de nature à [y] porter atteinte [...] prennent les dispositions nécessaires pour permettre aux autorités compétentes d'apprécier la suite à lui réserver* ». L'expression d'« *autorités compétentes* » (C.P.P., *anc.* article 696-2) devait renvoyer aux « *autorités [qui le sont] au niveau du Gouvernement* »⁸⁷³ et cette remontée d'informations demeurer l'exception⁸⁷⁴. En parallèle, la loi a indiqué que lorsqu'un juge d'instruction directement saisi d'une demande d'entraide estimait que la demande adressée était susceptible de porter atteinte à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de la Nation, il lui revenait de saisir la Chancellerie « *par le canal du ministère public* »⁸⁷⁵, faisant ainsi de ce dernier une sorte d'intermédiaire obligé.

Son second apport a été de préciser les modalités d'exécution des demandes d'entraide⁸⁷⁶, en indiquant que « *[L]es demandes d'entraide émanant des autorités judiciaires étrangères sont exécutées, selon l'origine de la demande ou la nature des actes sollicités, dans les formes prévues par le présent code pour l'enquête, l'instruction ou l'audience de jugement* » (C.P.P., article 694). En cela, il s'agissait de permettre « *aux magistrats français de mieux répondre aux demandes étrangères en exécutant les commissions rogatoires conformément à celle-ci, sans être obligatoirement soumis aux dispositions de la procédure d'instruction* »⁸⁷⁷ : « *[L]a demande d'entraide [devait donc] être exécutée dans les formes prévues pour l'instruction [que] lorsqu'elle nécessit[ait] certains actes de procédure qui ne peuvent être ordonnés ou exécutés que par un juge d'instruction* »⁸⁷⁸.

⁸⁷³ ASSEMBLEE NATIONALE, 3^e séance du 6 avril 1999, Compte-rendu intégral, p. 3355.

⁸⁷⁴ La circulaire d'application a précisé ces dispositions, indiquant spécifiquement qu'il revenait aux autorités judiciaires de décider s'il y avait lieu de faire application de l'article 2 b) de la Convention et que ce motif de refus ne devait être que rarement évoqué, ajoutant que « l'action judiciaire n'est pas en soi de nature à porter atteinte aux intérêts essentiels du pays et doit, tout particulièrement entre les Etats de l'Union européenne, se développer dans un climat de confiance ». Il s'ensuivait que « [s]eules certaines demandes mettant en jeu des secrets dont la divulgation porterait atteinte aux intérêts essentiels du pays - notion qui concerne non seulement le domaine militaire, mais aussi notamment les domaines économique, écologique ou social - » devaient donc entrer dans le cadre d'application de ce texte (Circ. Entraide judiciaire internationale, CRIM 99-15 F5/29-12-99 du 29 déc. 1999, point I, 2).

⁸⁷⁵ *Ibid.*

⁸⁷⁶ L'article 30 de la loi de 1927 disposait simplement que les commissions rogatoires internationales « *sont exécutées [...] conformément à la loi française* ».

⁸⁷⁷ Projet de loi n°434, préc.

⁸⁷⁸ V. ég., Circ. Entraide judiciaire internationale, CRIM 99-15 F5/29-12-99 du 29 déc. 1999, point I, 1.

262. Les apports de la loi du 9 mars 2004 -. La loi du 9 mars 2004 a intégralement remanié le Titre X du Livre IV du CPP à la suite de la ratification de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union et de l'adoption de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen (C.P.P., articles 695-11 à 695-51)⁸⁷⁹. Les dispositions générales relatives à l'entraide introduites confirment toutefois les règles préfigurées par la loi du 23 juin 1999. Elles ont été pour partie refondues par l'ordonnance n°2016-1636 du 1^{er} décembre 2016⁸⁸⁰ pour transposer la directive concernant la décision d'enquête européenne. Plusieurs dispositions de la loi de mars 2004 doivent être rappelées dès lors que de leur combinaison peut résulter une autre justification à l'extension des possibilités d'investigation hors instruction.

263. Elle a d'abord introduit un nouvel article 695-1 qui, conformément au principe formulé par la convention d'entraide judiciaire entre les Etats membres de l'Union, a ancré le recul des autorités centrales au profit des autorités judiciaires : « *les demandes d'entraide sont transmises et les pièces d'exécution retournées directement entre les autorités judiciaires territorialement compétentes pour les délivrer et les exécuter* » selon les formes prévues aux articles 694-1 à 694-3 et « *sous réserve des dispositions de l'article 694-4* ».

Ces dispositions auquel il était renvoyé, également refondues par la loi de 2004, régissent encore généralement l'entraide judiciaire entre les autorités françaises et les autorités étrangères. Elles précisent qu'à défaut de convention judiciaire en stipulant autrement les demandes d'entraide émanant des autorités françaises sont adressées et les pièces d'exécution renvoyées par l'intermédiaire du ministère de la justice (C.P.P., article 694, 1^o) tandis que celles destinées aux autorités françaises le sont par la voie diplomatique (C.P.P., article 694, 2^o). L'urgence justifie cependant qu'il soit fait exception à ces règles, les demandes pouvant alors faire l'objet d'une transmission directe. Elles doivent, dans ce cas, donner lieu à un avis du gouvernement étranger par la voie diplomatique (C.P.P., article 694, *in fine*).

La loi a également précisé les modalités de cette transmission directe, opérant

⁸⁷⁹ V. not., M. MASSE, « L'entraide judiciaire internationale, version française (Loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité) », *RSC* 2004, p. 470, n°2 ; V. ég., F. FALLETTI, « Un nouvel espace international du ministère public », in *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts André Decocq*, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2004, p. 219.

⁸⁸⁰ Ord. n° 2016-1636 du 1^{er} décembre 2016 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale, *JORF* 2 déc. 2016, texte 37 et Décr. n° 2017-511 du 7 avril 2017 relatif à la décision d'enquête européenne en matière pénale, *JORF* 9 avr. 2017, texte 13, *AJ pén.* 2017, p. 115, obs. F.-X. ROUX-DEMARRE ; *Procédures* 2017, n°6, p. 21 ; V. ég. G. TAUPIAC-NOUVEL, « La transposition de la décision d'enquête européenne par l'ordonnance du 1^{er} décembre 2016 : une surprise attendue ... », 14 déc. 2016, accessible à l'adresse : www.gdr-elsj.eu.

alors une répartition claire des compétences entre le procureur de la République et le juge d'instruction. Elle a attribué au premier une compétence prioritaire pour exécuter les demandes d'entraide transmises, le second ne devant intervenir que lorsque les demandes adressées « *nécessitent certains actes de procédure qui ne peuvent être ordonnés ou exécutés qu'au cours d'une instruction préparatoire* » (C.P.P., article 694-2, al. 2)⁸⁸¹.

Elle a en outre précisé les modalités applicables lorsque la demande directement transmise aux autorités françaises est « *de nature à porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la Nation* ». Dans ce cas, le procureur de la République directement saisi doit en déférer au procureur général (C.P.P., article 694-4). Corrélativement, le juge d'instruction directement saisi « *communique immédiatement [la demande] pour avis au procureur de la République* » (C.P.P., article 694-1, *in fine*) ce qui, indépendamment de la préservation des compétences de chacun, doit garantir un contrôle des demandes susceptibles de porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la Nation. Il s'agissait, là, de concilier « la volonté du Gouvernement de favoriser la transmission directe des demandes d'entraide et la nécessité d'assurer la sauvegarde des intérêts essentiels de la Nation », qui doit rester un pré-carré des autorités gouvernementales⁸⁸².

L'article 694-3 du CPP a enfin précisé les règles applicables à l'exécution des demandes d'entraide adressées aux autorités françaises, reprenant l'assouplissement de la règle *locus regit actum* prévu par les conventions d'entraide judiciaire de l'Union (article 4) et du Conseil de l'Europe (Deuxième protocole additionnel, article 8) : les demandes sont donc exécutées selon les formes prévues par le CPP (C.P.P., article 694-3, al. 1), sous réserve des formes indiquées par l'autorité requérante et sauf à ce que celles-ci réduisent les garanties procédurales prévues par le droit français (C.P.P., article 694-3, al. 2).

264. Les précisions apportées par la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement -. La loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement⁸⁸³ a ajouté une disposition d'ordre général qui précise que lorsqu'une demande d'entraide adressée aux autorités françaises « *concerne des faits commis hors du territoire national* » mais « *susceptibles d'être en lien avec les missions réalisées, aux fins de la défense et de la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation prévus à l'article L. 811-3 du code de la sécurité intérieure, par un service spécialisé de renseignement prévu à l'article L. 811-2 du même code, le procureur de la République saisi de cette demande, ou avisé en application de l'article 694-1 du présent code, la transmet au*

⁸⁸¹ V. not., J.-L. WARSMANN, Rapport n°856, préc., p. 108.

⁸⁸² Cité par J.-L. WARSMANN *in* Rapport n°856, préc., p. 108.

⁸⁸³ L. n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, JORF 26 juil. 2015, p. 12735, texte 3.

procureur général qui en saisit le ministre de la justice, et informe, le cas échéant, le juge d'instruction de cette transmission ». Le ministre de la Justice en informe le ministre dont relève le service spécialisé de renseignement concerné afin de recueillir son avis. S'il y a lieu, il notifie à l'autorité judiciaire initialement saisie qu'il ne peut être donné suite, totalement ou partiellement, à la demande et en informe l'autorité requérante.

De la confrontation des différentes dispositions relatives à l'exécution des demandes d'entraide judiciaire adressées aux autorités françaises émerge, nous semble-t-il, une autre justification à l'extension des possibilités d'investigation hors instruction.

b) La justification complémentaire de l'extension des possibilités d'investigation hors instruction par les règles relatives à l'entraide judiciaire

265. Précision sur la situation visée -. Il n'est pas ici question de remettre en cause l'intérêt de la saisine du juge d'instruction dans le cadre d'investigations menées en France portant sur une affaire présentant une dimension transnationale et pouvant donc donner lieu à l'émission de demandes d'entraide par les autorités françaises. Dans ce cas, la complexité des faits, voire leur qualification criminelle, peut impliquer ou implique, en application de l'article 79 du CPP, la saisine du magistrat instructeur qui dispose, consécutivement, de tous les moyens légaux d'investigation et peut, en cas de besoin, solliciter l'entraide d'autorités étrangères aux fins de la réalisation de certains actes nécessaires à la manifestation de la vérité sur le territoire d'un Etat tiers. La question de la rationalité de l'extension des possibilités d'investigation en enquête se pose, en revanche, dans l'hypothèse où les autorités françaises sont sollicitées, dans le cadre d'une procédure ouverte par des autorités étrangères, aux fins de la réalisation d'un acte nécessaire à la manifestation de la vérité sur le territoire français.

266. Les implications de la combinaison des dispositions en vigueur -. Il résulte de la combinaison des dispositions générales applicables, façonnées par l'intégration des instruments européens, que le procureur de la République bénéficie d'une compétence principale et prioritaire dès lors que, par application des règles du Code de procédure pénale, l'exécution d'une demande d'entraide ne requiert pas l'ouverture d'une information. Le juge d'instruction saisi directement d'une demande émanant des autorités étrangères est corrélativement contraint d'aviser le parquet de la réception de cette demande aux fins, notamment, de la préservation de l'ordre public

et des intérêts essentiels de la Nation⁸⁸⁴. C'est dans la combinaison de ces différentes dispositions que réside, à notre avis, une justification complémentaire à l'extension des possibilités d'investigation hors instruction. Il s'ensuit, en effet, que plus celles-ci sont étendues, moins la saisine du juge d'instruction s'impose aux seules fins de la réalisation d'une demande d'entraide adressée par une autorité étrangère. Par définition, c'est essentiellement l'enrichissement des possibilités d'investigation en enquête préliminaire qui est ici opérant, les situations dans lesquelles l'entraide des autorités françaises est sollicitée se conciliant mal avec la conception de la flagrance. L'idée que l'enrichissement des possibilités d'investigation hors instruction puisse présenter, dans cette optique particulière, une certaine pertinence ou rationalité peut, il est vrai, être discutée et contestée. Elle nous semble être, cependant, une solution rationnelle.

267. La pertinence discutable de l'extension des possibilités d'investigation hors instruction dans la perspective de l'entraide judiciaire -. La pertinence d'une extension des possibilités d'investigation hors instruction dans cette perspective particulière peut d'abord être discutée. En effet, l'intervention du juge d'instruction dans cette situation spécifique assure une certaine fluidité à l'exécution des demandes d'entraide judiciaire étrangères. Juge du siège, le magistrat instructeur peut décider, seul, de procéder ou de faire procéder à la plupart des actes d'investigation sans solliciter l'autorisation préalable du JLD⁸⁸⁵. *A contrario*, les dispositions relatives à l'enquête imposent, pour les mesures les plus intrusives, l'autorisation du JLD en amont de leur mise en œuvre ce qui induit donc, une multiplication des formalités dans un domaine où l'efficacité est souvent dépendante de la célérité et donc de la réactivité des autorités concernées⁸⁸⁶. L'argument peut cependant être relativisé puisque le JLD intervient généralement dans un contexte supposant une certaine réactivité et est de fait rompu à la nécessité de se prononcer avec promptitude mais aussi parce que la saisine du juge d'instruction implique elle-même des formalités supplémentaires.

268. La pertinence contestable d'une extension des possibilités d'investigation dans la perspective de l'entraide judiciaire -. Elle peut également être contestée puisque la compétence prioritaire du parquet relativiserait un autre objectif de la judiciarisation de l'entraide ou, en d'autres termes, court-circuiterait la « dépolitisation » de celle-ci, appelée de leurs vœux par certains praticiens dès la fin des

⁸⁸⁴ V., *Supra*, n°260 et s.

⁸⁸⁵ V. cep., C.P.P., articles 706-96-1.

⁸⁸⁶ V. en ce sens, T. CASSUTO, « Portrait d'un juge d'instruction européen », *AJ pén.* 2015, p. 536.

années 1990⁸⁸⁷. Comme le relève Monsieur le Professeur Massé, l'omniprésence du procureur de la République dans les procédures d'entraide manifeste une « transition ou [la] transaction entre, d'une part, centralisation et décentralisation totales, d'autre part, gestion politique et gestion technique, juridique de la coopération »⁸⁸⁸, dès lors que le procureur est hiérarchiquement dépendant du pouvoir exécutif. *In fine*, la judiciarisation voulue par les instruments se révélerait plutôt de façade, les suspicions qu'emporte l'autorité hiérarchique du ministre de la Justice sur les magistrats du parquet dans les procédures internes ayant la même intensité dans les procédures d'entraide⁸⁸⁹. Certains propos tenus lors des travaux préalables à la loi du 23 juin 1999 accréditent d'ailleurs l'idée selon laquelle la consécration de la compétence principale du procureur devait permettre aux autorités gouvernementales de conserver une certaine mainmise sur celle-ci⁸⁹⁰. La contestation porte toutefois moins sur la compétence prioritaire du procureur qu'à son insuffisante indépendance statutaire qui constitue une problématique débordant largement le seul contexte de l'entraide judiciaire en matière pénale.

269. La rationalité de l'extension des possibilités d'investigation hors instruction dans la perspective de l'entraide judiciaire -. Malgré une première lecture plutôt négative, ou discutable, de la compétence prioritairement dévolue aux magistrats du parquet par le législateur français, l'articulation proposée par l'article 694-2 du CPP peut, par d'autres aspects, apparaître comme une solution plus rationnelle. Si l'insuffisante indépendance des parquetiers avive les interrogations sur l'implication éventuelle du pouvoir exécutif sur le cours des affaires transfrontières, le fait qu'il puisse intervenir lorsque les intérêts essentiels de la Nation ou l'ordre public risquent de se trouver affectés par l'exécution d'une demande d'entraide est en soi moins discutable. Ceci implique l'existence de mécanismes idoines de remontée de l'information. Or, que celle-ci se réalise par l'intermédiaire du représentant du ministère public n'est pas surprenant compte tenu du positionnement de celui-ci. Dans ces circonstances, investir

⁸⁸⁷ V. not., « L'appel de Genève », du 1^{er} octobre 1996, lancé par B. BERTOSSA, E. BRUTI LIBERATI, G. COLOMBO, B. DEJEMEPPE, B. GARZON REAL, C. JIMENEZ VILLAREJO, R. VAN RUYMBEKE ; D. ROBERT, *La justice ou le chaos*, éd. Stock, Paris, 1996, 347 p. (Le juge Renaud Van Ruyambeke y dénonçait les ingérences du pouvoir politique à travers le parquet dans la conduite des dossiers (p. 24 et s.) soulignant l'existence de techniques d'étouffement des affaires (pp. 28-36). Les autres magistrats avec lesquels s'est entretenu Monsieur Robert exposaient les problèmes résultant à des ingérences du pouvoir politique tant dans les affaires nationales que transnationales (pp. 115-117, 140, 215 et s., 270 et s., 287).

⁸⁸⁸ M. MASSE, « L'entraide judiciaire internationale, version française (Loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité) », préc.

⁸⁸⁹ F.-X. ROUX-DEMARRE, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, op. cit., n°143, p. 127.

⁸⁹⁰ Un député s'était alors inquiété de la pérennité du dispositif destiné à assurer la préservation des intérêts essentiels de la nation et de l'ordre public si, comme il l'était parallèlement proposé, les membres du ministère public gagnaient en autonomie (V., Rapport n°1328 sur le projet de loi relatif aux alternatives aux poursuites et renforçant l'efficacité de la procédure pénale, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 1999, Présenté par L. MERMAZ, spéc. p. 69).

le procureur de la République d'une compétence prioritaire dans l'exécution des demandes d'entraide procède finalement d'une certaine logique puisque son intervention est toujours requise en application des dispositions générales. En définitive, l'obligation de saisir le juge d'instruction lorsque l'exécution de la demande requiert, selon le droit interne, l'ouverture d'une information judiciaire engendre un alourdissement de la procédure dont la plus-value est incertaine.

270. Lorsque le juge d'instruction intervient aux seules fins de l'exécution d'une demande d'entraide, son rôle est plus parcellaire et sporadique puisqu'il ne sert qu'une procédure dont le maître d'œuvre reste l'autorité requérante (ou, selon la terminologie employée dans les instruments de reconnaissance mutuelle, l'autorité d'émission). Le rôle qu'il joue est bien différent de celui qui est le sien dans le cadre d'une information judiciaire ouverte en France dont la direction lui est confiée et qui est placée sous son contrôle permanent. Le souci de ne pas multiplier les hypothèses dans lesquelles le juge d'instruction est contraint d'intervenir aux fins de l'entraide donne à l'extension des possibilités d'investigation hors instruction une autre rationalité. L'observation s'impose probablement à plus forte raison que, dans le cadre de ses relations avec ses pairs de l'Union, son appréciation des faits et de la nécessité de procéder à l'exécution de l'acte sollicité est limitée eu égard à la réduction des causes de refus ou de non reconnaissance de la décision étrangère.

271. La rupture observable dans la transposition des instruments européens les plus récents -. Si on peut donc voir dans la multiplication des possibilités d'investigation hors instruction une solution revêtue d'une certaine rationalité dans une optique européenne, et donc dans l'entraide judiciaire une autre justification de cet enrichissement, constatons néanmoins que la transposition d'instruments plus récents, adoptés au sein de l'Union, rompt pour partie avec cette logique. Cette rupture était déjà observable dans les dispositions de la loi du 9 juillet 2010 qui ont retouché les articles de transposition de la décision-cadre 2003/577/JAI relative à l'exécution dans l'Union des décisions de gel de biens et d'éléments de preuve (CPP, articles 695-9-1 à 695-9-30)⁸⁹¹. Par souci de simplification, le nouvel article 695-9-10 du CPP, introduit sur amendement, avait en effet confié au juge d'instruction la

⁸⁹¹ V. not., A. BEZIZ-AYACHE, « La nouvelle procédure de gel de biens ou d'éléments de preuve », *AJ pén.* 2005, p. 410 ; M. MASSE, « L'évolution du droit en matière de gel et de confiscation », *RSC* 2006, p. 463 ; O. BEAUVALLET, « Entraide judiciaire internationale. – Dispositions propres à l'entraide entre la France et les autres États membres de l'Union européenne », préc., spéc. n°110 et s. ; V. ég., Présentation des dispositions du code de procédure pénale relatives au gel de biens ou d'éléments de preuve résultant de la loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice, CRIM 2005-20 CAB/10-08-2005, N°R : JUSDO530117C, *Bulletin Officiel du Ministère de la Justice*, n°99.

compétence de statuer et de faire exécuter l'ensemble des demandes de gel émanant d'une autorité étrangère, qu'elles portent sur les éléments de preuve ou sur des biens susceptibles de faire l'objet d'une confiscation⁸⁹². Cette compétence était jusqu'alors dévolue, selon l'objet de la demande, au juge d'instruction ou au couple procureur/JLD, ce qui révélait parfois un artifice à l'origine de complications⁸⁹³. Cette rupture est encore plus nette dans les dispositions de transposition de la directive relative à la décision d'enquête européenne. Le nouvel article 694-30 du CPP, introduit par l'ordonnance du 1^{er} décembre 2016 précitée, prévoit que la décision d'enquête européenne adressée aux autorités françaises est exécutée par le juge d'instruction, ou les enquêteurs rogatoirement commis, « *lorsqu[elle] porte sur des actes qui ne peuvent être ordonnés ou exécutés qu'au cours d'une instruction préparatoire* » (ce qui ne constitue donc qu'une reprise des dispositions générales) mais aussi lorsqu'elle concerne des actes qui « *ne peuvent être exécutés au cours d'une enquête qu'avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention* ». Il s'ensuit que le procureur de la République conserve sa compétence dans les seules hypothèses dans lesquelles la décision d'enquête européenne concerne des actes dont il peut lui-même décider l'accomplissement. La justification de cet arbitrage est peut-être à rechercher dans l'objet de cette directive qui a été de substituer à un cadre juridique « trop fragmenté et trop complexe »⁸⁹⁴ un cadre plus unitaire et, en conséquence, de remplacer un ensemble d'instruments préexistants, dont la décision-cadre 2003/577/JAI précité⁸⁹⁵. Or les dispositions de transposition de celle-ci avaient finalement donné lieu à l'attribution d'une compétence exclusive au juge d'instruction.

Nous pouvons cependant nous interroger sur le « désordre » qu'inspire cet arbitrage, à défaut de la réécriture des dispositions générales relatives à l'entraide judiciaire. En dehors de l'application de la directive précitée, le principe demeure que le procureur de la République est compétent pour exécuter les demandes d'entraide judiciaire sauf à ce que cette exécution requière l'ouverture d'une information judiciaire et donc, peu important que l'acte sollicité nécessite l'autorisation préalable du JLD, en application des dispositions du CPP, (C.P.P., article 694-2).

⁸⁹² V. ég., Rapport n°328 sur la proposition de loi visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale, Enregistré à la Présidence du Sénat le 24 février 2010, Présenté par F. ZOCCHETTO, spéc. p. 55.

⁸⁹³ Cette distribution des compétences entre le juge d'instruction et le JLD avait montré ses défauts en pratique. Comme l'a relevé Monsieur Duchaine, elle paraissait quelque peu artificielle puisqu'un bien gelé pouvait, dans l'hypothèse d'infractions contre les biens notamment, constituer à la fois un élément de preuve et le produit d'une infraction et donc relever de la compétence de l'un ou des autres (V., Rapport n°1689 sur la proposition de loi visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le mercredi 20 mai 2009, Présenté par M. G. GEOFFROY, spéc. p. 69).

⁸⁹⁴ Dir. 2014/41/UE, consid. 5.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, article 34.

272. Conclusion de la section seconde -. Malgré l'incontestable influence des droits européens sur la mise en état des affaires pénales, ces derniers se caractérisent également par certaines limites qui relativisent nécessairement leur impact sur celle-ci et reflètent *in fine*, généralement, les marges de manœuvres concédées aux Etats et la prise en considération de la volonté de ces derniers dans l'élaboration du droit à son application. Cela tempère inévitablement l'influence des droits européens sur la mutation qui s'observe actuellement en droit interne. S'ils ne s'y sont pas opposés et qu'ils ne l'ont pas davantage imposé, on peut néanmoins voir dans le développement de ces droits la source d'un contexte favorable à cette métamorphose.

Conclusion du Premier Chapitre

273. Au terme d'un exposé de l'influence identifiée des droits européens sur la mise en état des affaires pénales, qui malgré sa consistance n'a pas la prétention d'être une radiographie exhaustive de l'impact de ces droits sur celle-ci, deux remarques essentielles s'imposent probablement. D'une part, les droits européens, dont l'une des principales caractéristiques est de transcender certains particularismes nationaux au profit de l'application plus systématique de standards et solutions communes, ont été à l'origine du délitement de certaines logiques classiques du système français, devenues certes contestables à mesure de la montée en puissance de l'enquête dans l'avant-procès. L'impact sur le seuil de déclenchement des garanties procédurales de l'examen global du caractère équitable de la procédure par la Cour européenne, qui s'est traduit dans les instruments de l'Union par une certaine assimilation du suspect et de la personne poursuivie au stade des investigations, est sans doute l'exemple le plus révélateur d'une acculturation, à marche forcée, du système français aux standards européens. En cela, les droits du Conseil de l'Europe et de l'Union ont été, au côté de l'affermissement des exigences constitutionnelles, au cœur de ce que certains auteurs qualifient de « basculement » de la procédure vers l'enquête⁸⁹⁶ ou d'une lente assimilation du simple suspect et de la personne mise en examen, selon d'autres⁸⁹⁷. Reste la question de la

⁸⁹⁶ B. DE LAMY, « L'avancée des garanties en matière de garde à vue ou la consécration d'un basculement de la procédure pénale vers la phase policière ? », *RSC* 2011, p. 165.

⁸⁹⁷ F. CASORLA, « Le point de vue du magistrat – Vers l'inconstitutionnalité pour inconventionnalité du code de procédure pénale ? », *RPDP* 2010, p. 615 ; V. déjà, J.-P. GHENASSIA, « L'approche du policier », in *Inquisitoire-Accusatoire, Un écroulement des dogmes en procédure pénale ?*, Colloque international Aix-en-Provence, 9-10 juin 1997, *RIDP* 1997, p. 103.

consistance de ces droits à un stade moins avancé. Là est tout le débat ... D'autre part, si la transcendance des droits européens emporte nécessairement le constat d'une certaine indifférence de ces derniers pour la montée en puissance de l'enquête de police au détriment de l'information, le développement de l'entraide pénale européenne, qui présente des caractéristiques singulières en comparaison d'instruments plus classiques, a probablement participé à la formation d'un contexte propice à l'extension des possibilités d'investigation hors instruction. Or, celle-ci est un facteur, sinon la condition, de la mutation qui s'observe et qui est au cœur du débat sur l'équilibre qu'assure encore aujourd'hui la mise en état des affaires pénales entre l'efficacité de la répression et la sauvegarde des droits des personnes concernées. Les perspectives actuellement ouvertes au niveau de l'Union ne pourront que forcer, nous semble-t-il, la métamorphose observée.

Chapitre Second

La perspective d'influences nouvelles avec l'aboutissement du projet de création d'un Parquet européen

274. Envisager la « perspective d'influences nouvelles » ne peut consister à anticiper les arrêts de la Cour européenne, ce qui serait de l'ordre de la divination. Il pourrait, en revanche, s'agir d'anticiper les adaptations qu'impliquera la transposition fidèle des dernières directives tendant au rapprochement des droits procéduraux. Songeons à la directive relative à la présomption d'innocence, qui supposera que le droit interne s'approprie plus sûrement certaines notions européennes à l'image du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination⁸⁹⁸. Pensons encore à la directive dite « Enfants » qui suggèrera certaines adaptations ; les marges de manœuvre et les dérogations qu'elle contient relativiseront toutefois les modifications requises en vue de sa bonne application⁸⁹⁹. Par-là, nous entendrons surtout anticiper les implications de la mise en œuvre d'un projet européen ancien, qui a pris une tournure plus concrète : la création d'un parquet européen.

275. **La genèse du projet** -. Les origines de ce projet, qui a alimenté les discussions pendant plus de vingt ans⁹⁰⁰, sont bien connues⁹⁰¹. En 1996, le président

⁸⁹⁸ T. CASSUTO, « Dernières directives relatives aux droits procéduraux », *AJ pén.* 2016, p. 314.

⁸⁹⁹ *Ibid.*

⁹⁰⁰ J. LEBLOIS-HAPPE, « Un parquet européen : quand, comment et pourquoi ? », in F.-X. ROUX-DEMARRE et G. ROUSSEL (sous la dir.), *L'eupéanisation de la justice pénale*, Ed. Cujas, Coll. « Actes & Etudes », Paris, 2016.

⁹⁰¹ V. not., M. DELMAS-MARTY, « La genèse du projet du procureur européen », in COUR DE CASSATION (sous l'égide), *Quelles perspectives pour un ministère public européen ? protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Dalloz, Thèmes et

du Parlement européen, Klaus Hänsch, a esquissé l'idée d'un organe européen doté de pouvoirs opérationnels. La proposition a surtout été précisée par un groupe d'éminents pénalistes européens piloté par Madame le Professeur Delmas-Marty⁹⁰². Réuni par la Commission européenne à la demande du Parlement européen, il avait publié dès 1997, le *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*. Face aux lacunes révélées de la protection du budget commun⁹⁰³ et « l'absurdité [...] qui veut que nos frontières nationales soient grandes ouvertes aux criminels et fermées à ceux chargés de la lutte contre le crime »⁹⁰⁴, ce groupe avait proposé l'institution d'un espace pénal européen, impliquant la création d'un procureur européen compétent sur l'ensemble du territoire des Etats membres pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs et complices d'atteintes aux intérêts financiers de l'Union. Cette proposition devait susciter un débat important et des réactions diverses, allant d'une opposition radicale⁹⁰⁵ au soutien affirmé du Parlement européen⁹⁰⁶. D'autres proposaient des solutions alternatives, moins ambitieuses⁹⁰⁷. A la suite d'une période de consultations, la première version du projet avait été retouchée⁹⁰⁸. Puis, la Commission européenne saisissait l'occasion de la Conférence intergouvernementale de Nice pour proposer, dans le cadre des réformes institutionnelles, une modification des traités afin d'y inclure la base juridique nécessaire à la création d'une autorité européenne d'investigation et de poursuite, disposant des pouvoirs opérationnels appropriés. La proposition s'est cependant heurtée à l'hostilité

Commentaires, Paris, 2010, p. 163 ; H. LABAYLE, « Mise en perspective », *ibid.*, p. 49 ; F. FALLETTI, « Introduction », *Ibid.*, p.157 ; V. ég., J. TRICOT, « Ministère public européen et systèmes nationaux : les enjeux de l'articulation verticale », in G. GIUDICELLI-DELAGE et S. MANACORDA (sous la dir.), *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Société de Législation comparée, UMR de Droit comparé de Paris, Vol. 10, 2005, p. 181, spéc., pp. 183 et s.

⁹⁰² V. not., R. SICURELA, « Vers un espace judiciaire européen : un Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne », *RSC* 1997, p. 363 ; F. DE ANGELIS, « Le corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne : origines et perspectives », *D.* 1998, p. 221 ; S. MANACORDA, « Le Corpus juris et l' "unification tempérée" dans la construction de l'espace pénal européen contre la fraude », *Justices*, 1998 n. 10, p. 61 ; S. MANACORDA, « Pour un *Corpus juris* : Perspectives d'unification du droit pénal des affaires en Europe », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, n°36, 2^e trimestre 1999, p. 155.

⁹⁰³ V. not., K. TIEDEMAN, « La protection pénale des intérêts financiers de la Communauté », in COMMUNAUTES EUROPEENNES - COMMISSION, *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté, Actes du Séminaire organisé par le Contrôle financier et le Service juridique de la Commission des Communautés Européennes, les 27, 28 et 29 novembre 1989 à Bruxelles*, Bruxelles, Luxembourg, 1990, p. 142, spéc. p. 143

⁹⁰⁴ M. DELMAS-MARTY (sous la dir.), *Corpus Juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, Economica, 1997, p.41.

⁹⁰⁵ V. not., J.-C. FOURGOUX, « Un espace judiciaire contre la fraude communautaire : un corpus juris entre rêve et réalité », *D.* 1997, p. 348.

⁹⁰⁶ Résolution du Parlement européen sur le rapport annuel de la Commission pour l'année 1996, *JOCE*. C 339 du 10 nov. 1997, p. 68 ; Résolution sur les poursuites pénales dans l'Union européenne (Corpus Juris), du 13 avril 1999 ; Résolution du 16 mai 2000 sur le Rapport annuel de la Commission sur la protection des intérêts financiers des Communautés pour l'année 1998 ; Résolution du 13 décembre 2000 sur la stratégie antifraude de la Commission, *J.O.C.E* C 232 du 17 août 2001, p. 191.

⁹⁰⁷ Ainsi de la création d'Eurojust.

⁹⁰⁸ *Corpus juris*, dit « version de Florence », V., M. DELMAS-MARTY et J.A.E. VERVAELE, *La mise en œuvre du Corpus juris dans les États membres*, Intersentia, 2000, Vol. 1.

des Etats, à la faveur d'une « solution de repli »⁹⁰⁹, plus mesurée⁹¹⁰, consistant en la création d'Eurojust. La Commission n'a toutefois pas désarmé, publiant un Livre vert sur la création d'un procureur européen. Il s'agissait alors de préciser la plus-value apportée par un tel organe dans la lutte contre les fraudes au budget commun et de poursuivre le débat sur sa création, sa structuration, son organisation et son fonctionnement⁹¹¹. Suivi d'une période de consultations, donnant lieu à plus de soixante-dix contributions d'acteurs institutionnels et de représentants de la société civile dans chaque Etat membre⁹¹², il donnait lieu à un rapport de suivi synthétisant la diversité des opinions. Si le principe de la création d'une autorité supranationale d'enquête et de poursuite était assez largement admis, les avis restaient plus partagés s'agissant de sa structure, de sa compétence, de ses attributions ou encore de ses relations avec les autorités nationales ou les acteurs européens existants⁹¹³.

276. Le projet de traité constitutionnel lui a emboîté le pas, proposant l'insertion d'une base juridique indispensable à sa création. Son article III-274 prévoyait, alors, que « [p]our combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, une loi européenne du Conseil peut instituer un Parquet européen à partir d'Eurojust » après décision unanime du Conseil et approbation du Parlement. Il précisait ses missions⁹¹⁴, reprenant presque mot pour mot le *Corpus juris*, et définissait son champ de compétence, limité à la protection des intérêts financiers européens. Il renvoyait, en revanche, à une loi européenne le soin de déterminer son statut, les conditions d'exercice de ses fonctions, les règles de procédure applicables à ses activités et gouvernant l'admissibilité des preuves ainsi que celles relatives au contrôle judiciaire des actes de procédures arrêtés dans l'exercice de ses fonctions. L'article 86 du TFUE a repris, pour une large part, l'article III-274 du

⁹⁰⁹ M. MANGENT, « Un organe judiciaire pour l'Union européenne : Eurojust (1999-2004) », *Eipascopie* 2005/1, p. 29.

⁹¹⁰ M. DELMAS-MARTY, « Avant-propos : Procureur européen et mondialisation », in *Le procureur européen, que peut-on en attendre ?*, Actes du Colloque organisé à Strasbourg, 2002, polycoché ; *Contra*, Rapport n°565, sur la création d'un procureur européen [COM (2001) 715 final / E 1912 et COM (2001) 272 final / E 1758], Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 janvier 2003, Présenté par G. GEOFFROY, p. 11 (pour lequel la création de cette autorité n'était en rien « destinée à faire diversion face à la proposition de création d'un procureur européen »).

⁹¹¹ Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, du 11 déc. 2001, COM(2001)715 final, spéc. p. 13 et s.; V. ég., Rapport d'informations n°442 sur la création d'un procureur européen, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 nov. 2002, par A. RENE et J. LE FLOCH ; Rapport n°565, sur la création d'un procureur européen [COM (2001) 715 final / E 1912 et COM (2001) 272 final / E 1758], Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 janvier 2003, par G. GEOFFROY.

⁹¹² Ces contributions sont disponibles à l'adresse suivante : ec.europa.eu/anti-fraud/about-us/legal-framework/green_paper/items/contributions_date_fr.

⁹¹³ Rapport de suivi du Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, COM(2003)128, Bruxelles, 19 mars 2003.

⁹¹⁴ Soit, « rechercher, poursuivre [.] renvoyer en jugement, le cas échéant en liaison avec Europol, les auteurs et complices d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union [et exercer] l'action publique devant les juridictions compétentes des Etats membres ».

projet à la suite de l'échec de celui-ci, insérant donc la base juridique nécessaire à sa création⁹¹⁵.

277. Celle-ci a depuis pris une tournure bien plus concrète. Dès 2011, les discussions se sont intensifiées au sein des institutions européennes⁹¹⁶, puis se sont succédées à un rythme soutenu⁹¹⁷. Des études, cofinancées par la Commission, ont parallèlement mis en évidence l'intérêt d'un Parquet européen⁹¹⁸ voire, pour certaines, envisagé les règles qui pourraient régir son action⁹¹⁹. En particulier, l'« Eppo-project » a donné lieu, sur la base d'une étude de droit comparé des législations des Etats membres⁹²⁰, à l'élaboration de « règles modèles » déterminant ses pouvoirs ainsi que les garanties offertes aux personnes concernées par une procédure diligentée par le Parquet européen. La Commission a finalement présenté sa proposition de règlement en juillet 2013⁹²¹. Celle-ci s'est heurtée à une résistance de nombreux Parlements nationaux, dont l'Assemblée nationale⁹²² et le Sénat⁹²³ français. Ils ont contesté le respect du principe de subsidiarité, ce qui a donné lieu au déclenchement du mécanisme de contrôle prévu par le protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité et obligé la Commission à réexaminer sa proposition⁹²⁴. Elle l'a maintenue, précisant

⁹¹⁵ V. not., H. LABAYLE, « Mise en perspective », préc., p. 49 ; V. ég., CONSEIL D'ETAT, *Réflexion sur l'institution d'un parquet européen*, Etude adoptée le 24 fév. 2011 par l'Assemblée plénière du Conseil d'Etat, La Documentation française, 138 p.

⁹¹⁶ V. not., Résolution du Parlement européen du 6 mai 2010 sur la protection des intérêts financiers des Communautés et la lutte contre la fraude – rapport annuel 2008 (2009/2167(INI)), point 28 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne par le droit pénal et les enquêtes administratives, « Une politique intégrée pour protéger l'argent des contribuables », COM(2011)293 final, point 4, p. 10.

⁹¹⁷ Pour un aperçu, V., Proposition de Règlement du Conseil portant création d'un Parquet européen, COM(2013)534 final, Bruxelles, 17 juillet 2013, pp. 3-4.

⁹¹⁸ M. WADE, *EuroNEEDs, Evaluating the need for and the needs of a European Criminal Justice System*, Max Planck Institute für ausländisches und internationales Strafrecht, Rapport préliminaire, 2011.

⁹¹⁹ K. LIGETI (sous la dir.), *Model Rules for the procedure of the EPPO*, Université de Luxembourg, <http://www.eppo-project.eu>.

⁹²⁰ K. LIGETI (sous la dir.), *Toward a Prosecutor for the European Union*, Vol. 1, A comparative analysis, *op. cit.*

⁹²¹ Proposition de Règlement du Conseil portant création d'un Parquet européen, COM(2013)534 final, Bruxelles, 17 juillet 2013. V. not., V. ALEXANDROVA, « Chapter 2 : Presentation of the Commission's Proposal on the Establishment of the European Public Prosecutor's Office », in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ et M. PAWLIK (éd.), *The European Public Prosecutor's Office, An extended arm or a two-headed dragon ?*, Asser Press, Springer, La Haye, 2015, p. 11 ; S. MANACORDA, « Le droit pénal de l'Union à l'heure de la Charte et du Parquet européen », *RSC* 2013, p. 927.

⁹²² Résolution européenne sur la proposition de règlement du Conseil, du 17 décembre 2013, portant création du Parquet européen (COM[2013] 534 final), 31 janv. 2014 ; V., Rapport n°1658, sur la proposition de résolution européenne n°1616 de MM. J.-J. URVOAS, G. GEOFFROY et Mme M. KARAMANLI, sur la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 décembre 2013, par Mme M. KARAMANLI. L'Assemblée nationale française n'a pas contesté le principe même de la création d'un Parquet européen, mais certaines modalités prévues par la proposition de règlement, touchant en particulier sur la structure du Parquet européen, sa compétence *ratione materiae* ou encore le contrôle juridictionnel de ses actes.

⁹²³ Résolution européenne n°26 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement portant création du Parquet européen (COM (2013) 534), 28 oct. 2013. Le Sénat français ne s'était pas opposé à la création du Parquet européen (V. ég., Résolution européenne n°70, sur la création d'un Parquet européen, 15 janv. 2013) mais à sa structure et à son organisation.

⁹²⁴ H. LABAYLE, « Parquet européen et contrôle de subsidiarité : premier carton jaune pour l'Espace de liberté », www.gdr-elsj.eu, 8 janv. 2014 ; V. ég. H. BANG, F. MADSEN et T. ELHOLM, « Chapter 2 : EPPO and the Principle of

néanmoins qu'elle ferait cas des observations des parlements nationaux à l'occasion des négociations⁹²⁵. La proposition a constitué la base des négociations au sein du Conseil, esquissant progressivement les traits de ce nouvel acteur européen.

Si ce qui n'était encore qu'un projet est aujourd'hui réalité, il n'est pas dénué d'intérêt, avant que ne soient ultérieurement envisagées les répercussions possibles de la création de ce nouvel acteur sur le droit interne, ou du moins les interrogations que sa mise en œuvre suscitera, de rappeler les raisons qui ont conduit à cette proposition (Section Première) et celles qui ont ralenti son aboutissement (Section Seconde).

Section Première. Les raisons de la création d'un Parquet européen

278. Comme toute autre action de l'Union dans le champ pénal, la création du Parquet européen doit répondre des principes directeurs régulant l'exercice par l'Union de ses compétences, au premier rang desquels figure le principe de subsidiarité (TFUE, article 5§§3)⁹²⁶. La création du Parquet européen doit donc avant tout répondre d'une nécessité que l'Union doit concrètement justifier. La Commission a précisément dû s'en expliquer à la suite du « carton jaune » décerné à sa proposition par les parlements nationaux. Certains avaient notamment soutenu que l'adjonction d'un nouvel acteur à l'OLAF⁹²⁷, Europol et Eurojust⁹²⁸ n'était pas nécessaire et, qu'avant d'envisager une solution plus ambitieuse, il était préférable de renforcer les acteurs européens existants, comme le permettait le Traité de Lisbonne⁹²⁹.

Subsidiarity », in P. ASP (sous la dir.) *The European Public Prosecutor's Office, Legal and Criminal Policy Perspectives*, Skifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockhoms universitet nr 83, Stockholm, 2015, p. 31 ;

⁹²⁵ COMMISSION EUROPEENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et aux Parlements nationaux relative au réexamen de la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen au regard du principe de subsidiarité conformément au protocole n°2, COM(2013)851 final, Bruxelles, 27 nov. 2013.

⁹²⁶ V. *Supra*, n°223 et s.

⁹²⁷ COMMISSION EUROPEENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et aux Parlements nationaux relative au réexamen de la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen au regard du principe de subsidiarité conformément au protocole n°2, pp. 6 et s.

⁹²⁸ *Ibid.* ; V. ég. J. KONRAD, « L'expérience allemande », in *Quelles perspectives pour un ministère public européen ? protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, *op. cit.* ; CONSEIL D'ETAT, *Réflexion sur l'institution d'un parquet européen*, *op.cit.*, pp. 33 et s.

⁹²⁹ V. not., L. PAPRZYCKI, « Le renforcement des dispositifs existants », in COUR DE CASSATION (sous l'égide), *Quelles perspectives pour un ministère public européen ? protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, *op. cit.*, p. 93 ; M. CONINSX, « Le renforcement des dispositifs existants et la protection des intérêts fondamentaux de l'Union européenne. Eurojust et le Parquet européen », *ibid.*, p. 113 ; L. DE MATTEIS, « Les améliorations récentes des dispositifs de lutte contre la fraude au budget de l'Union et contre les atteintes aux intérêts financiers de l'Union », *ibid.*, p. 125.

279. La Commission a toutefois souligné les limites intrinsèques des acteurs existants et expliquer, études⁹³⁰ et statistiques à l'appui⁹³¹, l'inefficacité et l'inégalité de la lutte contre les atteintes aux intérêts financiers de l'Union, dont le montant oscillerait entre 500 millions et 3 milliards d'euros⁹³². Elle a ainsi rappelé que l'OLAF, compétent dans le domaine visé, n'était pas habilité à mener des enquêtes judiciaires et qu'il n'avait aucune prise sur les décisions des autorités internes à la suite de la transmission d'un rapport⁹³³. La Commission a alors fait observer que, pour les années 2006 à 2011, plus de la moitié des actions transmises aux autorités répressives nationales avaient été classées sans suite et relevé que le taux moyen de condamnation restait relativement faible (42,3%). Ce constat nourrissait d'autant plus d'inquiétudes que les données observées concernaient des affaires pour lesquelles l'OLAF avait estimé que l'ouverture d'une enquête se justifiait⁹³⁴. Elle a également fait remarquer que l'aboutissement des procédures variait d'un Etat membre à un autre (de 19,2% à 91,7%, exception faite de ceux enregistrant un taux de 0 ou de 100%), ce qui révélait une profonde disparité de traitement dans la protection des intérêts financiers de l'Union. Parallèlement, la Commission a souligné que ni Europol, ni Eurojust, dont l'objectif est de faciliter la coopération que se prêtent les autorités nationales, ne pouvaient mener des investigations et *a fortiori* engager des poursuites. Or, si le traité de Lisbonne permettait, il est vrai, de renforcer leurs attributions, même la réforme la plus aboutie qui consisterait à donner à Eurojust le pouvoir d'ouvrir une enquête pénale, ne suffirait à

⁹³⁰ V. not., M. WADE, « EuroNEEDs, Evaluating the need for and the needs of a European Criminal Justice System », Max Planck Institute für ausländisches und internationales Strafrecht, Rapport préliminaire, 2011 ; V. ég., Commission staff working paper to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, accompanying the document Communication from the Commission On the protection of the financial interests of the European Union by criminal law and by administrative investigations : An integrated policy to safeguard taxpayers' money, Bruxelles, 26 mai 2011, SEC(2011) 621 final, spéc. pp. 19 et s. (ce document de travail reprend les principaux constats de l'étude EuroNEEDs).

⁹³¹ OLAF, *The OLAF report 2011*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2012.

⁹³² PARLEMENT EUROPEEN, Résolution du Parlement européen du 29 avril 2015 sur la proposition de règlement du Conseil portant création d'un Parquet européen, COM(2013)534 – 2013/0255(APP) ; V. ég., COMMISSION EUROPEENNE, Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Protection des intérêts financiers de l'Union – Lutte contre la fraude – Rapport 2010, COM(2011) 595 final, accompagné des documents de travail des services de la Commission SEC(2011) 1107 final, SEC(2011) 1108 final et SEC(2011) 1109 final.

⁹³³ COMMISSION EUROPEENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et aux Parlements nationaux relative au réexamen de la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen au regard du principe de subsidiarité conformément au protocole n°2, COM(2013)851 final, préc., point 2.3., p. 8. L'OLAF est compétent réaliser des enquêtes administratives. Il ne peut, en revanche, contraindre les autorités nationales à agir et à poursuivre les auteurs des infractions qu'il a éventuellement pu constater. Ces conclusions ne sont que de simples recommandations (V., Trib. Prem. Inst., Ord. 13 juil. 2004, Aff. T-29/03, *Comunidad Autónoma de Andalucía c. Commission des Communautés européennes*, Rec. 2004 II-02923, point 37 ; Trib. Prem. Inst., Arrêt, 6 avr. 2006, *Manel Camós Grau c. Commission des Communautés européennes*, Rec. 2006 II-01173, point 51) qui ne peuvent s'imposer aux autorités internes.

⁹³⁴ COMMISSION EUROPEENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et aux Parlements nationaux relative au réexamen de la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen au regard du principe de subsidiarité conformément au protocole n°2, préc. p. 7 ; V. ég. OLAF, *The OLAF report 2011*, préc., tableau 6, p. 20.

remédier aux lacunes actuelles en matière de répression de la fraude commise au préjudice de l'Union⁹³⁵.

280. L'insuffisance de l'action des autorités internes dans la lutte contre les atteintes aux intérêts financiers de l'Union peut, elle, s'expliquer par une combinaison de facteurs. Ils tiennent, d'abord, aux divergences persistantes entre les législations nationales qui complexifient l'aboutissement des procédures à l'encontre d'infractions revêtues d'une dimension transfrontière⁹³⁶. Ils tiennent, encore, à la complexité et aux incertitudes de l'entraide pénale malgré les améliorations au sein de l'Union, qui encouragent parfois des praticiens à ne s'intéresser qu'aux aspects nationaux d'une affaire en dépit de leur dimension européenne⁹³⁷. Les aléas des « priorités politiques nationales »⁹³⁸ ainsi que les contraintes pesant sur les différents systèmes de justice pénale, tels que le manque de ressources humaines ou matérielles⁹³⁹ et l'absence d'autorités spécialisées, ont également été présentés comme une cause de l'inertie et de l'insuffisante efficacité de la lutte contre les fraudes commises au préjudice de l'Union européenne⁹⁴⁰.

281. Pour la Commission, seule la création du Parquet européen était à même de pallier ces difficultés et, partant, d'assurer l'efficacité requise à la protection des intérêts financiers européens. Compte tenu de la structure d'une telle autorité, « il ne serait plus [...] nécessaire de recourir à de longues procédures d'entraide judiciaire pour obtenir des informations ou des éléments de preuves »⁹⁴¹. En outre, sa création permettrait d'appréhender les cas de fraudes dans leur ensemble en simplifiant l'établissement de

⁹³⁵ COMMISSION EUROPEENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et aux Parlements nationaux relative au réexamen de la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen au regard du principe de subsidiarité conformément au protocole n°2, préc., p. 8.

⁹³⁶ COMMISSION EUROPEENNE, Communication sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne par le droit pénal et les enquêtes administratives, « Une politique intégrée pour protéger l'argent des contribuables », COM(2011)293 final, préc., point 3.2.2.

⁹³⁷ COMMISSION EUROPEENNE, Fiche financière législative, annexée Proposition de règlement du Conseil portant création d'un Parquet européen, COM(2013)534 final, point 1.5.3, p. 56 ; V. ég., V. not., M. WADE, « EuroNEEDs, Evaluating the need for and the needs of a European Criminal Justice System », pp. 19 et s. ; Commission staff working paper to the European Parliament, SEC(2011)621 final, préc., pp. 19-20.

⁹³⁸ Fiche financière législative, annexée Proposition de règlement du Conseil portant création d'un Parquet européen, COM(2013)534 final, p. 55, point 1.5.1.

⁹³⁹ COMMISSION EUROPEENNE, Communication sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne par le droit pénal et les enquêtes administratives, « Une politique intégrée pour protéger l'argent des contribuables », COM(2011)293 final, préc., point 2.2 ; Proposition de règlement du Conseil portant création d'un Parquet européen, COM(2013)534 final, Exposé des motifs, point 1.

⁹⁴⁰ COMMISSION EUROPEENNE, Communication sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne par le droit pénal et les enquêtes administratives, « Une politique intégrée pour protéger l'argent des contribuables », COM(2011)293 final, préc., point 2.2.

⁹⁴¹ COMMISSION EUROPEENNE, Communication sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne par le droit pénal et les enquêtes administratives, « Une politique intégrée pour protéger l'argent des contribuables », COM(2011)293 final, préc., point 2.4, p. 11.

connexions entre différentes affaires. L'installation du Parquet européen contribuerait, enfin, à la cohérence de la répression au sein de l'espace européen. La détermination d'une politique commune de poursuite en son sein remédierait en effet aux importantes disparités constatées dans la répression de telles infractions, évitant par là même que leurs auteurs « ne fassent la chasse à la législation la plus favorable »⁹⁴².

Le caractère prioritaire donné à la création du Parquet européen au sein du Conseil et les négociations qui ont suivi témoignent probablement qu'en dépit d'importantes divergences de vues entre les Etats membres, un certain consensus s'était installé sur la nécessité de la création d'une autorité plus opérationnelle que les acteurs existants à l'échelle de l'Union. Longtemps, la création du Parquet européen est cependant restée incertaine, ce qui s'expliquait par une combinaison des raisons.

Section Seconde. Les entraves contemporaines à la création du Parquet européen

282. Il était encore, il y a peu, particulièrement délicat de déterminer si le Parquet européen allait voir le jour et, dans l'affirmative, quand sa création allait être actée. Certes, l'avancement des travaux au sein du Conseil, l'intérêt du Parlement européen pour ce projet et l'impérieuse nécessité de protéger le budget européen dans un contexte de crise financière laissaient penser que le Parquet européen serait créé avant le passage à une nouvelle décennie⁹⁴³. L'hostilité de certains Etats membres de même que la progression d'un sentiment anti-européen constituaient cependant des freins sérieux à l'aboutissement de ce projet ambitieux. L'entrave que constitue la réticence de certains Etats à l'avènement de cette nouvelle structure était d'autant plus aigüe que l'article 86 du TFUE a subordonné sa création à l'obtention d'un accord unanime, obligeant à la recherche d'un consensus. A cette première difficulté s'en est greffée une autre. La création du Parquet européen se trouvait en effet suspendue à l'adoption de la directive relative à la lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, qui déterminera le champ de sa compétence matérielle en plus de promouvoir le rapprochement des législations nationales en la matière. Ces deux entraves qui tiennent, pour l'une, au processus décisionnel (§1^{er}), pour l'autre, à

⁹⁴² *Ibid.*, point 2.4., p. 10.

⁹⁴³ J. LEBLOIS-HAPPE, « Un Parquet européen : quand, comment et pourquoi ? », in J.-F. ROUX-DEMARRE et G. ROUSSEL (sous la dir.), *L'eupéanisation de la justice pénale*, Ed. Cujas, 2016.

l'adoption de la directive contribuant à la détermination de son champ de compétence (§2^d) peuvent être brièvement évoquées.

§1^{er} - *La spécificité du processus décisionnel*

283. La création du Parquet européen n'a pas été placée sous les plus simples auspices. Elle a été subordonnée à la recherche d'un consensus unanime des Etats membres, ce qui s'explique par les implications de ce projet sur les souverainetés nationales (A). Les rédacteurs du Traité ont toutefois anticipé la difficulté d'un tel accord, en permettant le recours à une coopération renforcée. Les avantages de cette alternative sont toutefois contrastés (B).

A. La soumission de principe à l'accord unanime des Etats membres

284. La normalisation opérée par le traité de Lisbonne a rendu la procédure législative dite « ordinaire » applicable aux matières relevant de l'ancien « troisième pilier »⁹⁴⁴. Les rédacteurs du Traité ont néanmoins maintenu, à l'égard des propositions les plus sensibles en termes de souveraineté, des procédures législatives spéciales. La création du Parquet européen figure logiquement parmi celles-ci (TFUE, article 86). Ces procédures spécifiques présentent des caractéristiques assez semblables à celles qui s'imposaient jusqu'alors dans le cadre de l'ancien « troisième pilier ». Elles impliquent l'association restreinte du Parlement européen, qui ne peut que rejeter ou approuver le texte présenté par le Conseil⁹⁴⁵. Elles supposent également l'adoption du projet à l'unanimité des membres ce qui maintient *in fine* le droit de veto de chacun et complexifie, par conséquent, les négociations.

285. L'expérience du « troisième pilier » a montré l'influence de cet impératif sur le contenu des projets, qui ne correspondent finalement qu'au plus petit dénominateur commun entre les positions des différents Etats membres, lorsque la règle ne nuit pas à leur aboutissement. Les différents états d'avancement du projet n'ont d'ailleurs pas

⁹⁴⁴ V., *Supra*, n°216 et s.

⁹⁴⁵ C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, op. cit.*, p. 174, n°134 ; D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSUY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op. cit.*, pp. 85 et s., n°166 et s.

caché ses difficultés, précisant régulièrement que les délégations étaient simplement « très proches d'un compromis »⁹⁴⁶ ou que les dispositions n'avaient été que « provisoirement approuvées par un très grand nombre de ministres »⁹⁴⁷. L'hostilité à l'égard du projet était d'autant plus réelle, d'ailleurs, que compte tenu de la nature de celui-ci – il ne s'agit pas de rapprocher des législations internes mais d'instaurer un nouvel acteur, impliquant des règles pour partie unifiées-, l'instrument normatif ne pouvait être qu'un règlement, lequel concède, dans sa mise en œuvre, moins de marges de manœuvre aux Etats membres qu'une directive, impliquant une transposition par une loi nationale.

B. La possibilité de recourir à une coopération renforcée

286. La prévision d'une possibilité de recourir à une coopération renforcée

-. Le constituant européen a anticipé le risque d'un blocage en autorisant, à défaut de consensus, le recours à une coopération renforcée (TFUE, article 86§1). En effet, aux termes de l'article 86§1 du TFUE, « *[e]n l'absence d'unanimité, un groupe composé d'au moins neuf Etats membres peut demander que le Conseil européen soit saisi du projet de règlement. Dans ce cas, la procédure est suspendue. Après discussion, et en cas de consensus, le Conseil européen, dans un délai de quatre mois à compter de cette suspension, renvoie le projet au Conseil pour adoption. Dans le même délai, en cas de désaccord, et si au moins neuf Etats membres souhaitent instaurer une coopération renforcée sur la base du projet de règlement concerné, ils en informent le Parlement européen, le Conseil et la Commission. Dans un tel cas, l'autorisation de procéder à une coopération renforcée [...] est réputée accordée et les dispositions sur la coopération renforcée s'appliquent* ». Toutefois, si à défaut d'accord, le recours à une coopération renforcée doit permettre de surmonter les blocages, cette alternative n'est pas exempte de tout inconvénient.

287. Les difficultés générées par cette alternative -. Cette voie ne peut être empruntée que lorsque, malgré la recherche d'un consensus, le désaccord persiste (TFUE, article 20§2). La Cour de Justice l'a encore récemment rappelé en précisant que « *[l]es intérêts de l'Union et le processus d'intégration ne seraient à l'évidence pas préservés si toute négociation infructueuse pouvait conduire à une ou plusieurs coopérations renforcées au détriment de la recherche d'un compromis permettant d'adopter une réglementation pour l'Union dans son ensemble* »⁹⁴⁸. Le service juridique du Conseil a suivi ce précepte indiquant, à l'occasion

⁹⁴⁶ V., Proposition de règlement portant création du Parquet européen - Débat d'orientation, 6667/16, 3 mars 2016.

⁹⁴⁷ V., Proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen - Rapport sur l'état d'avancement, 15100/15, 22 déc. 2015.

⁹⁴⁸ CJUE, 16 avr. 2013, C-274/11 et C-95/11, *Espagne et Italie c. Conseil*, point 49.

des négociations, que le recours à une coopération renforcée ne serait envisagé que lorsqu'un examen complet de la proposition aura été mené et que la recherche de solutions de compromis sérieusement entreprise par les instances préparatoires du Conseil⁹⁴⁹. Dans ces circonstances, le risque latent était cependant que l'instrument finalement adopté par ce biais soit déjà pour partie vidé de sa substance initiale.

288. Une autre difficulté de la coopération renforcée est plus étroitement liée à la création du Parquet européen et à l'inconvénient que présente cette alternative dans cette perspective particulière. Elle relativise l'objectif au cœur de cette proposition, c'est-à-dire l'instauration d'un acteur compétent, sur l'ensemble du territoire de l'Union, pour rechercher et poursuivre, selon des mécanismes simplifiés et une politique cohérente des poursuites, les auteurs et complices d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union⁹⁵⁰. Or, par définition, il ne pourrait agir, en cas de coopération renforcée, que dans les Etats ayant admis le principe de sa création. Par suite, cette option complexifie sa mise en œuvre puisqu'elle implique, par hypothèse, de coordonner son action avec celle des autorités internes des Etats membres n'y participant pas⁹⁵¹ et d'associer, plus nettement encore, les acteurs européens existants pour faciliter cette coordination⁹⁵².

289. Le projet a néanmoins abouti par ce biais. Faute d'unanimité, seize Etats membres dont la France, déjà rejoints par quatre autres Etats⁹⁵³, se sont en effet engagés dans la voie d'une coopération renforcée. Le Parlement européen, le Conseil et la Commission ont été informés, le 3 avril 2017, de ce souhait. Conformément à l'article 86§1, alinéa 3, du TFUE, l'autorisation de procéder par ce biais, visée à l'article 20§2,

⁹⁴⁹ Contribution du service juridique du 7 fév. 2014, doc. n° 6267/14 (limité).

⁹⁵⁰ H. SATZGER, « Chapter 4 : The future European Public Prosecutor and the National Prosecution : Potential Conflicts and how They Could be Avoided », in P. ASP (sous la dir.) *The European Public Prosecutor's Office, Legal and Criminal Policy Perspectives*, Skifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockhoms universitet nr 83, Stockholm, 2015, p. 69, spéc. p. 78.

⁹⁵¹ *Ibid.*, spéc. p. 81. Cette coordination se serait néanmoins imposée, même en cas d'unanimité, compte tenu des positions spécifiques de certains Etats membres dans le champ pénal (Irlande et Danemark, à l'avenir), ayant déjà exclu leur participation à ce projet. L'hypothèse de la coopération renforcée ajoute cependant à la complexité puisqu'il ne s'agira plus uniquement de coordonner son action avec les autorités d'Etats membres ne participant pas à toute ou partie des développements du droit de l'Union en matière pénale, mais également avec des autorités d'Etats membres y participant pour le reste. Ceci complexifiera l'environnement dans lequel le Parquet européen remplira ses fonctions.

⁹⁵² Le projet de règlement s'en fait déjà l'écho, en précisant les relations du futur Parquet européen avec Eurojust par exemple, auquel participent certains Etats membres qui ne participeront pas à la création de ce nouvel acteur européen. Ainsi est-il notamment précisé que le Parquet européen pourra, dans les affaires transfrontières, associer Eurojust à ses activités en « invitant Eurojust ou son ou ses membres nationaux compétents à l'aider à transmettre ses décisions ou demandes d'entraide judiciaire à des États qui sont membres d'Eurojust mais ne participent pas à la mise en place du Parquet européen [...] » (article 57§2). Surtout, le projet de règlement contient différentes dispositions visant précisément à organiser les relations entre le Parquet européen et les Etats membres ne participant pas à sa création (articles 56§1, 59*bis*).

⁹⁵³ V. not., Projet de règlement mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, doc. n°10554/17, Bruxelles, 30 juin 2017.

du TUE et à l'article 329§1, du TFUE, a été réputée accordée et les dispositions sur la coopération renforcée se sont appliquées à compter du 3 avril 2017. Le 8 juin 2017, le Conseil a dégagé une orientation générale sur le projet de règlement mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen⁹⁵⁴, dont le texte a été ensuite mis au point par les juristes-linguistes⁹⁵⁵. La Commission européenne s'en était dès l'origine félicitée⁹⁵⁶. Le 5 octobre dernier, les députés européens des Etats membres ayant décidé de participer à sa création ont donné leur approbation à la proposition de règlement concernant le Parquet européen, ouvrant ainsi la voie à l'adoption formelle de l'instrument et à l'installation effective de ce nouvel acteur européen à l'horizon de 2020⁹⁵⁷. Celle-ci a été actée le 12 octobre 2017⁹⁵⁸ et le règlement publié au Journal Officiel de l'Union le 31 octobre suivant⁹⁵⁹.

La création du Parquet européen a aussi été ralentie par les négociations parallèles de la directive relative à la lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal. Celle-ci définira les infractions relevant de sa compétence matérielle, de sorte que son adoption était toute aussi essentielle à l'institution de cette nouvelle autorité.

⁹⁵⁴ Projet de règlement mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, doc. n°5766/17, Bruxelles, 8 juin 2017.

⁹⁵⁵ Règlement du Conseil mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, doc. n°9941/17, Bruxelles, 30 juin 2017.

⁹⁵⁶ COMMISSION EUROPEENNE, Communiqué de presse, « La Commission se félicite de la décision, prise par 20 États membres, de mettre en place le parquet européen », 8 juin 2017, Bruxelles, accessible à l'adresse : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1550_fr.htm.

⁹⁵⁷ PARLEMENT EUROPEEN, Communiqué de presse, « Feu vert du PE à la création d'un Parquet européen pour lutter contre la fraude », 5 octobre 2017, accessible à l'adresse : www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20171002IPR85127/feu-vert-du-pe-a-la-creation-d-un-parquet-europeen-pour-lutter-contre-la-fraude ;

⁹⁵⁸ CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE, Règlement du Conseil mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, Résultat du vote, Doc. 12661/17, INF 171, VOTE 53, PUBLIC 63, Bruxelles, 16 oct. 2016.

⁹⁵⁹ Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, *JOUE* L 283/1, 31 octobre 2017.

§2^d- *La dépendance de la création du Parquet européen à l'adoption d'un autre instrument*

290. Si l'article 86 du TFUE paraissait permettre, en fonction des versions linguistiques⁹⁶⁰, la définition des infractions par le règlement portant création du Parquet européen lui-même, le choix s'est néanmoins reporté sur l'adoption concomitante d'un instrument distinct (A), qui prendra la forme d'une directive. Si ce choix s'explique, il suscite néanmoins des questionnements dans la perspective du fonctionnement du Parquet européen (B). Au surplus, la détermination du contenu de cette directive, et donc de la définition du champ de compétence matérielle du Parquet européen, a été à l'origine d'importantes discussions, ralentissant son adoption et entravant, par là même, l'aboutissement du projet (C).

A. Le choix d'un instrument distinct

291. Ce choix s'explique probablement de différentes façons. Indépendamment des ambiguïtés rédactionnelles de l'article 86 précité, l'incertitude qui a longtemps pesé sur la création du Parquet européen a sans doute contribué à ce choix. En effet, quelles que soient les suites de ce projet, un nouveau rapprochement des législations

⁹⁶⁰ La discussion rappelle celle qui avait émergé à la suite du projet de traité constitutionnel, dont le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne n'a pas levé l'ambiguïté (S. MANACORDA, « Los estrechos caminos de un derecho penal de la Union Europea. Problemas y perspectivas de una competencia penal « directa » en el Proyecto de Tratado Constitucional, *Crimilia*, 2004, p. 208). Précisément, selon la version française de l'article 86 du TFUE, le Parquet européen est « *compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement, le cas échéant en liaison avec Europol, les auteurs et complices d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, tels que déterminés par le règlement* », le verbe « déterminer » ne pouvant alors renvoyer qu'aux intérêts financiers européens. Des auteurs ont cependant relevé que, selon d'autres versions linguistiques, ce verbe pouvait tantôt se rapporter aux intérêts financiers européens et aux infractions y portant, tantôt ne renvoyer qu'aux infractions portant atteinte aux intérêts financiers. Aussi, ils en avaient parfois déduit que l'article 86 pouvait constituer une base légale suffisante pour la définition de ces infractions ou, autrement dit, que le règlement portant création du Parquet européen pourrait valablement définir les infractions entrant dans son champ de compétence (F. DE ANGELIS, « L'espace judiciaire pénal européen : une vision se concrétise », préc., p. 76). D'autres auteurs s'étaient cependant opposés à cette interprétation, indiquant surtout que permettre la définition des éléments constitutifs des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union dans le règlement lui-même aurait finalement pour effet de soumettre la question la plus délicate du droit pénal de l'Union – c'est-à-dire, le pouvoir d'incrimination « directe » de l'Union - à la procédure décisionnelle la moins démocratique puisque le Parlement européen n'est qu'associé à l'adoption de ce règlement, conformément à la procédure législative spéciale (C. SOTIS, « Criminaliser sans punir. Réflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Union européenne prévu par le traité de Lisbonne », *RJC* 2010, p. 773).

nationales⁹⁶¹ est apparu nécessaire⁹⁶². Parce qu'elle permet de déconnecter le rapprochement des législations de la création de ce nouvel organe, encore aléatoire, l'adoption d'un instrument distinct était sans doute judicieuse. Elle se justifiait d'autant plus sûrement qu'il était acquis, avant les négociations, que l'ensemble des Etats membres ne participerait pas à la création du Parquet européen, compte tenu de leur position particulière. Le passage par une coopération renforcée conforte l'option de l'adoption d'un instrument distinct. De même, le choix, opéré depuis⁹⁶³, d'une compétence partagée entre le Parquet européen et les autorités internes dans la constatation, la recherche et la poursuite des infractions portant atteinte au budget européen vient au soutien de l'adoption d'un instrument distinct, qui offre un socle commun, quelle que soit l'autorité poursuivante, à la définition de ces infractions et à la sanction encourue. Le choix en faveur d'un instrument distinct du règlement opéré, restait à déterminer sa nature.

B. Le recours à une directive

292. Les choix en faveur d'une directive -. Le choix a été fait en faveur d'une directive, après substitution de la base légale par le Conseil⁹⁶⁴. Il s'explique, par-delà la

⁹⁶¹ Les conventions dites « PIF » adoptées à la fin des années 1990 l'avait déjà entrepris. Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (*J.O.C.E* C 307, 27 nov. 1995, p. 49 ; Protocole établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *J.O.C.E.* C 313, 23 oct. 1996, p. 2 ; Deuxième protocole établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *J.O.C.E.* C 221, 19 juil. 1997, p. 12) ; Protocole établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'interprétation, à titre préjudiciel, par la Cour de justice des Communautés européennes de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *J.O.C.E.* C 151, 20 mai 1997, p. 1).

⁹⁶² La Commission avait récemment renouvelé ce constat, observant que les carences de la répression des fraudes aux intérêts financiers européens résultaient, pour partie au moins, des « insuffisances dans les cadres juridiques nationaux visant à la protection des fonds publics » : « entravées par une transposition incomplète et inadéquate de la convention relative à la protection des intérêts financiers, les règles de l'Union n'[avaient] eu [...] que peu d'impact. Les autorités judiciaires des États membres us[aient] donc de leurs propres instruments traditionnels de droit pénal pour combattre les infractions commises aux dépens du budget de l'UE » (Communication sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne par le droit pénal et les enquêtes administratives, « Une politique intégrée pour protéger l'argent des contribuables », COM(2011)293 final, préc., point 3.1 ; Pour un aperçu de ces disparités, V. not., Communication staff working paper to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels, 26 mai 2011 SEC(2011) 621 final, spéc. point 3.1.1, pp. 12 et s.).

⁹⁶³ *Infra.*

⁹⁶⁴ La proposition initiale de la Commission s'était fondée sur l'article 325 du TFUE lequel, remplaçant l'ancien article 280 du TCE, autorise « le Parlement et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire » à arrêter, « après consultation de la Cour des comptes, les mesures nécessaires dans les domaines de la prévention de la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et de la lutte contre cette fraude en vue d'offrir une protection effective et équivalente dans les Etats membres, ainsi que dans les institutions, organes et organismes de l'Union ». Or, à la différence de l'article 83 du TFUE, sur lequel repose le rapprochement des législations pénales de fond, l'article 325 du TFUE n'exclut pas expressément le recours au règlement. Aussi, cette disposition pouvait constituer, selon certains observateurs, « la base juridique d'un noyau dur de droit européen autorisant la définition commune d'infractions pénales directement applicables », sans encourir le reproche d'un déficit démocratique compte tenu de l'application de la procédure législative ordinaire (F. DE ANGELIS, « L'espace judiciaire pénal européen : une vision se concrétise », préc., p. 77). Si les deux options ont été envisagées, la

modification de la base légale, par le principe de proportionnalité (TUE, article 5§4) qui veut que « le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités »⁹⁶⁵. Aux fins du rapprochement des législations internes en la matière, la directive apparaissait nécessairement comme l'instrument le plus approprié car laissant davantage de marges de manœuvre aux Etats tout en permettant de parvenir à l'objectif assigné.

293. Les implications de ce choix dans la perspective du Parquet européen

-. Dans la perspective du Parquet européen, le choix en faveur de la directive n'est toutefois pas anodin. Et nous aurions pu présager, dans cette optique, l'adoption de règles unifiées déterminant les éléments constitutifs des infractions concernées et les peines encourues. Cette future autorité européenne sera, malgré les perspectives ouvertes par le traité (TFUE, article 86§4), et les invitations en faveur de l'extension immédiate de sa compétence matérielle⁹⁶⁶, compétente dans le seul domaine de la lutte contre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers européens. La protection de ces intérêts, sur laquelle s'est historiquement appuyé ce projet⁹⁶⁷, se démarque, par sa nature, de la lutte contre d'autres formes d'infractions graves⁹⁶⁸. A la différence de

Commission a néanmoins fait le choix de la directive qui, tout en satisfaisant au besoin d'harmonisation, est néanmoins plus souple dans ses effets (Document de travail des services de la Commission. Résumé de l'analyse d'impact accompagnant le document : Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, Bruxelles, le 17 juillet 2012, doc. 12683/12 ADD 4, pp. 6-9 ; V. ég., Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, COM(2012)363 final, préc., 3.3 ; L. KUHIL, « The Initiative for a Directive on the Protection of the EU Financial Interests by Substantive Criminal Law », *Eu crim.* 2/2012, p. 63). Après avis de son service juridique, le Conseil a décidé de fonder la proposition de directive sur l'article 83 du TFUE, la base juridique préconisée par la Commission ayant pour effet de contourner le mécanisme de « frein » prévu par ce dernier et autorisant, donc, les Etats membres à s'opposer à l'adoption des dispositions susceptibles de porter atteinte à un aspect fondamental de son système de justice pénale (Avis du service juridique, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, Doc. n°12683/12, Base juridique, Bruxelles, 22 oct. 2012, 15309/1, Limité).

⁹⁶⁵ V. not., D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, op. cit., n°92 et s., pp. 54 et s. ; E. RUBI-CAVAGNA, *L'essentiel du droit pénal de l'Union*, op. cit. p. 51 ; C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, op. cit., n°74 et s., pp. 91 et s. ; V. ég., C. SOTIS, « Les principes de nécessité et de proportionnalité », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (sous la dir.), *Le droit pénal de l'Union aux lendemains du traité de Lisbonne*, Société de Législation comparée, Paris, 2012, p. 59 ; P. BEAUVAIS, « Discussions », *Ibid.*, p. 79.

⁹⁶⁶ Rapport d'informations n°3608 sur la création d'un Parquet européen, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 juin 2011, par G. GEOFFROY et M. KARAMANLI, pp. 41 et s. ; SENAT, Résolution européenne n°70 sur la création d'un parquet européen, 15 janv. 2013 ; V. ég. PARLEMENT EUROPEEN, Résolution du Parlement européen du 29 avril 2015 sur la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen (COM(2013)0534 – 2013/0255(APP)), points E, F, 5 ; Rapport d'informations n°442 sur l'Union européenne et la lutte contre le terrorisme, Enregistré à la Présidence du Sénat le 4 mars 2016, par Ph. BONNECARRERE et S. SUTOUR, p. 6 ; V. déjà., ég. Rapport d'informations n°442 sur la création d'un procureur européen, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 nov. 2002, par A. RENE et J. LE FLOCH, p. 17.

⁹⁶⁷ M. DELMAS-MARTY et J.A.E. VERVAELE, *La mise en œuvre du Corpus juris dans les États membres*, op. cit., Vol. 1, p. 11 ; V. ég., K. TIEDEMAN, « La protection pénale des intérêts financiers de la Communauté », préc.

⁹⁶⁸ V. not., C. SOTIS, « La poule et l'œuf : intérêts financiers de l'Union européenne et harmonisation pénale », in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH et U. SIEBER (sous la dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de législation comparée, UMR de droit comparé, Vol. 15, Paris, 2008, p. 253, spéc. pp. 256-257.

celles-ci, qui peuvent être revêtues d'une dimension européenne lorsqu'elles sont commises sur le territoire de l'Union et affectent plusieurs voire l'ensemble des Etats membres, les atteintes au budget commun constituent, elles, des « infractions européennes par nature »⁹⁶⁹, en ce sens qu'elles portent atteinte à l'Union elle-même⁹⁷⁰. Or, plusieurs auteurs ont estimé que cette spécificité, en comparaison d'autres infractions graves revêtues d'une dimension transfrontière, justifiait la mise en œuvre de solutions particulières. Parmi celles-ci figurait, par-delà l'instauration d'un organe européen de poursuite, l'élaboration de règles unifiées s'agissant des éléments constitutifs des infractions concernées et les sanctions encourues⁹⁷¹.

294. Surtout, parce qu'elle ne procède qu'au rapprochement des législations en vigueur et reste soumise à l'aléa de sa parfaite transposition, la directive n'aboutira pas à une unification des règles applicables. Or, cette circonstance ne sera pas sans répercussions sur le fonctionnement du Parquet européen, comme l'ont fait observer Madame Bolsy et Monsieur Flore⁹⁷². Certes, rappellent-ils, la Commission dispose aujourd'hui de moyens pour contraindre les Etats membres au respect des obligations qui découlent des directives adoptées, notamment par la saisine de la Cour de Justice de l'Union⁹⁷³. Il n'en reste pas moins vrai que ces procédures prennent du temps. Or, celui-ci affectera inévitablement le fonctionnement de l'autorité européenne dans l'attente d'une transposition ou de transposition fidèle de l'instrument. Concrètement, le principe de légalité devrait interdire toute poursuite devant les juridictions d'un Etat membre à défaut de transposition de la directive, obligeant (au mieux) le Parquet européen, lorsqu'il le peut, à engager des poursuites devant les juridictions d'un autre Etat membre⁹⁷⁴. La perspective d'un *forum shopping* préjudiciable à la personne mise en cause rend toutefois cette possibilité difficilement acceptable. En outre, le rapprochement des législations permis par la directive inspire, à juste titre, certaines interrogations. Par définition, les dispositions d'une directive constituent un socle minimal qui ne peut, par conséquent, interdire aux Etats membres d'aller au-delà de ses

⁹⁶⁹ M. DUFFOURC, A. GOGORZA, M.-C. GUERIN, T. HERRAN, C. DE JACOBET DE NOMBEL et V. MALABAT, *La dimension internationale de la justice pénale, La dimension internationale de la justice pénale*, Recherche réalisée avec le soutien de la mission de recherche Droit et Justice, Institut de Sciences criminelles et de la Justice, Bordeaux, nov. 2011, pp. 36 et s., et p. 65.

⁹⁷⁰ *Ibid.*

⁹⁷¹ *Ibid.*

⁹⁷² D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSYS), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, *op. cit.*, p. 786.

⁹⁷³ V., *Supra*, n°216.

⁹⁷⁴ H. SATZGER, « Chapter 4 : The future European Public Prosecutor and the National Prosecution : Potential Conflicts and how They Could be Avoided », in P. ASP (sous la dir.) *The European Public Prosecutor's Office, Legal and Criminal Policy Perspectives*, *op. cit.*, p. 69, spéc. p. 84-85.

prescriptions⁹⁷⁵, ce qui pose *in fine* la question de la détermination de la compétence matérielle du Parquet européen dans les Etats ayant fait le choix de dispositions plus strictes. Devra-t-elle se fonder sur les dispositions minimales de la directive ou, au contraire, sur les dispositions nationales la transposant⁹⁷⁶ ? La première option paraît d'emblée délicate puisqu'elle impliquerait de coordonner l'action du Parquet européen – dont la compétence serait plus limitée – avec celle des autorités nationales – compétentes là où l'autorité européenne ne l'est pas-. La seconde ne paraît pas plus opportune puisqu'en définitive, c'est l'objectif de cohérence et d'uniformisation de l'action du Parquet européen, par-delà les frontières internes, qui est mis à mal. Aussi, Madame Bolsy et Monsieur Flore ont conclu que « si des normes minimales [pouvaient] être conciliées avec un objectif de rapprochement, elles [pouvaient] plus difficilement se concevoir lorsqu'il s'agit de circonscrire le champ d'action d'un organe européen doté de pouvoirs contraignants et qui aura pour mission d'exercer l'action publique devant les juridictions nationales des Etats membres »⁹⁷⁷. Les implications concrètes de cette solution dépendent toutefois du degré de précision de la directive et, en conséquence, des marges de manœuvre qu'elle laisse aux Etats. Le projet de règlement a finalement opté pour celle-ci, en précisant que le Parquet européen sera « *compétent à l'égard des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union qui sont prévues par la directive [...] mise en œuvre en droit interne* » (article 22§1). Indépendamment des difficultés qui résultent des caractéristiques de la directive, le contenu de l'instrument a longtemps été source de discussions.

C. L'adoption longtemps incertaine de l'instrument en raison de son contenu

295. Les discussions ont achoppé sur la question de l'inclusion, dans son champ, des fraudes à la TVA. Le Parlement européen avait insisté pour qu'elles figurent parmi les infractions visées par la directive. Le Conseil s'y était opposé s'en tenant à la position exprimée dans son orientation générale⁹⁷⁸. L'arrêt *Procédure pénale contre Ivo Taricco et autres*

⁹⁷⁵ C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, op. cit.*, p. 152.

⁹⁷⁶ D. FLORE (Avec la collaboration de S. BOLSZY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op. cit.*, pp. 786-787.

⁹⁷⁷ *Ibid.*

⁹⁷⁸ Protéger les intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, Doc. 10232/13, DROIPEN 67 JAI 439 GAF 25FIN 303 CADREFIN 126 CODEC 1260, Bruxelles, 3 juin 2013.

du 8 septembre 2015⁹⁷⁹ a relancé ces discussions. Il pouvait s'en déduire⁹⁸⁰ que les fraudes à la TVA les plus graves et les plus complexes devaient être couvertes par la directive. Plusieurs délégations se sont néanmoins montrées hostiles à toute perspective de rapprochement en la matière⁹⁸¹ et, consécutivement, à la consécration de la compétence du Parquet européen dans ce domaine. Le Conseil et le Parlement européen ont finalement admis l'inclusion dans son champ des cas de fraudes à la TVA transfrontières les plus graves⁹⁸². Les ministres de la Justice des Etats membres sont parvenus à un accord sur la proposition de directive à la fin de l'année 2016, ouvrant la voie à une adoption formelle du texte. Le 25 avril 2017, le Conseil a adopté en première lecture une position pleinement conforme au texte de compromis sur la directive approuvé au cours des négociations informelles entre le Conseil et le Parlement européen⁹⁸³. Le Parlement européen a adopté, le 5 juillet dernier, les définitions communes des infractions liées à la fraude qui relèveront de la juridiction du Parquet européen.

⁹⁷⁹ CJUE [G.C.], 8 sept. 2015, aff. C-105/14, *Procédure pénale contre Ivo Taricco e.a.*, Europe, 2015, n°11, comm. 445, A.-N. MOSBRUCKER ; *RTD Eur.* 2016, p.162, comm. L. D'AMBROSIO et D. VOZZA ; *JCP éd. Adm.* 2016, n°1, chron. p. 28, spéc. p. 39, note C. FROGER.

⁹⁸⁰ Les délégations n'étaient cependant pas unanimes sur la portée effective de cet arrêt - V., Proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal - État d'avancement du dossier, Doc. 14281/15, DROIPEN 149, JAI 877, GAF 51, FIN 784, CADREFIN 76, CODEC 1546, Bruxelles, 24 nov. 2015.

⁹⁸¹ Cette hostilité pouvait notamment s'expliquer par les divergences existantes, entre les Etats membres, dans la lutte contre les fraudes fiscales. Si la plupart confie principalement à l'administration fiscale le soin de sanctionner de tels comportement et ne réservent l'intervention des autorités judiciaires qu'aux cas les plus graves, les critères d'appréciation varient néanmoins considérablement (*Ibid.*).

⁹⁸² Dir., article 2§2 : « En matière de recettes issues des ressources propres provenant de la TVA, la présente directive s'applique uniquement en cas d'infraction grave contre le système commun de TVA. Aux fins de la présente directive, les infractions contre le système commun de TVA sont considérées comme graves lorsque les actes ou omissions intentionnels définis à l'article 3, paragraphe 2, point d), ont un lien avec le territoire de deux États membres de l'Union ou plus et entraînent un préjudice d'un montant total d'au moins 10 000 000 EUR ».

⁹⁸³ Position du Conseil en première lecture en vue de l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal - Adoptée par le Conseil le 25 avril 2017, DROIPEN 16, JAI 105, GAF 7, FIN 103, CADREFIN 18, FISC 43, CODEC 196, PARLNAT 121, Bruxelles, le 27 avril 2017.

Conclusion du Chapitre second

296. Longtemps incertaine et perçue comme une utopie, la création du Parquet européen devient désormais réalité. Parce que ce nouvel acteur européen, investi de pouvoirs opérationnels, se caractérisera par les liens tissés avec les ordres juridiques nationaux, cette nouvelle perspective doit nécessairement guider notre réflexion sur les évolutions de la mise en état des affaires pénales.

Conclusion du Titre préliminaire

297. L'observation de l'influence des droits européens sur la mise en état des affaires pénales aurait probablement mérité une thèse entière pour en identifier l'ensemble des aspects et des rouages. De même, le processus de création du Parquet européen mériterait probablement une étude plus approfondie, allant bien au-delà des quelques éléments qu'il nous a été permis de rappeler. L'optique qui est la nôtre, consistant à observer les fragilités que présente aujourd'hui le système français à l'aune des droits européens et à réfléchir à la manière d'y pallier sous ce prisme, suggère une autre approche. L'observation de l'influence des droits européens doit davantage servir de prémisse, permettant de rappeler le cadre dans lequel elle a pris naissance et certains des standards que ces droits formulent. La création du Parquet européen servira d'orientation ultime à la réflexion sur les solutions envisageables pour remédier aux carences observées. Les contours de ce nouvel organe européen et son mode de fonctionnement, dorénavant connus et « stabilisés », laissent en effet présager que sa mise en œuvre concrète ne sera pas sans effet sur le système français, ouvrant alors une nouvelle voie pour apprécier certaines solutions proposées afin de restaurer l'équilibre de la mise en état des affaires pénales.

PREMIERE PARTIE

**LA NECESSITE DE REFORMER LA MISE EN ETAT DES
AFFAIRES PENALES A LA LUMIERE DES DROITS
EUROPEENS**

298. L'angle de vue adopté -. La nécessité de réformer la mise en état des affaires pénales au regard des droits européens implique, par définition, de mettre à l'épreuve des standards qu'ils égrainent les déséquilibres engendrés par la substitution ordinaire de l'enquête à l'information. L'angle de vue depuis lequel ces conséquences doivent être observées doit au préalable être précisé. Il ne doit pas s'agir de concevoir l'enquête de police comme une phase isolée de l'ensemble auquel elle appartient au risque d'aboutir à des conclusions faussées. La procédure étant un processus continu, l'équilibre qu'elle assure entre les garanties des personnes concernées et la recherche d'efficacité ne peut être envisagé qu'en la considérant dans son ensemble. La parcimonie des garanties à un stade précoce peut, en théorie au moins, être compensée à un stade ultérieur. Une vision globale de la procédure pourrait alors inspirer un sentiment d'équilibre. L'approche de la Cour européenne, qui consiste généralement à apprécier la violation ou la satisfaction d'un droit reconnu par la Convention en prenant en compte l'ensemble de la procédure voire les garanties offertes par le droit concerné dans sa globalité, invite précisément à retenir cet angle de vue.

C'est donc dans cette optique que sera observé le déséquilibre engendré par la montée en puissance de l'enquête (Titre Premier) avant de le passer au crible des droits européens (Titre Second).

TITRE PREMIER.

L'OBSERVATION DU DESEQUILIBRE ENGENDRE PAR LA MONTEE EN PUISSANCE DE L'ENQUETE

299. Le sentiment de régression des droits de défense et du recul de juge

-. La substitution ordinaire de l'enquête de police à l'information judiciaire conduit généralement à déplorer une régression des droits de la défense et le recul du juge. L'angle de vue adopté conduit toutefois à ne pas s'attacher exclusivement aux garanties offertes par l'enquête mais à considérer, aussi, celles qui sont assurées à un stade ultérieur de la procédure.

En dépit de cette approche globalisante et malgré les réformes récentes destinées à restaurer un certain équilibre ou à assurer à la personne concernée des garanties appropriées, c'est néanmoins un sentiment de régression qu'inspire l'observation du droit positif, qu'il s'agisse des droits de la défense ou de la garantie judiciaire.

Aussi, s'il nous faut observer pourquoi la montée en puissance de l'enquête est néanmoins synonyme d'un recul des droits de la défense (Chapitre Premier), il nous faut également envisager pourquoi, même sous cet angle de vue, un recul du juge est également à déplorer (Chapitre Second).

Chapitre Premier

Le recul des droits de la défense

300. La persistance d'une dissymétrie des droits procéduraux de la personne mise en cause selon son statut durant la phase d'investigation est encore soulignée malgré les adaptations apportées, à marche forcée, par le législateur. Ces dernières n'ont pas, loin s'en faut, aligné les droits du suspect sur ceux du mis en examen – ni même du témoin assisté – ce qui, compte tenu de l'évolution de la mise en état des affaires pénales et l'absence de réarticulation des cadres de l'investigation, maintient le sentiment de droits de la défense « à géométrie variable »⁹⁸⁴. En ce sens, Madame Lazerges-Cousquer et Monsieur Desportes pointent une dissymétrie qui n'est plus défendable en raison de l'alternative ouverte au parquet en matière correctionnelle⁹⁸⁵. Monsieur le Professeur Conte souligne pour sa part que malgré « les artifices de langage, les écrans de fumée, les petites manigances ne peuvent rien contre l'évidence : oui, un monde procédural sépare le statut de la personne suspectée au cours d'une enquête et celui de la personne mise en examen »⁹⁸⁶. Messieurs les professeurs Beaussonie et Botton relèvent, enfin, que « [l]'équité et le bon sens imposeraient [...] de ne pas traiter différemment ceux qui font l'objet de l'une [- l'enquête -] et ceux qui font l'objet de l'autre [- l'instruction-] »⁹⁸⁷, le dernier gageant toutefois, dans son commentaire des dispositions de la loi du 3 juin 2016, que « la loi commentée n'est qu'une première étape », espérant *in fine* « que le

⁹⁸⁴ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°48, p. 31.

⁹⁸⁵ *Ibid.*, n°47-48, pp. 30-31.

⁹⁸⁶ P. CONTE, « Bas les masques ! », *Dr. pén.* 2016, rep. n°6, p. 12.

⁹⁸⁷ G. BEAUSSONIE et A. BOTTON, « Analyse comparée des droits des parties privées durant l'enquête et l'instruction », préc.

rapprochement inévitable s'accomplisse sinon exclusivement, du moins prioritairement dans le sens d'une amélioration des garanties procédurales de la phase d'enquête »⁹⁸⁸.

301. Les défauts du système en vigueur ont également été audacieusement soulignés par les juridictions du fond et les commissions de réflexion récentes, donnant au constat du recul des droits de la défense au stade des investigations, consécutive à l'hypertrophie de l'enquête et à l'érosion corrélative de l'information judiciaire, d'autant plus de visibilité. Le législateur n'est certes pas resté insensible aux défaillances du système et aux critiques qu'il nourrit, s'affairant à compenser, essentiellement sous la contrainte des impératifs européens, le déséquilibre persistant. L'entreprise de rééquilibrage des droits de la personne mise en cause à laquelle il s'est livré n'a cependant pas suffi à y remédier. Au constat lancinant du recul des droits de la défense (Section Première) doit donc succéder l'observation du rééquilibrage entrepris récemment par le législateur (Section Seconde).

Section Première. La constatation récurrente du recul des droits de la défense

302. Si les critiques doctrinales sont récurrentes, les défauts du système en vigueur ont également été soulignés par la pratique (§1^{er}) comme par les commissions de réflexion réunies pour émettre des propositions sur les évolutions opportunes de l'action publique et de l'enquête (§2^d).

§1^{er} - Dans la pratique judiciaire

303. Faisant preuve d'audace, les juridictions du fond ont parfois pointé les carences du système actuel qui s'expriment spécifiquement lorsque des investigations longues ou complexes aboutissent à la saisine directe d'une juridiction de jugement (A). Cette contestation aurait pu conduire, avec le concours de la chambre criminelle, à la remise en cause du système actuel au profit de nouveaux équilibres. Aussi, aurait-on pu imaginer, à la suite de Madame Lazerges-Cousquer et Monsieur Desportes, que la Haute

⁹⁸⁸ A. BOTTON, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale. - À propos du Titre II de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *JCP éd. G.*, 4 juil. 2016, 777.

juridiction infléchisse sa jurisprudence⁹⁸⁹ et restaure « de l'intérieur » l'équilibre de la procédure en imposant par exemple, l'ouverture d'une information dès l'apparition d'indices graves et concordants de culpabilité⁹⁹⁰. La chambre criminelle a au contraire fait preuve de retenue, manifestant son attachement aux distinctions que maintient, pour l'heure, le droit français (B).

A. L'audace des juridictions du fond

304. Différentes affaires viennent illustrer la manière dont les juridictions du fond ont parfois souligné les défaillances du droit interne, en s'appuyant sur le droit à un procès équitable formulé par l'article 6 de la Convention européenne. Dans chacune d'elles, les investigations avaient eu lieu dans le cadre d'une enquête préliminaire qui s'était prolongée durant plusieurs années avant que la personne mise en cause ne soit renvoyée en jugement. Faute pour le procureur de la République d'avoir requis l'ouverture d'une information judiciaire, le suspect n'avait donc pu disposer de la plénitude des droits de la défense durant toute la phase d'investigation.

305. La mise en lumière du déséquilibre actuel -. Dans une première affaire⁹⁹¹, une société avait déposé une plainte à l'encontre de plusieurs de ses dirigeants, qu'elle soupçonnait d'abus de biens sociaux. En dépit de la complexité des faits et donc des importantes investigations que la manifestation de la vérité suggérait, le procureur avait décidé de diligenter une enquête préliminaire et, à l'issue de celle-ci, de citer directement les suspects devant le tribunal correctionnel. L'enquête s'était prolongée

⁹⁸⁹ Comme le soulignent Madame Lazerges-Cousquer et Monsieur Desportes, au-delà des règles prévues par le CPP, la persistance d'une dissymétrie entre les droits des personnes mises en cause selon leur statut s'explique « techniquement [...] par le fait que la chambre criminelle a décidé très tôt que l'article 105 du CPP, obligeant à ouvrir les droits de la défense à la personne à l'encontre de laquelle avaient été réunis des indices graves et concordants, ne s'appliquait pas au cours de l'enquête » (F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., n°1582, p. 1063). Elle a en effet jugé que « si aux termes [de l'article 105], les juges d'instruction, ainsi que les officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire ne peuvent, dans le dessein de faire échec aux droits de la défense, entendre comme témoins des personnes contre lesquelles il existe des indices graves et concordants de culpabilité, ce texte suppose pour son application qu'une information a été déjà ouverte ; qu'il laisse en dehors de ses prévisions les interrogatoires, auditions ou confrontations auxquels la police a pu procéder au cours d'enquêtes préliminaires suivies ou non de l'ouverture d'une information » (Cass. crim., 27 juil. 1964, *Bull. crim.* n°252 ; V. ég., Cass. crim., 20 août 1986, *Bull. crim.* n°247 ; Cass. crim., 4 janv. 1988, n° 86-92.257, inédit ; Cass. crim., 1^{er} déc. 1992, n°92-84.957, inédit ; Cass. crim., 23 août 2005, *Bull. crim.* n°209). Aussi, ajoutent-ils, l'opinion s'est donc imposée qu'il était possible aux enquêteurs d'entendre une personne soupçonnée quels que soient la gravité et le nombre des indices réunis à son encontre sans lui accorder davantage de droits de la défense. Juridiquement, la solution adoptée par la Haute juridiction n'est certes pas discutable puisque l'article 105 du CPP est inséré parmi les dispositions propres à l'information judiciaire. Ses implications sont en revanche aussi importantes que discutables. Selon l'expression empruntée à ces auteurs, la position de la Cour revient à considérer qu'il existe « une sorte de 'plafond de verre' » au cours de l'enquête, empêchant le déploiement des droits de la défense. Par là même, cette solution a permis que se développe un système dans lequel les droits dont bénéficie la personne mise en cause divergent en fonction du cadre procédural des investigations.

⁹⁹⁰ En ce sens, V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., n°48, p. 31 et n°1582, p. 1063.

⁹⁹¹ TGI Nanterre, 14^e Ch., 14 nov. 2012, n°360, *JCP éd. G.* 2013, doct. 323, G. QUENTIN.

durant plus de trois ans et avait donné lieu à près de deux cents procès-verbaux, à des dizaines de scellés et à des centaines de pièces versées au dossier.

Si en droit l'ouverture d'une information judiciaire ne s'imposait pas, le tribunal correctionnel a néanmoins considéré que, faute pour le suspect d'avoir pu bénéficier de la plénitude des droits de la défense, son droit à un procès équitable, tel que garanti par l'article 6 de la Convention européenne et rappelé par l'article préliminaire du Code de procédure pénale, avait été méconnu. Pour les juges du fond, si l'article 79 du CPP accorde certes une alternative au procureur de la République en matière correctionnelle, il ne saurait il y avoir, pour des personnes placées dans des situations comparables, de telles dissymétries de traitement. Partant de ce postulat et se livrant à une appréciation concrète de la préservation de l'équité de la procédure, le tribunal a estimé que le parquetier n'avait pas veillé à assurer la sauvegarde des droits de la personne suspectée à un procès équitable et prononcé, en conséquence, la nullité de l'intégralité des actes et pièces de la procédure, ainsi que de la citation subséquente⁹⁹².

306. Dans une autre affaire⁹⁹³, un ancien gendarme avait été soupçonné de détournement de scellés judiciaires contenant des stupéfiants. Il avait été cité à comparaître, le 4 décembre 2012, devant le tribunal correctionnel de Draguignan, à la suite d'une enquête « fleuve » de trois ans et demi. Celle-ci avait donné lieu à la rédaction de cent-trente-quatre procès-verbaux, auxquels avaient été jointes six autres cotes, dont l'une correspondait à la copie du dossier d'une information judiciaire ouverte à Bastia, comportant à elle-seule plus de mille cotes. Au cours de cette enquête, le prévenu n'avait été entendu qu'une seule fois, sans l'assistance de son avocat. En application des règles en vigueur, il n'avait pu consulter le dossier de l'enquête, ni solliciter un acte d'investigation complémentaire, ni encore contester la régularité des actes réalisés avant son renvoi en jugement. Ses avocats ont soutenu *in limine litis* que l'enquête préliminaire diligentée était affectée de nullité, faute d'avoir satisfait aux exigences formulées par les articles préliminaire du CPP et 6 de la Convention européenne. Ils faisaient valoir que le principe d'égalité des armes avait été méconnu, tout comme les autres garanties découlant du droit à un procès équitable qui s'imposaient, arguaient-ils, tant au représentant du ministère public qu'aux autorités policières. Là encore, la dissymétrie des droits dont bénéficie la personne mise en cause durant la phase d'investigations, lesquels dépendent du choix du parquet en application de l'article 79 du CPP, était au centre de l'exception de nullité soulevée devant le tribunal correctionnel.

⁹⁹² V. not., B. QUENTIN, « Défense. - Enquête préliminaire ne rime pas toujours avec procès équitable », *JCP éd. G.* 2013, doct. 323.

⁹⁹³ TGI Draguignan, 16 janv. 2014, n°86/2014, *Dalloz actualité*, 5 fév. 2014, obs. A. PORTMANN.

Les juges du fond ont fait droit à l'argumentation des avocats de la défense, remplaçant la discussion sur le seul terrain du respect du droit de la défense. Ils ont jugé que si, « *s'agissant d'une enquête préliminaire menée sur des faits d'une nature non criminelle, le ministère public dispose d'un pouvoir discrétionnaire en matière de cadre procédural* », il lui appartient néanmoins, comme aux enquêteurs qui agissent sous sa direction, « *de s'assurer que la protection des droits de la personne soupçonnée, a été garantie par l'accès au dossier, la possibilité de solliciter des investigations, de contester la régularité d'un acte ou l'assistance d'un avocat* ». Aussi, si la liberté du procureur de requérir l'ouverture d'une information judiciaire n'est pas remise en cause par les juges du fond, la conformité de la procédure aux standards conventionnels impliquait en revanche, selon eux, que le suspect bénéficie de garanties appropriées, comparables à celles dont bénéficient la personne mise en examen. Pour justifier leur décision, ils ont précisé que compte tenu de la durée de l'enquête, du nombre conséquent de procès-verbaux et des autres pièces témoignant de la complexité de l'affaire, « *il [était] illusoire d'envisager que les manquements aux droits de la défense [au stade de l'enquête] pourraient être suppléés par l'accès au dossier lors de la phase juridictionnelle, sauf à imposer implicitement au prévenu d'établir son innocence* ». Ce jugement a été frappé d'appel et l'affaire portée devant la Haute juridiction, qui s'est prononcée le 9 mars 2016⁹⁹⁴.

307. La mise en exergue des conséquences possibles sur la sauvegarde de l'équité de la procédure -. Quoique bien différente sur plusieurs aspects, l'affaire ayant donné lieu à un jugement du tribunal correctionnel de Créteil le 26 février 2016⁹⁹⁵ manifeste une nouvelle fois les contestations qui s'expriment parfois, au sein des juridictions françaises, à l'encontre du système actuel. Un homme, Monsieur T., était poursuivi des chefs d'homicide involontaire : circulant en motocyclette avec son beau-frère comme passager, il n'était pas parvenu à éviter un bus arrivant en sens opposé. Il s'était retrouvé projeté sous les roues du bus et avait été grièvement blessé tandis que son passager décédait sur les lieux de l'accident. Le procureur de la République avait diligenté une enquête, qui dura deux années, au cours de laquelle Monsieur T. avait été entendu comme victime et avait sollicité en vain, par l'intermédiaire de son avocat, une copie de la procédure. Monsieur T. était finalement cité à comparaître pour des faits d'homicide involontaire, l'examen de la motocyclette ayant révélé qu'il devait « rouler vite » au moment des faits. Les avocats de la défense ont soulevé *in limine litis* la nullité de la procédure, faisant valoir, d'une part, que les droits de la défense de l'intéressé avaient été méconnus puisqu'entendu uniquement en qualité de victime, il n'avait pu

⁹⁹⁴ Cass. crim., 9 mars 2016, n°14-88.521, *inédit*. V., *Infra*.

⁹⁹⁵ TGI Créteil, 26 fév. 2016, cité par A. GRENOUILLET, « Une victoire pour les droits de la défense dans l'enquête préliminaire », Village de la Justice, 25 mai 2016.

bénéficiaire des droits attachés au statut de suspect. Ils faisaient observer, d'autre part, que le choix du parquet de ne pas ouvrir une information judiciaire et donc de conserver la maîtrise des investigations durant plus de deux ans, sans accorder à l'intéressé la communication du dossier de la procédure malgré ses différentes demandes, avait conduit à une méconnaissance de son droit à un procès équitable. Ils précisaient, en particulier, que la moto, principal élément à charge, avait été détruite avant que la défense n'ait pu avoir accès au dossier, la privant corrélativement de la possibilité de solliciter un contre-examen, ce qu'elle aurait pu faire dans le cadre d'une information judiciaire.

Le tribunal correctionnel de Créteil a fait droit aux arguments développés par la défense, sur le fondement de l'article préliminaire du Code de procédure pénale et de l'article 6 de la Convention européenne. Ils ont indiqué que si, « *s'agissant d'une enquête préliminaire le ministère public dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans le choix du cadre procédural, il appartient [néanmoins] à l'autorité de poursuite et aux enquêteurs agissant sous sa direction de s'assurer que la protection des droits de la personne soupçonnée a été garantie, notamment par une information sur la possibilité de solliciter des investigations, de contester la régularité d'un acte ou bénéficiaire de l'assistance d'un conseil* ». Les juges ont aussi relevé que Monsieur T. avait en définitive été privé du droit de contester les résultats de l'examen technique de la motocyclette en sollicitant un supplément d'information, estimant « *[p]ar suite [que] non seulement l'enquête préliminaire n'a pas été conduite selon les modalités garantissant l'égalité des armes entre les autorités d'enquête, de poursuite et le prévenu* » et que « *les atteintes aux droits de la défense au cours de l'instruction à l'audience [ont induit] des violations du principe du droit au procès équitable* ». Aussi ont-ils prononcé la nullité de l'intégralité des actes et pièces de la procédure subséquente, y compris de la citation. Certes, les implications d'un défaut d'accès au dossier plus précoce ont été particulièrement dommageables puisque le requérant s'était, en définitive, trouvé dans l'incapacité de se défendre effectivement à un stade ultérieur de la procédure. Le bénéfice de droits de la défense particulièrement restreints au stade des investigations n'avait donc pu être valablement compensé au cours d'une autre phase de la procédure. Il n'en reste pas moins vrai que, suivant le raisonnement tenu par d'autres juridictions du fond avant lui, le tribunal correctionnel de Créteil a néanmoins rappelé les conditions auxquelles est, selon lui, soumise l'équité de la procédure lorsque, conformément à l'article 79 du CPP, le procureur décide de ne pas requérir l'ouverture d'une information judiciaire⁹⁹⁶.

⁹⁹⁶ A. GRENOUILLET, « Une victoire pour les droits de la défense dans l'enquête préliminaire », préc.

308. Ces différents jugements mettent en relief l'imperfection du système en vigueur qui, en permettant, en matière correctionnelle, que l'enquête se déploie et se prolonge sans limite, selon le libre choix du parquet, n'impose pas corrélativement que la personne suspectée bénéficie, durant la phase d'investigation, de garanties de la défense appropriées. La chambre criminelle s'est cependant opposée à une telle lecture des exigences découlant de l'article préliminaire du Code de procédure pénale et de l'article 6 de la Convention au profit d'une analyse de la procédure dans son ensemble et des distinctions maintenues par le droit français.

B. La résistance de la chambre criminelle

309. Plusieurs affaires illustrent aussi manifestement l'opposition de la Haute juridiction à l'analyse des juridictions du fond au profit de la pérennité des règles et distinctions en vigueur. Elle suit invariablement le même raisonnement.

310. Le rejet de l'interprétation des juridictions du fond -. Dans un premier arrêt, rendu le 6 mars 2013⁹⁹⁷, elle était saisie d'une QPC transmise par la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion⁹⁹⁸, ainsi formulée : « *[L]es articles 40 alinéa 1, 40-1, 75 alinéa 1, 79 et 80, alinéa 1, du code de procédure pénale sont-ils ensemble contraires à la Constitution au regard des articles 6, 7, 8, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi qu'aux principes du droit à une procédure juste et équitable, d'égalité devant la loi et d'égalité devant la justice, en ce qu'ils confèrent au procureur de la république le pouvoir discrétionnaire de choisir le mode de poursuites ; enquête préliminaire ou information judiciaire, choix duquel résulte pour la personne mise en cause la faculté ou non d'exercer en cours de cette phase préalable au procès pénal les droits premiers de la défense que sont le droit d'être assisté d'un avocat, le droit de prendre connaissance du dossier de la procédure, le droit de contester la légalité des poursuites et le droit de solliciter des actes d'investigations et des expertises techniques, autant de droits qu'une personne mise en examen dans le cadre d'une information judiciaire est en mesure d'exercer, à la différence d'une personne mise en cause dans le cadre d'une enquête préliminaire qui en est privée jusqu'à sa comparution en qualité de prévenue devant le tribunal correctionnel ?* ». Dans cet arrêt, la chambre criminelle ne s'attache pas, contrairement à certaines juridictions du fond, à la dissymétrie entre les droits de la défense de la personne simplement suspectée et ceux du mis en examen. Elle appréhende la question soulevée sous le prisme de la procédure dans son ensemble, en envisageant les droits dont bénéficie la personne mise en cause tout au long de celle-ci. Et, elle juge que la question posée « *ne présente pas à l'évidence un caractère sérieux [dès lors*

⁹⁹⁷ Cass. crim., 6 mars 2013, n° 12-90.078, inédit. JCP éd. G. 2013, 471, obs. J.-Y. MARECHAL.

⁹⁹⁸ CA Saint-Denis de la Réunion, 13 déc. 2012, n°11/00209, JurisData n°2012-033330.

que] les dispositions légales critiquées, qui permettent au procureur de la République, lorsqu'il estime que les faits portés à sa connaissance constituent un délit, de décider que la poursuite se fera, après enquête préliminaire, par la voie de la citation directe devant le tribunal, sans ouverture d'information, ne modifient pas le déroulement du procès pénal, et ne privent pas la personne d'un procès juste et équitable, celle-ci, quant au respect des droits de la défense, ayant, devant la juridiction, des garanties équivalentes à celles dont elle aurait bénéficié si l'affaire avait fait l'objet d'une information »⁹⁹⁹.

311. Un autre arrêt a fait suite au jugement du tribunal correctionnel de Draguignan précité, réformé par la cour d'appel d'Aix-en-Provence le 2 décembre 2014¹⁰⁰⁰. Pour rejeter les exceptions de nullité soulevées par le prévenu, la juridiction du second degré avait rappelé qu'en application de l'article 79 du CPP, « l'information étant facultative en matière délictuelle [...], le procureur de la République n'a[vait] fait qu'exercer la liberté, conférée par le législateur, de choisir entre enquête préliminaire et information judiciaire » et jugé que le choix de poursuivre le prévenu par voie de citation directe n'« a[vait] pas privé [le prévenu] d'un procès équitable car il a[vait] bénéficié, devant la juridiction, des mêmes droits de la défense que ceux dont il aurait bénéficié si une information judiciaire avait été ouverte, tels que l'accès au dossier, l'assistance d'un avocat, le droit de contester la validité de la procédure ou celui de demander des investigations complémentaires ». Pour les juges du fond, ni la durée de l'enquête, ni sa complexité n'avaient donc eu d'impact sur la régularité de la procédure puisque le prévenu avait disposé de « garanties équivalentes » à celles du mis en examen à un stade ultérieur de la procédure. Aussi, suivant un raisonnement semblable à celui de la chambre criminelle dans son arrêt du 6 mars 2013 précité¹⁰⁰¹, avait-elle écarté, le « grief tenant à la dissymétrie des droits de la défense entre les deux cadres procéduraux ».

Si la chambre criminelle a censuré l'arrêt d'appel, elle l'a cependant fait pour un autre motif. La Haute juridiction a en effet observé une contradiction entre les motifs et le dispositif, équivalant à un défaut de motif. Car, si dans un premier temps, la cour d'appel avait accueilli l'irrégularité de la procédure en raison d'une méconnaissance des formalités prescrites par l'article 76 du CPP, jugeant toutefois que cette annulation ne s'étendait pas aux actes subséquents dont l'acte annulé ne constituait pas le support nécessaire, elle avait affirmé, dans son dispositif qu'elle « rejet[ait] les exceptions de nullité », sans n'opérer une quelconque distinction.

312. Dans ses différents arrêts tranchant la question de la conventionnalité de l'article 63-4-1 du CPP, en ce qu'il ne permet au suspect gardé à vue de n'accéder qu'à

⁹⁹⁹ Cass. crim., 6 mars 2013, préc.

¹⁰⁰⁰ Cass. crim., 9 mars 2016, préc.

¹⁰⁰¹ Cass. crim., 6 mars 2013, préc.

certaines éléments du dossier, la chambre criminelle a fait prévaloir la même logique. Elle estime en effet que « *l'absence de communication de l'ensemble des pièces du dossier [au stade de la garde à vue] n'est pas de nature à priver la personne d'un droit effectif et concret à un procès équitable, dès lors que l'accès à ces pièces est garanti devant les juridictions d'instruction et de jugement* »¹⁰⁰².

313. L'illustration du raisonnement invariablement tenu par la chambre criminelle -. Pour apprécier la préservation du caractère équitable de la procédure, la Cour, l'observant dans son ensemble, s'attache moins à la disparité des droits reconnus aux personnes mises en cause au stade des investigations selon leur statut, qu'à l'équivalence des garanties accordées à toutes personnes poursuivies. Cette appréciation globale de la procédure, qui rappellerait par certains aspects la méthode suivie par la Cour européenne, lui permet corrélativement d'assurer la pérennité des distinctions encore centrales, en droit interne, entre la personne simplement suspectée au cours d'une enquête et le mis en examen dans le cadre d'une information.

Si telle était et reste l'analyse de la Haute juridiction, les commissions récemment réunies pour réfléchir à l'évolution de l'enquête pénale et la modernisation de l'action publique ont remis en doute la justesse d'un droit qui fait du cadre procédural dans lequel se déroule les investigations un critère aussi déterminant de l'acquisition de droits de la défense plus importants.

§2^d - Dans la réflexion sur le droit

314. Ni la Commission dite « Nadal », ni la Commission dite « Beaume » ne se sont satisfaites de la dissymétrie flagrante entre les droits de la personne simplement suspectée et ceux de la personne mise en examen. Au contraire, chacune a esquissé quelques propositions de réformes destinées à restaurer un certain équilibre.

¹⁰⁰² Cass. crim., 19 sept. 2012, *Bull. crim.* n°194, *Dalloz actualité*, 26 sept. 2012, obs. C. GIRAULT ; *D.* 2012. 2640, note F. DESPREZ ; *ibid.* 2013. 124, chron. C. ROTH, B. LAURENT, P. LABROUSSE et M.-L. DIVIALLE ; *AJ pénal* 2013. 50, obs. L. ASCENSI ; *RSC* 2012. 887, obs. X. SALVAT ; *Dr. pénal* 2012, n° 151, obs. A. MARON et M. HAAS ; *ibid.* 2013, n° 8, obs. V. LESCLOUS ; *Procédures* 2012, n° 331, obs. A.-S. CHAVENT-LECLERE ; *JCP* 2012. 1038 ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 39-40, p. 42, obs. F. FOURMENT ; Cass. crim., 26 juin 2013, n°13-81.491, *Dalloz actualité*, 2 oct. 2013, obs. S. FUCINI ; *RSC* 2013, p. 591, obs. J. DANET ; *RTD eur.* 2014, p. 410, obs. B. THELLIER DE PONCHEVILLE ; Cass. crim., 9 avr. 2015, n°14-87.660, *Dalloz-actualité*, 5 mai 2015, S. FUCINI ; *AJ pén.* 2015, p. 382, obs. D. BRACH-THIEL ; Cass. crim., 4 oct. 2016, n°16-82309, à paraître au *Bulletin*, *Gaz. Pal.* 15 nov. 2016, obs. R. MESA ; *AJ pén.* 2017, p. 42, obs. S. LAVRIC ; *D.* 2017. 245, obs. G. GUEHO.

315. Les propositions de la Commission sur la refondation du ministère public présidée par Monsieur Jean-Louis Nadal, dite Commission « Nadal » -.

La Commission Nadal, réunie pour réfléchir à « la modernisation de l'action publique » selon quatre axes déterminés par la lettre de mission – conduite et déclinaison de la politique pénale (axe 1), direction de la police judiciaire (axe 2), redéfinition des champs de compétences du parquet (axe 3), organisation des parquets (axe 4)¹⁰⁰³-, s'est intéressée, même si telle n'était pas précisément sa mission, à l'insuffisance des droits de la défense reconnus aux « simples » suspects. Les propositions 47 et 48 peuvent, à ce titre, être relevées. La Commission a en effet estimé que « des droits plus importants [devaient être] reconnus à la défense »¹⁰⁰⁴ car « [l']équilibre de la procédure pénale serait menacé si l'accroissement substantiel des pouvoirs accordés au parquet dans la direction et le contrôle des enquêtes ou dans l'orientation des procédures n'avait pas pour contrepartie la reconnaissance de droits nouveaux aux personnes mises en cause »¹⁰⁰⁵. En d'autres termes, pour la Commission, « le renforcement des pouvoirs du parquet dans le cadre de l'enquête préliminaire, le recours plus fréquent à ce type d'enquêtes et la tendance corrélative à un moindre recours à l'instruction ainsi que la longueur particulière de certaines de ces enquêtes militent clairement en faveur de l'ouverture du contradictoire aux mis en cause et aux victimes, sous certaines conditions »¹⁰⁰⁶. Et cet équilibre ne saurait être valablement recherché, selon la Commission, dans les seules initiatives de certains parquets, dépendant en définitive du choix discrétionnaire de chacun. Aussi, l'évolution de la mise en état des affaires pénales suggérerait-elle de prévoir la possibilité pour le suspect d'accéder aux pièces du dossier « sur la base de critères objectifs, avant que la décision d'engager des poursuites intervienne »¹⁰⁰⁷ mais aussi de formuler des observations ou de solliciter des investigations complémentaires. La Commission en a précisé les modalités, prenant soin de concilier le renforcement des droits du suspect et l'impératif de ne pas fragiliser les enquêtes en cours, qui implique de préserver le secret jusqu'à un stade avancé des investigations.

316. En premier lieu, puisque le risque d'un déséquilibre dommageable se constate essentiellement lorsque le parquet décide de conserver la maîtrise des investigations pour des faits relativement complexes et/ou induisant une enquête relativement longue – davantage susceptible de donner autrefois lieu à l'ouverture d'une information -, la Commission a préconisé d'imposer le renforcement des droits pour

¹⁰⁰³ Lettre de mission, in J.-L. NADAL (sous la dir.), *Refonder le ministère public*, préc., annexe 3, pp. 113 et s.

¹⁰⁰⁴ J.-L. NADAL (sous la dir.), *Refonder le ministère public*, préc., propositions 47 et 48 p. 82.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*, p. 83.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*

les seules enquêtes ayant déjà duré un certain temps, fixé à un an. En second lieu, pour assurer la conciliation des impératifs précédemment rappelés, elle a proposé de ne prévoir l'accès au dossier qu'une fois l'enquête clôturée et transmise au parquet. En définitive, dans le cadre des enquêtes longues, d'une durée au moins égale à un an depuis le premier procès-verbal, le procureur qui envisage d'exercer des poursuites devrait, selon les propositions de la Commission Nadal, informer la personne mise en cause et son avocat de son droit de prendre connaissance de la procédure au secrétariat du parquet, puis de formuler des observations et solliciter des investigations complémentaires dans un certain délai, fixé à un mois. Une décision de refus de faire exécuter les actes demandés ne devrait cependant pas être susceptible de recours, le contrôle de la complétude de l'enquête étant assuré, en cas de poursuite, par la juridiction de jugement appelée à statuer. Ce n'est qu'à l'expiration de ce délai d'un mois que le procureur de la République pourrait prendre une décision de poursuivre, de reprise des investigations ou de classement sans suite¹⁰⁰⁸. En parallèle, la Commission a envisagé la généralisation d'un débat au stade du défèrement¹⁰⁰⁹.

317. Les propositions de la Commission présidée par Monsieur Jacques Beaume, dite Commission « Beaume » -. La Commission « Beaume » a été précisément réunie, comme l'indique sa lettre de mission, pour formuler des « propositions précises et concrètes en vue de la sécurisation et de la modernisation de la procédure d'enquête [...] dans le souci [notamment] de renforcer les droits de la défense »¹⁰¹⁰. Il s'agissait, pour celle-ci, de définir les modalités de l'introduction du contradictoire au stade de l'enquête, avec toutefois cette réserve que les préconisations formulées devaient être « compatibles avec l'impératif de célérité qui, pour les affaires simples, est une garantie de l'efficacité de la réponse pénale »¹⁰¹¹. Surtout, les préconisations formulées ne devaient concerner que l'enquête de police, sans avoir d'impact sur l'information judiciaire dont la suppression n'était pas envisagée. Cette prémisse a orienté le sens des propositions de la Commission puisqu'elle impliquait de s'intéresser à une phase particulière – isolée –, sans remettre en cause la structuration actuelle de la mise en état des affaires pénales caractérisée par son dualisme¹⁰¹². La Commission était donc invitée à déterminer le moment à partir duquel une enquête devait (ou pouvait) devenir plus contradictoire – et donc les critères sur lesquels devaient (ou pouvaient) reposer l'ouverture de la « contradiction » - et à « réfléchir à la

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 83.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, pp. 83-84.

¹⁰¹⁰ Lettre de mission, 14 janv. 2014, accessible in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexes, Annexe 1, spéc. p. 5.

¹⁰¹¹ *Ibid.*

¹⁰¹² Audition de Monsieur J. Beaume, Commission Réforme de la procédure pénale, 17 déc. 2015.

création d'un statut de suspect dans l'enquête [ainsi qu'] à la place des victimes », en définissant leurs droits à ce stade de la procédure¹⁰¹³.

318. Les propositions de la Commission, formulées en l'espace de quelques mois conformément au calendrier fixé par le ministre de la Justice, se sont précisément employées à ne pas confondre la phase d'enquête (policière), en amont de la mise en mouvement de l'action publique, et la phase d'information judiciaire, en aval, prenant du reste soin d'assurer une certaine harmonie entre ces deux phases de la mise en état, « en tout cas [d']éviter si possible les incohérences »¹⁰¹⁴.

319. Malgré ces prémisses, la Commission a reconnu, comme la Commission Nadal avant elle, la nécessité d'améliorer les droits de la défense de la personne simplement suspectée, en considération du déclin de l'instruction préparatoire au profit de l'enquête préliminaire et du recul des droits que cette évolution emporte. L'équilibre voulu par la Commission s'est articulé autour de différents axes centraux, qui feront l'objet de plus amples précisions dans des développements ultérieurs¹⁰¹⁵ :

- Premièrement, le renforcement des droits du suspect, en particulier de son droit à l'information, à certains instants particuliers et cruciaux de l'enquête (auditions, confrontations, parades d'identification et transports sur les lieux), l'affermissement de certains d'entre eux s'imposant d'ailleurs pour transposer pleinement la directive relative au droit à l'assistance de l'avocat¹⁰¹⁶ ;
- Deuxièmement, l'encadrement de la prolongation de l'enquête préliminaire¹⁰¹⁷ et l'affermissement des droits du suspect en cas de poursuite de celle-ci au-delà d'un certain délai¹⁰¹⁸ ;
- Enfin, l'affermissement des garanties à l'issue de l'enquête, en ce qui concerne en particulier le traitement des actes sollicités par la défense qui n'auraient pu être, pour une raison quelconque (inopportunité, impossibilité matérielle d'y procéder immédiatement), réalisés en amont du renvoi en jugement¹⁰¹⁹.

¹⁰¹³ Lettre de mission, 14 janv. 2014, accessible *in* J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, spéc. p. 6.

¹⁰¹⁴ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰¹⁵ V., *Infra*, n°856 et s., n°867, n°886 et s., n°912 et s.

¹⁰¹⁶ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc. p. 50 et s., spéc., p. 56 et s.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, pp. 38 et s.

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, pp. 85.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, pp. 77 et s.

320. Conclusion de la première section -. A défaut de s'être accompagnée d'une réarticulation *de jure* des cadres de l'investigation, le renforcement continu des moyens d'investigation au stade de l'enquête de police – et, en particulier, au stade de l'enquête préliminaire, qui ne fait pas l'objet d'un encadrement temporel aussi strict que l'enquête de flagrance – a perturbé l'équilibre que pouvait inspirer le système d'autrefois. Alors qu'à court de moyens d'investigation, le procureur était, dans la logique du système originel, contraint de requérir l'ouverture d'une information judiciaire – permettant que les droits de la défense croissent à mesure que se renforce la suspicion, conformément aux règles de l'instruction -, il peut désormais, davantage qu'auparavant conserver la pleine maîtrise de l'investigation au détriment des droits de la défense de la personne mise en cause. Car si un mouvement de rapprochement matériel des cadres de l'enquête et de l'instruction s'est ainsi opéré à la faveur des pouvoirs des enquêteurs, il ne s'est pas accompagné d'une affirmation en proportion des garanties offertes à la personne suspectée. Cette dissymétrie, difficilement justifiable dans ces circonstances – puisqu'en l'état, deux personnes placées dans des situations assez semblables, peuvent ne pas bénéficier de garanties comparables, en fonction du seul choix du parquet – et régulièrement discutée par la doctrine pénaliste¹⁰²⁰, est également débattue au sein des juridictions du fond. Plusieurs d'entre elles ont révélé leur hostilité à l'égard d'un tel système qui méconnaîtrait, en définitive, le droit de toute personne « accusée » d'une infraction à une procédure équitable. Pour l'heure, la chambre criminelle s'est opposée à une telle lecture estimant, sous couvert d'une appréciation de la procédure dans son ensemble et des garanties qu'elle assure à la personne suspectée à mesure de son avancement, que la persistance d'une telle asymétrie n'était pas condamnable, quelle que soit la complexité de l'affaire en cause ou la durée de l'enquête préliminaire...

Le jugement du tribunal correctionnel de Créteil précité pose cependant la question dans des termes différents. Nous pouvons convenir, comme y invite la Cour de cassation, que l'acquisition de droits de la défense plus étendus au stade juridictionnel

¹⁰²⁰ V. (entre autres), F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°48, p. 31 ; P. CONTE, « Bas les masques ! », préc. ; A. BOTTON, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale. - À propos du Titre II de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », préc. ; O. CAHN, « Réflexions désabusées sur le chapitre I du titre I de la loi n° 2016731 du 3 juin 2016 » ; G. BEAUSSONIE et A. BOTTON, « Analyse comparée des droits des parties privées durant l'enquête et l'instruction », préc. ; J. DANET, « Pour de nouvelles règles introduisant la contradiction en phase d'enquête », Proposition de réponses pour la Commission présidée par Monsieur le Procureur général Jacques Beaume visant à adapter l'architecture de l'enquête pénale pour renforcer les droits de la défense en garantissant l'efficacité des investigations », in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 13, spéc., p. 1 ; C. RIBEYRE, « Réforme de l'enquête pénale – Observations sur les questions soulevées par le groupe de travail chargé d'une mission relative à l'amélioration de la procédure pénale », in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 18 ; CNDCH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, 29 av. 2014, in C. LAZERGES (sous la dir.), *Les grands avis de la Commission*, Dalloz, n°28, p. 359, comm. J. LEBLOIS-HAPPE.

peut assurer le caractère équitable de la procédure. Qu'en est-il toutefois lorsque, faits à l'appui, les droits acquis ultérieurement s'avèrent insuffisants pour compenser la fragilité des garanties procédurales offertes durant et que toute possibilité de se défendre s'en trouve irrémédiablement compromise ? L'analyse que la chambre criminelle livrera, le cas échéant, de la situation en cause dans l'affaire ayant donné lieu au jugement du tribunal correctionnel de Créteil précité, frappé d'appel par le parquet, sera, de toute évidence, riche d'enseignements.

321. Si la chambre criminelle a, à ce jour, manifesté une évidente réticence, les commissions de réflexions ont en revanche également mis au jour la nécessité d'une évolution, préconisant un renforcement encore relatif des droits du suspect dans l'enquête et, pour l'une d'elles, des garanties dont il dispose dès son issue. Aussi ont-elles convié le législateur à un certain rééquilibrage, qui s'imposait par ailleurs pour satisfaire aux obligations nées des directives de l'Union. Le législateur s'y est effectivement employé. Les modalités qu'il a retenues s'avèrent cependant encore trop fragiles pour être satisfaisantes et taire toute contestation.

Seconde Section. La fragilité persistante des droits de la défense en dépit des réformes récentes

322. Il serait vain de nier le rééquilibrage qui s'est opéré ces dernières années, sous la pression indiscutable des impératifs constitutionnels et européens. Comme nous l'avons vu, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme a été au cœur de la consécration d'un (premier) statut de suspect créateur de droits, puis de l'affirmation des droits du suspect gardé à vue. Les directives de l'Union, ne faisant de la privation de liberté qu'un cas parmi d'autres de l'ouverture des droits de la défense dont elles imposent la reconnaissance, ont ultérieurement impliqué la consécration d'un statut de suspect indépendamment de la contrainte qui s'exerce sur lui. De même, le législateur a été contraint de renforcer les droits du suspect à l'information et à l'assistance d'un avocat à certains stades des investigations et, en particulier de l'enquête. La transposition de ces nouvelles obligations dans la loi française a également imposé la retouche de dispositions applicables à l'issue de l'enquête laquelle, lorsque l'on envisage la procédure comme un ensemble, doit également participer à ce rééquilibrage.

323. Celui-ci est pour l'essentiel dû aux lois du 14 avril 2011, du 27 mai 2014 et du 3 juin 2016, cette dernière étant également l'occasion d'une réflexion sur le renforcement du caractère contradictoire de l'enquête, comme y invitaient les Commissions Nadal et Beaume. Chaque loi a été l'occasion d'apporter quelques améliorations aux droits du suspect et du prévenu, pour large part devenues nécessaires à la satisfaction d'exigences supralégislatives, internes ou européennes.

Le constat demeure néanmoins celui de la fragilité, qu'il s'agisse des adaptations touchant l'issue immédiate de l'enquête – qu'il nous faut envisager tant elles participent de la restauration d'un équilibre, mis à mal par la mutation de la mise en état – (§1^{er}) ou de celles visant l'enquête elle-même (§2^d)

§1^{er} - La recherche d'un plus juste équilibre à l'issue de l'enquête

324. Dans son entreprise de rééquilibrage des droits de la personne mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale, le législateur s'est intéressé aux suites immédiates de l'enquête, contraint par l'adoption des directives européennes. Ceci étant, si différentes adaptations manifestent un rééquilibrage en faveur des droits de la personne mise en cause hors instruction (A), il faut néanmoins reconnaître que cette compensation reste imparfaite (B).

A. Les manifestations de cette recherche

325. Si les dispositions applicables à l'instruction¹⁰²¹ ou au jugement en matière criminelle¹⁰²² ont été retouchées par la loi du 27 mai 2014 précitée, celle-ci a aussi apporté différentes modifications aux procédures de jugement en matière correctionnelle. Celles-ci nous intéressent davantage puisqu'elles concernent directement la personne renvoyée en jugement sans avoir bénéficié des garanties offertes par l'information judiciaire. Aussi ont-elles contribué au processus de

¹⁰²¹ Pensons, notamment, aux modifications prévoyant la notification du droit à l'assistance d'un interprète et à la traduction des pièces essentielles du dossier ainsi que du droit de la personne interrogée de faire des déclarations, de répondre aux questions qui leur sont posées ou de se taire (C.P.P., articles 113 et 116) ou le droit du mis en examen ou de la partie civile non-assistée d'un avocat de demander la copie des pièces du dossier de l'instruction (C.P.P., article 114).

¹⁰²² Songeons, notamment, à la modification des articles 273 et 328 du CPP imposant respectivement au président de la cour d'assises d'informer l'accusé de son droit d'être assisté s'il y a lieu d'un interprète et de son droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire.

rééquilibrage de ses droits. De telles améliorations, qui selon l'étude d'impact jointe au projet de loi doivent participer d'un meilleur équilibre et de l'efficacité des procédures correctionnelles consécutives à une enquête de police¹⁰²³, s'observent dans les dispositions relatives à la citation directe et à la convocation par officier de police judiciaire¹⁰²⁴ (1) et dans celles qui sont relatives au défèrement et à la procédure de convocation par procès-verbal (2).

1) Les modifications touchant les dispositions relatives à la citation directe et à la convocation par officier de police judiciaire

326. La loi du 27 mai 2014 a modifié les dispositions applicables à la citation directe et à la convocation par officier de police judiciaire sur quatre points particuliers. Il s'agit d'abord des mentions contenues dans la citation ou la convocation, ensuite, de l'accès au dossier de la procédure et de l'effectivité du bénéfice de ce droit et, enfin, de la possibilité de solliciter des actes complémentaires avant l'audience¹⁰²⁵.

327. L'information du prévenu sur ces droits -. La transposition de la directive relative au droit à l'information a imposé l'adaptation de différentes dispositions du CPP afin d'assurer à tous « suspects » et toutes « personnes poursuivies » l'information sur les droits, quel que soit le stade de la procédure et les modalités de la poursuite. La réécriture des articles 390 et 390-1 du CPP est une illustration parmi d'autres des conséquences de l'intégration de cette directive en droit interne : en plus des indications déjà mentionnées dans l'acte de saisine (tels que les mentions, communes à tous les actes de saisine conformément à l'article 6§3 de la Convention européenne, relatives au fait poursuivi et au texte qui le réprime et, évidemment, celles concernant la juridiction saisie, le lieu, l'heure et la date de l'audience¹⁰²⁶), ils prévoient désormais, conformément à l'article 3§1 a) et b) de la directive, que l'acte doit informer le prévenu qu'il peut se faire assister d'un avocat de son choix ou, s'il en fait la demande, d'un avocat commis d'office, dont les frais seront le cas échéant pris en charge par l'aide juridictionnelle. L'acte précise encore que le

¹⁰²³ V. not., Etude d'impact jointe au projet de loi portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales NOR : JUSX1330493L/Bleue-1.

¹⁰²⁴ Pour des études plus complètes de ces procédures, V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°1203, p. 830, n°1206, p. 831, n°2869 et s., pp. 1953 et s., n°2889 et s., p. 1963 et s.

¹⁰²⁵ Pour un exposé plus précis de ces dispositions, V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°1203, p. 830, n°1206, p. 831, n°2869 et s., pp. 1953 et s., n°2889 et s., p. 1963 et s. ; V. ég., G. TAUPIAC-NOUVEL et A. BOTTON, « La réforme du droit à l'information en procédure pénale, *JCP éd. G.*, 7 juil. 2014, doct. 802.

¹⁰²⁶ C.P.P., articles 390-1 et 551.

prévenu a la possibilité de bénéficier, le cas échéant gratuitement, de conseils juridiques dans une structure d'accès au droit. Ces différentes adaptations confirment, pour l'essentiel, les pratiques en vigueur¹⁰²⁷.

328. L'accès au dossier de la procédure -. D'autres modifications ont porté sur l'accès au dossier en vue, notamment, d'assurer l'effectivité de ce droit. A ce titre, le nouvel article 388-4 du CPP prévoit, d'une part, que les avocats peuvent consulter le dossier au greffe du tribunal de grande instance dès la délivrance de la citation ou, au plus tard, deux mois après la notification de la convocation. Ce droit n'est garanti qu'aux avocats et non aux parties car, précise la circulaire d'application, l'ouverture de ce droit à toute autre personne aurait impliqué la mise en œuvre d'une surveillance au moment de la consultation afin d'assurer que le dossier ne soit altéré d'une quelconque manière¹⁰²⁸. Le nouvel article 388-4 dispose, d'autre part, que les avocats et les parties peuvent, à leur demande, se faire délivrer des pièces du dossier. Sur ce point, le droit en vigueur n'est pas modifié, cette faculté étant autrefois prévue à l'article R. 155, 2° du CPP.

329. En revanche, par souci de satisfaire pleinement aux exigences issues de l'article 7§3 de la directive imposant l'accès au dossier « *en temps utile pour permettre l'exercice effectif des droits de la défense et, au plus tard, lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation* »¹⁰²⁹, la loi a prévu que la délivrance de la copie devra en principe intervenir dans le mois suivant la demande. En cas de COPJ cependant, lorsque la demande est faite moins d'un mois après la notification de la convocation, la délivrance doit intervenir au plus tard deux mois après cette notification, ce qui vise à tenir compte du temps de transmission et d'enregistrement de la procédure¹⁰³⁰. Ces délais étant des délais maximums, rien n'interdit des remises plus rapides. La circulaire d'application précise néanmoins que ces délais ne sont pas édictés à peine de nullité puisque la partie qui n'a pas obtenu la copie dans les temps peut solliciter le report de l'audience. C'est sans doute l'une des principales améliorations de la loi du 27 mai 2014 sur ce point. Afin de garantir l'effectivité du droit de consulter le dossier de la procédure et de préparer en conséquence sa défense comme l'impose l'article 7§3 de la directive

¹⁰²⁷ Circ. du 23 mai 2014 de présentation des dispositions de procédure pénale applicables le 2 juin 2014 de la loi portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, NOR : JUSD1412016C, BOMJ n°2014-05 du 30 mai 2014, p. 14.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, p. 14.

¹⁰²⁹ Etude d'impact jointe au projet de loi portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, préc., p. 29 ; Circ. du 23 mai 2014 de présentation des dispositions de procédure pénale applicables le 2 juin 2014 de la loi portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, p. 14.

¹⁰³⁰ *Ibid.*, pp. 14-15.

européenne, la commission des lois de l'Assemblée nationale a, en effet, adopté un amendement insérant un nouvel article 390-2 qui impose au tribunal correctionnel, lorsque le délai d'audiencement est inférieur à deux mois et que l'avocat ou le prévenu n'a pu obtenir la copie du dossier dans ce délai, d'ordonner, à la demande de ce dernier, le renvoi de l'affaire à une date fixée à au moins deux mois après la délivrance de la citation ou la notification de la convocation. Lorsque les conditions formulées par le texte ne sont pas remplies, la juridiction saisie conserve néanmoins la possibilité de faire droit à une telle demande de renvoi si elle la juge justifiée¹⁰³¹. En tout état de cause, le délai minimal d'audiencement prévu par l'article 552 du CPP (d'au moins dix jours lorsque la partie citée réside dans un département de la France métropolitaine ou, si résidant dans un département d'outre-mer, elle est citée devant un tribunal de ce département¹⁰³²) demeurant inchangé, il reste possible, dans les juridictions où l'audiencement est fluide et lorsque l'affaire, ne soulevant pas de difficultés particulières, ne donnera probablement pas lieu à une demande de renvoi, d'audiencer les dossiers dans un délai compris entre dix jours et deux mois.

330. Le droit de solliciter des actes complémentaires avant l'audience -.

Visant à parachever la transposition de l'article 7§3 précité, la loi du 27 mai 2014 a enfin inséré un nouvel article 388-5 autorisant les parties ou leurs avocats à solliciter, en cas de poursuites par citation directe ou par COPJ, la réalisation d'actes qu'ils estiment nécessaires à la manifestation de la vérité avant l'audience. L'objectif de ce nouveau dispositif est de supprimer « un temps mort dans la procédure pénale » en permettant, « lorsque cela paraît possible et nécessaire, de compléter la procédure sans attendre la date de l'audience »¹⁰³³. L'idée cardinale de ces nouvelles dispositions est d'accélérer le cours de la justice en favorisant la mise en état des dossiers avant l'audience et en évitant, par là même, que le jugement de l'affaire soit renvoyé sur le fond.

331. A cet effet, le nouvel article 388-5 du CPP prévoit que « *[s]'il estime que tout ou partie des actes demandés sont justifiés et qu'il est possible de les exécuter avant la date de l'audience, le président du tribunal peut, après avis du procureur de la République, en ordonner l'exécution selon les règles applicables au cours de l'enquête préliminaire* ». Il en va par exemple ainsi, comme le précise la circulaire d'application, d'une expertise psychiatrique de l'intéressé, une

¹⁰³¹ *Ibid.*, p. 15.

¹⁰³² Ce délai est augmenté d'un mois lorsque « *la partie citée devant le tribunal d'un département d'outre-mer réside dans un autre département d'outre-mer, dans un territoire d'outre-mer, à Saint-Pierre-et-Miquelon ou Mayotte ou en France métropolitaine, ou si, cité devant un tribunal d'un département de la France métropolitaine, elle réside dans un département ou territoire d'outre-mer, à Saint-Pierre-et-Miquelon ou Mayotte* » (C.P.P., article 552, al. 2).

¹⁰³³ Circ. du 23 mai 2014 de présentation des dispositions de procédure pénale applicables le 2 juin 2014 de la loi portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, préc., p. 16.

expertise médicale de la victime, des réquisitions auprès d'un organisme en vue d'obtenir des documents nécessaires à la procédure ou encore l'audition d'un témoin ou d'une partie...¹⁰³⁴ L'ensemble des procès-verbaux et autres pièces relatant l'exécution de tels actes sont joints au dossier de la procédure et mis à la disposition des parties ou de leurs avocats. Ce nouveau dispositif n'ouvre toutefois qu'une faculté au président du tribunal correctionnel, qui peut donc refuser l'exécution de ces actes, voire ne pas répondre à la demande des parties ou de leurs avocats. Le dernier alinéa de l'article 388-5 du CPP précise toutefois que lorsque les actes demandés n'ont pas été ordonnés par le président du tribunal avant l'audience, le tribunal statue sur cette demande et peut, le cas échéant, commettre par jugement l'un de ses membres ou l'un des juges d'instruction du tribunal pour procéder à un supplément d'information. L'article 463 du CPP est alors applicable. A défaut, le tribunal est tenu de motiver spécialement sa décision, ce qui ne constitue qu'une consécration de la jurisprudence rendue en la matière¹⁰³⁵.

Les plus importantes améliorations de la loi du 27 mai 2014 ont toutefois concerné la phase de défèrement, dont l'évolution était devenue une nécessité au regard des directives de l'Union et des standards constitutionnels récemment précisés.

2) Les modifications touchant les dispositions relatives au défèrement et à la convocation par procès-verbal

332. La loi a fait du défèrement une phase procédurale assurément plus aboutie qu'elle ne l'était jusqu'alors (a). Elle a par ailleurs modifié l'article 394 du CPP afin de permettre, en cas de convocation par procès-verbal, un supplément d'information et, le cas échéant, le renvoi de l'affaire au ministère public (b).

a) La généralisation d'un débat lors du défèrement

333. Le dualisme du dispositif en vigueur avant la loi du 27 mai 2014 -. Jusqu'à la loi du 27 mai 2014, le défèrement faisait l'objet de modalités distinctes selon qu'il avait été fait application, au cours de l'enquête, des dispositions des articles 706-80 à 706-95 du CPP, ou non¹⁰³⁶. L'article 706-106 du Code de procédure pénale,

¹⁰³⁴ *Ibid.*

¹⁰³⁵ Cass. crim., 25 avr. 2006, *Bull. crim.* n°111, *AJ pén.* 2006, p. 317.

¹⁰³⁶ La chambre criminelle a précisé que l'article 706-106 du CPP, qui prévoyait la présence de l'avocat du prévenu déféré devant le procureur de la République en vue d'une comparution immédiate en matière de délinquance et de criminalité organisée, n'est pas applicable lorsque les dispositions dérogatoires des articles 706-80 à 706-95 du CPP

introduit par la loi Perben 2 pour « veiller au respect de l'équilibre entre le renforcement des outils au service de la manifestation de la vérité et les droits de la personne mise en cause »¹⁰³⁷, prévoyait en effet que, lorsque des mesures dérogatoires avaient été mises en œuvre, « la personne qui est déférée devant le procureur de la République en application des dispositions de l'article 393 a[vait] droit à la désignation d'un avocat » avant sa comparution. Celui-ci était autorisé à « consulter sur le champ le dossier de la procédure et communiquer librement avec elle ». Le procureur, « après avoir entendu ses déclarations et les observations de son avocat », procédait conformément aux articles 394 à 396 du CPP ou requérait l'ouverture d'une information judiciaire. A défaut, l'article 393 du CPP disposait que le procureur de la République, « après avoir constaté l'identité de la personne qui lui est déférée, lui avoir fait connaître les faits qui lui sont reprochés et avoir recueilli ses déclarations si elle en fait la demande » pouvait, s'il estimait qu'une information judiciaire n'était pas nécessaire, procéder comme il est dit aux articles 394 à 396. Ce n'était qu'à cet instant qu'il était tenu d'informer la personne déférée devant lui qu'elle avait le droit à l'assistance d'un avocat de son choix ou commis d'office, alors autorisé à consulter « sur le champ » le dossier et à communiquer librement avec elle.

334. La remise en cause de ces dispositions par les Sages -. Le Conseil constitutionnel a été saisi d'une QPC portant sur la compatibilité des articles 393 et 803-2 du CPP avec les principes du procès équitable et des droits de la défense et de la séparation des pouvoirs garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789. Celle-ci mettait spécifiquement en cause l'absence de l'avocat lors de la présentation de la personne déférée devant le procureur de la République¹⁰³⁸. Le Conseil constitutionnel a jugé que les modalités du défèrement de droit commun n'étaient pas contraires aux droits de la défense puisque celui-ci avait « pour seul objet de permettre à l'autorité de poursuite de notifier à la personne poursuivie la décision prise sur la mise en œuvre de l'action publique et de l'informer sur la suite de la procédure »¹⁰³⁹. Il a toutefois précisé que l'article 393 du CPP, qui « impartit au procureur de la République de constater l'identité de la personne [...] déférée, de lui faire connaître les faits qui lui sont reprochés, de recueillir ses déclarations si elle en fait la demande et, en cas de comparution immédiate ou de comparution sur procès-verbal, de l'informer de son droit à

n'ont pas été effectivement mises en œuvre. En d'autres termes, ce n'est pas tant la qualification juridique des faits qui importait que la mise en œuvre de procédures dérogatoires (Cass. crim., 3 nov. 2011, *Bull. crim.* n°266, *Dalloz actualité*, 8 déc. 2011, obs. M. LENA ; *AJ Pén.* 2012, p. 99, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE).

¹⁰³⁷ J.-L. WARSMANN, Rapport n°856, préc., p. 86.

¹⁰³⁸ « Les articles 393 et 803-2 du code de procédure pénale en ce qu'ils prévoient que toute personne déférée à l'issue de sa garde à vue est présentée au procureur de la République sont-ils conformes à la Constitution au regard du principe du procès équitable et des droits de la défense, du principe de la séparation des pouvoirs garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en ce qu'ils permettent la présentation d'une personne déférée devant la partie poursuivante hors la présence de l'avocat ? ».

¹⁰³⁹ Cons. Const., Déc. n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011, M. Abderrahmane L. [Défèrement devant le procureur de la République] (consid. 12), RSC 2011, p. 414, obs. J. DANET ; *Gaz. Pal.* 22 mai 2011, n°142, p. 18, obs. S. DÉTRAZ ; *AJ pén.* 2011, p. 471, obs. J.-B. PERRIER.

l'assistance d'un avocat pour la suite de la procédure [...] ne saurait, sans méconnaître les droits de la défense, l'autoriser à consigner les déclarations de celui-ci sur les faits qui font l'objet de la poursuite dans le procès-verbal mentionnant les formalités de la comparution »¹⁰⁴⁰.

335. La parade trouvée pour déclarer ces dispositions conformes à la Constitution n'a satisfait personne. Une partie de la doctrine a relevé que, malgré la réserve émise par les Sages, rien n'interdisait à la partie poursuivante devant laquelle le prévenu avait fait des déclarations, d'en faire état dans les suites de la procédure¹⁰⁴¹ et, qu'en tout état de cause, cette réserve ne suffisait pas à assurer la compatibilité du droit interne aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne, l'assistance de l'avocat s'imposant à ce stade¹⁰⁴².

Les praticiens ne l'ont pas mieux accueillie estimant, d'une part, que la solution vidait la présentation de l'intéressé au procureur d'une bonne partie de son intérêt¹⁰⁴³ et, d'autre part, qu'elle conduisait, en pratique, à une distinction artificielle sur les déclarations que le parquet serait en droit de recueillir ou non¹⁰⁴⁴.

336. L'adaptation réalisée par la loi du 27 mai 2014 -. L'évolution du droit en vigueur - bienvenue dans ces circonstances - s'est réalisée sous la contrainte des directives de l'Union européenne, imposant que tout suspect ou personne poursuivie soit rapidement informée des droits dont il/elle dispose, et en particulier de son « droit

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, (consid. 13).

¹⁰⁴¹ J. DANET, « Le défèrement au procureur sans assistance d'un avocat : une conformité à la constitution avec réserve, signe d'une réponse fragile », *RSC* 2011, p. 414.

¹⁰⁴² *Ibid.* (L'auteur a indiqué « quand bien même la personne déférée ne ferait pas de déclarations sur les faits, il [paraissait] pour le moins hasardeux de soutenir que la phase d'orientation ne justifiait pas la présence possible de l'avocat, quand on sait à quel point elle est importante. La personne déférée qui a le droit de faire des déclarations peut, en effet, avoir le plus grand intérêt à fournir telle ou telle information au procureur si elle est de nature à infléchir en un sens ou un autre la décision d'orientation. Qu'elle ne puisse être assistée d'un avocat paraît contraire aux droits de la défense quand on a à l'esprit la définition donnée par la CEDH des activités de l'avocat durant la garde à vue »).

¹⁰⁴³ P. GAGNOUD, « Le renforcement du contradictoire dans la phase des poursuites : Vers une mise en état des affaires pénales ? », *Gaz. Pal.* 2014, n°214, p. 10 (L'auteur a rappelé que si la loi du 2 février 1981 avait supprimé la possibilité pour le prévenu d'être assisté de son avocat lors du défèrement et, dans le même temps, celle pour la partie poursuivante de l'interroger, « la pratique [s'était] progressivement autorisée certaines largesses conduisant, par le jeu des questions réponses, soit à de substantielles déclarations retranscrites en un seul bloc sans mention des questions, soit à de véritables petits interrogatoires avec retranscription intégrale des questions sur procès-verbal ». Si la réserve émise condamnant cette pratique était attendue – car en cohérence avec la décision du 30 juillet 2010 relative à la garde à vue et les exigences conventionnelles auxquelles le Conseil n'est pas sourd –, elle vidait la présentation de l'intéressé au parquet d'une grande partie de son intérêt en réduisant la fonction du procureur « à un simple rôle de notification des faits poursuivis, de leur qualification, des droits de la personne et des suites de la procédure »).

¹⁰⁴⁴ *Ibid.* (L'auteur ajoute qu'avec une telle solution, « le procureur de la République n'était pas privé de son droit de recueillir des déclarations sans lien avec les faits objet de la prévention, notamment ceux en rapport avec la personnalité de la personne poursuivie ou sa situation pénale, mais le *distinguo* relevait parfois de l'exercice théorique ». Par exemple, « il lui était permis de recevoir les déclarations d'un délinquant routier sur sa consommation habituelle d'alcool, il lui était impossible [en revanche] de recevoir ses déclarations sur les verres qu'il avait absorbés avant de prendre le volant »).

à l'assistance d'un avocat » (Dir. 2012/13/UE, article 3§1 a)), qu'il/elle puisse avoir « accès à un avocat sans retard indu » et, « en tout état de cause [...] à partir de la survenance du premier en date des événements [énumérés] » - dont son interrogatoire « par la police ou par une autre autorité répressive ou judiciaire » (Dir. 2013/48/UE, article 3§1 a)) - et prendre connaissance des « documents relatifs à l'affaire [...] détenus par les autorités compétentes [...] en temps utile pour permettre l'exercice effectif des droits de la défense » (Dir. 2012/13/UE, article 7§§1 et 3). Le législateur a ainsi mis les dispositions applicables au défèrement au diapason des exigences de l'Union¹⁰⁴⁵.

337. L'article 393 oblige désormais le procureur de la République à informer la personne déférée de son droit à l'assistance d'un avocat de son choix ou commis d'office. L'avocat choisi ou désigné peut immédiatement consulter le dossier de la procédure. Il peut librement communiquer avec la personne déférée. La personne déférée qui ne sollicite pas l'assistance d'un avocat peut consulter le dossier de la procédure, conformément aux exigences européennes. L'article 706-106 du CPP, devenu inutile, est en conséquence abrogé.

338. Indépendamment de la satisfaction des exigences supralégislatives, l'objectif de cette évolution est, comme en témoignent les travaux préparatoires, de renforcer le caractère contradictoire de la procédure au stade du défèrement et, ainsi, de rétablir un équilibre entre le ministère public et la personne mise en cause¹⁰⁴⁶, ce qui a plus généralement constitué l'obsession de la loi du 27 mai 2014. La présence de l'avocat lors de la présentation doit, en effet, permettre à ce dernier de formuler d'éventuelles observations avant toute décision du procureur sur les suites données à la procédure portant, notamment, « sur la régularité de la procédure, sur la qualification retenue, sur le caractère éventuellement insuffisant de l'enquête, sur la nécessité de procéder à de nouveaux actes qu'il estime nécessaires à la manifestation de la vérité et sur les modalités d'engagement éventuel des poursuites ou le recours éventuel à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité » (C.P.P., article 393, al. 4). La présence de l'avocat permet, parallèlement, au procureur d'entendre l'intéressé et de recueillir ses déclarations, ce qui n'était plus possible depuis la décision n°2011-125 QPC du Conseil constitutionnel du 6 mai 2011, précitée.

¹⁰⁴⁵ V. not., J. ALIX, « La (lente) réception en France des acquis de l'Union européenne en matière de droits de la défense », préc., p. 31.

¹⁰⁴⁶ J.-P. MICHEL, Rapport n°380, préc., p. 25 ; C. UNTERMAIER, Rapport n°1895, pp. 24-25.

Malgré les pesanteurs qu'il implique¹⁰⁴⁷, ce nouveau dispositif redonne au parquetier « tout son rôle dans le cadre d'un entretien contradictoire »¹⁰⁴⁸ ce qui, selon Monsieur Gagnoud, présente un intérêt lorsque l'affaire présente une dimension complexe. En effet, le magistrat du parquet est de nouveau mis en mesure « de procéder à un interrogatoire récapitulatif des charges et de recueillir les déclarations du prévenu sur les principaux éléments de preuve versés au dossier, apportant ainsi une véritable plus-value pour son collègue en charge de représenter le ministère public à l'audience et le tribunal lui-même »¹⁰⁴⁹. Les nouvelles dispositions ajoutent que ce n'est qu'après avoir recueilli les déclarations de l'intéressé ou procédé à son interrogatoire et au vu des observations éventuelles de l'avocat, que le procureur peut désormais prendre sa décision sur les suites à donner à la procédure c'est-à-dire recourir à une mesure prévue à l'article 40-1, à une convocation par procès-verbal ou à une comparution immédiate, requérir l'ouverture d'une information judiciaire ou ordonner la poursuite de l'enquête. En cas de poursuite de l'enquête, la personne mise en cause à nouveau entendue pourra être assistée de son avocat, selon les formes prévues à l'article 63-4-3 du Code (C.P.P., article 393).

339. Le législateur a par ailleurs procédé à d'autres adaptations, nécessaires à la mise en conformité du droit interne aux exigences de l'Union. Ainsi, le procureur est-il aujourd'hui également contraint d'informer la personne déférée de son droit d'être assisté par un interprète ainsi que « *de son droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire* ».

¹⁰⁴⁷ Monsieur Gagnoud note que « la nouvelle procédure de déferrement est plus lourde sur le plan du formalisme et va générer un rallongement de sa durée, ce qui ne sera pas sans impact sur l'organisation quotidienne des services de permanence des parquets, lesquels doivent assurer jusqu'à plusieurs présentations par jours. Pour des raisons évidentes d'organisation, l'avocat choisi ou commis d'office devra être informé le plus en amont possible de l'heure du déferrement, comme c'était généralement le cas jusqu'à présent. En revanche, la présentation ne pourra pas débiter sans lui, ni sans qu'il ait eu le temps de consulter la procédure et de s'entretenir avec son client. Ceci ne sera pas sans incidence en cas de retard sérieux de l'avocat, dans la mesure où le magistrat doit, dans le même temps et souvent seul, continuer à assurer la permanence téléphonique et organiser dans les meilleurs délais la transmission du dossier à l'audience correctionnelle. Jusqu'à présent, en effet, rien n'interdisait au procureur de prendre le déferrement sans attendre la présence de l'avocat ». L'auteur précise, en revanche, que « le temps de consultation du dossier pour ce dernier doit toutefois être relativisé dans la mesure où, de plus en plus souvent, l'avocat intervenant est celui qui a assisté aux interrogatoires en garde à vue, ce qui lui donne une connaissance fine des éléments de la procédure, même s'il n'y a pas encore accès directement en totalité à ce stade (P. GAGNOUD, « Le renforcement du contradictoire dans la phase des poursuites : Vers une mise en état des affaires pénales ? », préc., spéc. n°9).

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, spéc. n°10.

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*

b) L'admission d'un renvoi à l'instruction ou d'un supplément d'information en cas de convocation par procès-verbal

340. La loi du 27 mai 2014 a en outre modifié l'article 394 du CPP pour étendre à la convocation par procès-verbal, un dispositif déjà connu pour la procédure de comparution immédiate (C.P.P., article 397-2). Celui-ci permet au tribunal correctionnel saisi par une CPV, lorsqu'il estime que la complexité de l'affaire implique des investigations complémentaires, de renvoyer le dossier au procureur de la République en vue de l'ouverture d'une information judiciaire. Il peut également, à la demande des parties ou d'office, commettre par jugement l'un de ses membres ou l'un des juges d'instruction du tribunal désigné dans les conditions de l'article 83 pour procéder à un supplément d'information. L'article 463 du CPP est applicable.

341. Les différentes modifications apportées par le législateur dans les suites immédiates de l'enquête vont dans le bon sens, soit parce qu'elles renforcent les droits à l'information et à l'assistance d'un avocat de la personne mise en cause à un stade crucial de la procédure, permettant par là même de redonner de son intérêt à une phase qui avait été vidée d'une partie de sa substance, soit parce qu'elles contribuent à l'efficacité de la procédure en permettant de réduire les temps morts lorsque les investigations doivent être complétées. Ces adaptations ont été largement saluées. Les commentateurs de la loi du 27 mai 2014 en ont toutefois également souligné les carences.

B. Les carences du résultat

342. Deux fragilités ont été essentiellement relevées par les observateurs. L'une concerne la phase de défèrement (1) ; l'autre le traitement des actes d'investigation complémentaires éventuellement sollicités par la personne mise en cause (2).

1) L'insuffisance des améliorations apportées au stade du défèrement

343. La loi du 27 mai 2014 a emporté une amélioration significative des droits de la défense au stade du défèrement, dont certains auteurs appellent la généralisation par l'instauration d'une phase d'orientation du dossier de la procédure à l'issue de l'enquête,

comparable à la phase de clôture de l'information judiciaire¹⁰⁵⁰. Bienvenues, les adaptations du droit interne à ce stade de la procédure sont toutefois moins heureuses qu'elles ne paraissent *prima facie*.

344. Un contradictoire nécessairement « tronqué » -. L'objectif affiché par le législateur a été de renforcer le contradictoire au stade déterminant de l'orientation d'une procédure. Toutefois, le contradictoire « implique certes que soit respecté un ensemble de règles tendant à garantir la libre discussion, telle la communication du dossier, mais il demeure fondamentalement [selon la définition de Gérard Cornu] 'une situation juridique qui naît lorsque les parties adverses (demandeur et défendeur) sont à même de faire valoir leurs moyens de défense et leurs prétentions respectives dans l'instance qui les oppose »¹⁰⁵¹. Or, malgré le progrès que constituent les mesures mises en œuvre par la loi du 27 mai 2014, le contradictoire est ici tronqué faute pour le législateur d'avoir prévu l'intervention d'un juge. En ce sens également, Madame le Professeur Matsopoulou, qui promeut la généralisation d'un débat contradictoire à l'issue de toute enquête, rappelle qu'il ne peut il y avoir de débat véritablement contradictoire sans l'intervention d'un juge indépendant à l'égard des parties, tel un « juge de l'enquête »¹⁰⁵². Monsieur le Professeur Fourment évoque, lui, « un dispositif [...] d'un genre nouveau : l'assistance sans contradictoire »¹⁰⁵³.

345. C'est dans ces modalités particulières d'un « débat » sans véritable contradictoire que se logent les principales failles du dispositif en vigueur, certains auteurs estimant que, dans de telles circonstances, les améliorations apportées au stade du défèrement ne sont que symboliques voire pourraient impliquer des conséquences plus perfides.

346. Monsieur Gagnoud relève ainsi que si le nouvel article 393 du CPP « rappelle de manière fortement symbolique que le procureur ne pourra prendre une décision qu'après avoir entendu et consigné [les] observations [de l'avocat], [la disposition] peut néanmoins apparaître assez théorique, ou même pour le moins superfétatoire. En effet,

¹⁰⁵⁰ V. not., C. RIBEYRE, « Réforme de l'enquête pénale – Observations sur les questions soulevées par le groupe de travail chargé d'une mission relative à l'amélioration de la procédure pénale », préc., spéc. p. 10.

¹⁰⁵¹ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, op. cit., n°646, pp. 632 et s. (L'auteur en déduit qu'il n'y a, dans ces nouvelles modalités, qu'un renforcement des droits de la défense, légitime au demeurant).

¹⁰⁵² H. MATSOPOULOU, « Quelle étendue de la juridictionnalisation ? » in O. DECIMA (sous la dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, op. cit., p. 69, spéc. p. 81 ; V. ég., R. OLLARD, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? - - À propos de la loi du 27 mai 2014 », *JCP éd. G.* 1^{er} sept. 2014, doct. 912.

¹⁰⁵³ F. FOURMENT, « Le défèrement nouveau, ou l'assistance sans contradictoire (assumé) », *Gaz. Pal.*, 29 juil. 2014, p. 19.

[précise-t-il,] soit l'orientation envisagée d'emblée par le procureur dans le cadre de sa permanence téléphonique a été longuement mûrie au long de l'enquête et il y a peu de chance qu'il décide de la modifier (si l'on en juge par la lourdeur que représente un défèrement, notamment en termes de logistique, d'escorte et de mobilisation du greffe), soit la lecture de la procédure est en décalage complet avec les comptes rendus téléphoniques qui lui ont été faits et il lui appartient alors d'en tirer lui-même toutes les conséquences »¹⁰⁵⁴.

347. Monsieur le Professeur Fourment ajoute que « [p]rovoqué à raison de ce que le procureur de la République “envisage de poursuivre une personne” selon les procédures de convocation par procès-verbal ou comparution immédiate (al. 1^{er}), le défèrement place le représentant du ministère public dans la situation de décider la suite à donner à l'affaire ». Or, précise-t-il, « [c]omment cette intention là – poursuivre selon les procédures de convocation par procès-verbal ou de comparution immédiate – peut-elle, après de simples observations de l'avocat *a priori* limitées à la régularité de la procédure, à la qualification retenue, au caractère éventuellement insuffisant de l'enquête et à la nécessité de procéder à de nouveaux actes, produire une réponse radicalement différente, le cas échéant plus favorable à la personne mise en cause ? »¹⁰⁵⁵.

348. D'autres observateurs font également observer que ces nouvelles dispositions ne font finalement qu'imposer au procureur d'écouter les observations de l'avocat, sa décision étant de toute façon insusceptible de recours¹⁰⁵⁶.

349. Les conséquences insidieuses du dispositif -. Monsieur Jeanne souligne, lui, les conséquences pernicieuses que peut produire un tel dispositif, indiquant que soulever l'irrégularité d'un acte d'investigation effectué par un adversaire futur, c'est finalement lui permettre de refaire l'acte avant l'audience. Plus certainement encore, puisqu'il peut s'agir, en définitive, d'informer celui qui décidera de l'orientation d'une éventuelle irrégularité de la procédure susceptible d'en affecter la « survie », le dispositif mis en œuvre permettrait au parquet d'opter pour une voie qui n'implique pas, avec certitude, le contrôle juridictionnel de la régularité des actes de l'enquête¹⁰⁵⁷. En définitive, l'auteur estime que cette « 'audience' organisée entre le procureur et le mis en cause [peut permettre] au premier d'affiner sa stratégie »¹⁰⁵⁸, c'est-à-dire de s'assurer

¹⁰⁵⁴ P. GAGNOUD, « Le renforcement du contradictoire dans la phase des poursuites : Vers une mise en état des affaires pénales ? », préc., spéc. n°11.

¹⁰⁵⁵ F. FOURMENT, « Le défèrement nouveau, ou l'assistance sans contradictoire (assumé) », préc.

¹⁰⁵⁶ R. OLLARD, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? », préc., n°24.

¹⁰⁵⁷ V., *Infra*, n°510.

¹⁰⁵⁸ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, *op. cit.*, n°647, p. 634.

qu'en dépit de la qualité du dossier qui lui est transmis, la procédure aboutisse néanmoins à une sanction.

D'autres observateurs ont relativisé l'apport de la loi du 27 mai 2014 concernant le traitement des actes sollicités par la défense.

2) *La défaillance du traitement des actes sollicités par la défense*

350. L'utilité d'une amélioration du traitement des actes sollicités par la défense -. La Commission Beaume s'est interrogée sur la place qui devait être accordée à l'avocat durant l'enquête, excluant cependant qu'il puisse effectuer une enquête parallèle ou co-agir pleinement dès le stade policier. Cette option maximaliste aurait constitué une entorse à la tradition juridique latine autant qu'un facteur d'« inégalités insupportables entre les justiciables disposant de moyens suffisants pour financer une telle contre-enquête et ceux dont l'impécuniosité les rendrait totalement vulnérables à la machine pénale étatique »¹⁰⁵⁹. L'utilité pour la manifestation de la vérité de permettre au suspect de proposer de nouvelles vérifications¹⁰⁶⁰, l'a cependant conduit à recommander qu'il puisse solliciter, lors de ses auditions, des investigations complémentaires auprès de l'agent le plus opérationnel de l'enquête – c'est-à-dire l'OPJ – ou du procureur de la République par le biais d'observations écrites versées au dossier¹⁰⁶¹. Le rejet de telles demandes ne devait pouvoir donner lieu à un recours immédiat mais être traité dans le cadre d'une phase de « mise en état » qui s'insérerait entre la fin de l'enquête et la saisine de la juridiction du fond¹⁰⁶², devant le juge d'instruction ou le tribunal.

351. Le regret du caractère « couperet » de la saisine de la juridiction du fond -. La Commission a rejeté l'idée d'une mise en état juridictionnalisée à l'issue de toute enquête. Elle a en revanche milité en faveur de différentes améliorations de la phase qui s'insère entre la fin d'une garde à vue et l'arrivée du dossier devant le juge du fond¹⁰⁶³, abordant spécifiquement la question du traitement des actes sollicités par la défense qui n'auraient pu être réalisés pour quelques raisons que ce soit. Elle a alors déploré que la loi du 27 mai 2014 ait conservé le caractère « couperet » de la saisine de la juridiction de jugement, emportant sa compétence exclusive en matière de réalisation

¹⁰⁵⁹ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc. p. 70.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, p. 70.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, p. 71.

¹⁰⁶² *Ibid.*, pp. 70-71.

¹⁰⁶³ *Ibid.*, pp. 77 et s.

d'actes complémentaires. La Commission a estimé qu'il aurait été possible d'éviter, outre le temps de décision du président du tribunal correctionnel, la lourdeur d'un complément d'information en permettant au procureur d'ordonner leur réalisation. Et ceci d'autant que « [l]e risque d'obstruction, ou même de simple inaction du parquet serait parfaitement limité » puisque l'on perçoit mal l'intérêt, pour le parquet, d'affaiblir son action en présentant un dossier délibérément incomplet au juge¹⁰⁶⁴.

352. Avec la loi du 27 mai 2014, le législateur a entendu améliorer, sur différents points, les droits de la personne soupçonnée à l'issue immédiate de l'enquête. Avec une vision globale de la procédure, suggérant d'observer les garanties qu'elle ménage dans toutes ses phases, ces adaptations n'ont pu que contribuer à un rééquilibrage des droits de la personne mise en cause. La réalité est cependant contrastée. Cette entreprise de rééquilibrage des droits de la personne mise en cause, en dehors d'une information judiciaire, s'observe surtout au stade de l'enquête elle-même. Initiée par la loi du 14 avril 2011, elle s'est poursuivie avec les lois du 27 mai 2014 et, surtout, du 3 juin 2016.

§2^d - *La recherche d'un plus juste équilibre dès l'enquête*

353. L'affirmation des droits du suspect durant l'enquête de police est une tendance incontestable des dernières évolutions législatives, qui a trouvé sa principale origine dans les impératifs constitutionnels et européens. La doctrine a toutefois pointé les carences des lois du 14 avril 2011 et du 27 mai 2014 dès leur adoption.

354. Les insuffisances dénoncées de la loi du 14 avril 2011 -. La loi du 14 avril 2011 a sensiblement amélioré les droits de la personne gardée à vue. Elle a toutefois été plutôt perçue comme une loi de compromis, oscillant « tel[le] une pendule, entre les points extrêmes des binômes 'sûreté-sécurité', 'vérité-efficacité' ou encore 'présomption d'innocence-privation de liberté' »¹⁰⁶⁵, la doctrine la qualifiant de réforme « inachevée »¹⁰⁶⁶ ou insatisfaisante¹⁰⁶⁷. Elle a en effet permis de moduler et de

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*, p. 81.

¹⁰⁶⁵ Y. MULLER, « La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française », préc.

¹⁰⁶⁶ H. MATSOPOULOU, « Une réforme inachevée – A propos de la loi du 14 avril 2011 », préc. ; V. ég., du même auteur, « Le contradictoire dans l'enquête pénale », in C. RIBEYRE (sous la dir.), *Le contradictoire dans le procès pénal. Nouvelles perspectives*, op. cit., p. 73, spéc. pp. 75-79.

¹⁰⁶⁷ D. MARAIS, « Insatisfaisant ! – A propos de la réforme de la garde à vue », préc.

restreindre les améliorations qu'elle apportait. Les dispositions introduites permettent, par exemple, de déroger sur autorisation du procureur de la République (C.P.P., article 63-4-2, al. 3)¹⁰⁶⁸ au délai de carence prévu par l'article 63-4-2 du CPP « *lorsque les nécessités de l'enquête exigent une audition immédiate* » du suspect, de différer l'intervention de l'avocat à la quarante-huitième ou à la soixante-douzième heure de privation de liberté dans le cadre de la délinquance et de la criminalité organisées (C.P.P., article 706-88, al. 6) ou encore de reporter la présence de l'avocat lors des interrogatoires et confrontations du suspect sur décision du magistrat compétent (C.P.P., article 63-4-2, al. 4 et 5) lorsque des « *raisons impérieuses* » l'exigent (C.P.P., articles 63-4-2, al. 4 et 706-88, al. 6). Or, les circonstances prévues par la loi, inspirées de la jurisprudence européenne sont selon certains observateurs trop floues pour garantir que le principe posé ne se mue finalement en exception¹⁰⁶⁹. Plusieurs auteurs ont surtout souligné que la loi du 14 avril 2011 n'a qu'insuffisamment renforcé le rôle de l'avocat au cours de la garde à vue, cantonnant l'information de celui-ci à certains éléments du dossier et réduisant donc considérablement son rôle.

355. Les insuffisances dénoncées de la loi du 27 mai 2014 -. Malgré ses apports, la loi du 27 mai 2014 n'a pas été mieux accueillie. Certes, les droits du suspect à l'information et à l'assistance d'un avocat ne sont plus désormais indéfectiblement liés à la contrainte exercée sur lui. La doctrine a toutefois fait observer que cette loi n'a pas remédié aux fragilités des droits du suspect lors d'une enquête de police, soulignant en outre qu'elle a maintenu une distinction suspect/témoin qui peut, en pratique, s'avérer artificielle et être, par conséquent, à l'origine d'un détournement de procédure¹⁰⁷⁰.

Une première critique a concerné la fragilité des droits de la personne suspecte entendue ou confrontée à une victime sans contrainte. La doctrine a relevé le champ d'application limité de son droit à la présence d'un avocat puisqu'il ne s'applique que dans les procédures portant sur des crimes ou des délits punis d'une peine d'emprisonnement. Or, comme l'a fait observer Monsieur le Professeur Pellé, si cette restriction n'est pas contraire aux exigences européennes – la directive relative au droit

¹⁰⁶⁸ Ou du juge d'instruction lorsque la garde à vue est décidée sur commission rogatoire dans le cadre d'une information judiciaire (C.P.P., article 154, *in fine*).

¹⁰⁶⁹ C. CHARRIERE-BOURNAZEL, « La réforme de la garde à vue : l'avis d'un avocat », *Rev. pénit. dr. pén.* 2011, p. 17. *Contra.*, J. PRADEL, « Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue – A propos de la loi du 14 avril 2011 », préc., n°22 (L'auteur rappelle l'importance du contrôle opéré et de la motivation exigée).

¹⁰⁷⁰ R. OLLARD, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? », préc., n°15 et s.

à l'assistance d'un avocat l'autorise¹⁰⁷¹ – l'enjeu dépasse cependant la seule transposition de celle-ci pour questionner plus largement les droits du suspect auditionné¹⁰⁷².

La doctrine a surtout souligné que, contrairement au suspect gardé à vue, le suspect entendu librement ne pouvait avoir accès aux éléments consultables par celui-ci¹⁰⁷³. Cette critique peut, nous semble-t-il, être relativisée compte tenu de la nature des pièces auxquelles le suspect gardé à vue a accès en application de l'article 63-4-1 et des conditions dans lesquelles il est mis en mesure de le faire. Les pièces consultables – c'est-à-dire le procès-verbal établi constatant la notification du placement en garde à vue et des droits y étant attachés, le certificat médical et les procès-verbaux de l'audition du suspect – se rapportent, pour une large part, à la garde à vue elle-même et donc à la régularité de son déroulement et non au droit de se défendre contre une accusation portée contre soi. La chambre criminelle a d'ailleurs rappelé cette distinction dans son récent arrêt du 4 octobre 2016¹⁰⁷⁴. A l'exception notable des procès-verbaux d'audition du suspect, leur consultation dans le cadre d'une audition libre n'a donc pas lieu d'être. Rappelons en outre que ces procès-verbaux sont consultables sur place et sans qu'il puisse en être fait une copie, ce qui peut apparaître assez antinomique d'une audition qui ne dure que le temps nécessaire. La question d'une divergence regrettable entre les droits du suspect libre et ceux du suspect gardé à vue se poserait à nos yeux que si le suspect avait accès à davantage de pièces lors de sa garde à vue. C'est précisément sur ce point que les principales critiques de la loi du 27 mai 2014 ont porté.

La loi du 27 mai 2014 a surtout été discutée pour ce qu'elle n'a pas prévu l'accès au dossier intégral de la procédure au stade des auditions – et plus largement de l'enquête - ce qui, au regard de l'évolution de la mise en état des affaires pénales a pour effet de reporter le bénéfice de cette garantie à l'issue des investigations. Or, comme l'a écrit Monsieur le Professeur Ollard dans son commentaire de la loi de 2014, « [s]ans doute [les personnes placées en garde à vue] bénéficieront-elles désormais d'un droit de consultation direct des mêmes pièces du dossier que l'avocat, sans avoir besoin de son intermédiaire [...]]. Mais, comme hier, elles ne pourront consulter qu'un dossier restreint au certificat médical et aux procès-verbaux de placement en garde à vue, de

¹⁰⁷¹ L'article 2§4 b) de la directive relative au droit à l'assistance d'un avocat autorise, en effet, pour autant que le droit à un procès équitable ne soit pas compromis, à déroger aux garanties qu'elle formule dans les procédures concernant des « *infractions mineures* », notamment « *lorsque la privation de liberté ne peut pas être imposée comme sanction* ». Le législateur s'est appuyé sur cette disposition pour restreindre le domaine d'application du droit à l'assistance d'un avocat au cours des auditions et confrontations du suspect libre (J.-P. MICHEL, Rapport n°380, préc., pp. 37-38).

¹⁰⁷² S. PELLE, « Garde à vue : la réforme de la réforme (acte I), A propos de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 », préc., n°8 et s.

¹⁰⁷³ P. HENNION-JACQUET, « La consécration légale du statut du suspect libre », préc.

¹⁰⁷⁴ Cass. crim., 4 oct. 2016, n°16-82309, à paraître au *Bulletin*, préc., *Dalloz actualité*, 13 oct. 2016, obs. S. FUCINI ; *AJ pén.* 2017, p. 42, obs. S. LAVRIC ; *D.* 2017, chron. p. 245, note G. GUEHO.

notification des droits et d'audition de la personne retenue [...] à l'exclusion de toutes autres pièces qui pourraient pourtant constituer autant d'éléments à charge (audition des témoins, preuves matérielles, *etc.*) »¹⁰⁷⁵, ce qui n'est pas sans effet sur le rôle reconnu à l'avocat durant la mesure. Aussi, le rôle de celui-ci apparaît toujours « moins comme celui d'un défenseur que celui d'un observateur passif de la légalité de la mesure »¹⁰⁷⁶, alors même que la nécessité de se défendre « [apparaît] dès les premiers pas de l'enquête, avec l'apparition de soupçons »¹⁰⁷⁷. L'auteur se demande si « la vraie question n'est pas celle de la juridictionnalisation de l'enquête et de l'introduction du contradictoire en son sein » puisque « plus l'enquête perdure, plus la nécessité de solliciter des actes auprès d'une autorité judiciaire [et donc, de connaître l'état de la procédure,] devient impérieuse, afin de rééquilibrer l'enquête, menée essentiellement à charge »¹⁰⁷⁸.

356. La relativisation de ces insuffisances -. Il est permis, nous semble-t-il, de nuancer certaines de ces critiques au regard des droits européens. Certes, le suspect gardé à vue, comme le suspect entendu librement, est un « accusé » au sens que la Cour européenne donne à cette notion¹⁰⁷⁹. Et, il doit bénéficier, selon les directives de l'Union, de certains droits procéduraux du seul fait qu'une suspicion pèse sur lui. Moins évidente est en revanche l'obligation de lui reconnaître, dès cette accusation, l'ensemble des garanties formulées par l'article 6§3 de la Convention ou énumérées par les directives européennes (en particulier, les facilités nécessaires à la préparation de sa défense, auxquelles contribuent évidemment l'assistance de l'avocat – et non, sa seule présence – et l'accès au dossier de la procédure ou encore le droit de solliciter des investigations complémentaires). Les arrêts européens qui ont imposé la présence de l'avocat au cours de la garde à vue paraissent en effet moins l'avoir fait pour garantir une véritable défense dès un stade précoce de la procédure que pour rompre avec l'isolement du suspect, prévenir toute atteinte à son intégrité physique et/ou psychique et, par là même, assurer la sauvegarde de son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. L'inspiration est la même pour les directives de l'Union qui, sous l'influence de la jurisprudence conventionnelle, imposent la notification du droit au silence et la présence de l'avocat lorsque le suspect est directement confronté aux autorités répressives.

¹⁰⁷⁵ R. OLLARD, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? », préc., n°20.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, n°21.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, n°26.

¹⁰⁷⁹ Par référence à la notion d'« accusation » définie par la Cour « *comme la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale* » voire comme se rapportant à toutes mesures susceptibles de « *répercussions importantes sur la situation du suspect* » (CEDH, 27 fév. 1980, *Deveer c. Belgique*, Req. n°6903/75 (§46), *Cab. dr. eur.* 1982. 196, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1982. 197, obs. P. ROLLAND).

D'une manière plus générale, la Cour européenne, dont la jurisprudence a servi l'élaboration des directives de l'Union et doit désormais orienter leur interprétation, se prête à une appréciation *in globo* de l'équité de la procédure. Si les juges ne se désintéressent donc pas des phases antérieures du procès *stricto sensu*, la seule restriction de certains droits à un stade précoce de la procédure n'emporte pas *ipso facto* une violation de l'article 6 de la Convention¹⁰⁸⁰. La Cour ne conclut à la méconnaissance de ces exigences que lorsque le vice constaté affecte irrémédiablement et définitivement le caractère équitable de la procédure, appréciée dans son ensemble. La Grande Chambre a récemment rappelé sa méthode d'interprétation dans ses arrêts *Dvorski contre Croatie*¹⁰⁸¹, *Ibrahim et autres contre Royaume-Uni*¹⁰⁸² et *Simeonovi contre Bulgarie*¹⁰⁸³ et livré des critères d'appréciation¹⁰⁸⁴, relativisant par la même occasion des exigences que l'on pouvait croire solidement ancrées¹⁰⁸⁵. Aussi, la question est davantage celle de l'équilibre globalement ménagé par la procédure que celle des faiblesses des droits reconnus à l'intéressé à un stade particulier, isolé. Selon cette approche, certains droits peuvent parfaitement être restreints à un stade précoce de la procédure et ne croître qu'à mesure de son avancement, pour autant que la Cour puisse s'assurer que le caractère équitable de la procédure n'a pas été irrémédiablement compromis ; ou, pour le dire autrement, que l'insuffisance des droits à un stade de la procédure a pu être compensée à un stade ultérieur.

Le droit d'accès au dossier et de solliciter des investigations complémentaires au stade de l'enquête a été accru par la loi du 3 juin 2016, qui a suivi partiellement sur ce point les invitations des Commissions Nadal et Beaume. L'insertion d'un nouvel article 77-2 (A) n'apporte toutefois que des améliorations bien trop faibles pour convaincre pleinement (B).

¹⁰⁸⁰ B. DANLOS, « De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale », *AJ Pén.* 2014, p. 406.

¹⁰⁸¹ CEDH [G.C], 20 oct. 2015, *Dvorski c. Croatie*, Req. n° 25703/11 (§§103 et s.).

¹⁰⁸² CEDH [G.C], *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, préc. (§§260-265 et §273).

¹⁰⁸³ CEDH [G.C.], *Simeonovi c. Bulgarie*, préc. (§116).

¹⁰⁸⁴ CEDH [G.C.], *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, préc. (§274 : « a) la vulnérabilité particulière du requérant, par exemple en raison de son âge ou de ses capacités mentales ; b) le dispositif légal encadrant la procédure antérieure à la phase de jugement et l'admissibilité des preuves au cours de cette phase, ainsi que le respect ou non de ce dispositif, étant entendu que, quand s'applique une règle dite d'exclusion, il est très peu vraisemblable que la procédure dans son ensemble soit jugée inéquitable ; c) la possibilité ou non pour le requérant de contester l'authenticité des preuves recueillies et de s'opposer à leur production ; d) la qualité des preuves et l'existence ou non de doutes quant à leur fiabilité ou à leur exactitude compte tenu des circonstances dans lesquelles elles ont été obtenues ainsi que du degré et de la nature de toute contrainte qui aurait été exercée ; e) lorsque les preuves ont été recueillies illégalement, l'illégalité en question et, si celle-ci procède de la violation d'un autre article de la Convention, la nature de la violation constatée ; f) s'il s'agit d'une déposition, la nature de celle-ci et le point de savoir s'il y a eu prompt rétractation ou rectification ; g) l'utilisation faite des preuves, et en particulier le point de savoir si elles sont une partie intégrante ou importante des pièces à charge sur lesquelles s'est fondée la condamnation, ainsi que la force des autres éléments du dossier ; h) le point de savoir si la culpabilité a été appréciée par des magistrats professionnels ou par des jurés et, dans ce dernier cas, la teneur des instructions qui auraient été données au jury ; i) l'importance de l'intérêt public à enquêter sur l'infraction particulière en cause et à en sanctionner l'auteur ; j) l'existence dans le droit et la pratique internes d'autres garanties procédurales »).

¹⁰⁸⁵ V., *Supra*.

A. Les manifestations de cette recherche

357. Le projet de loi qui a abouti à la loi du 3 juin 2016 a été enrichi, dans un contexte bien connu, de dispositions tendant à « renforcer l'efficacité de la lutte contre la criminalité organisée, et notamment le terrorisme ». L'ambition première était néanmoins de « renforcer les garanties au cours de la procédure pénale, spécialement au cours de l'enquête [...] afin de rendre [selon l'exposé des motifs] notre procédure totalement conforme aux exigences constitutionnelles et européennes »¹⁰⁸⁶. Le projet s'est inspiré des rapports produits par les commissions de réflexion Nadal et Beaume. En plus des adaptations nécessaires à la transposition de la directive relative au droit à l'assistance d'un avocat, le projet initial s'est donné pour ambition d'« institue[r] le respect du contradictoire dans les enquêtes durant plus d'un an, sur demande des personnes qui ont fait l'objet d'une mesure d'audition libre, de garde à vue, ou de saisie de leurs biens, ou sur demande de leurs avocats »¹⁰⁸⁷.

358. **Le projet initial -.** Cette ambition s'est manifestée dans l'article 24 du projet qui, dans sa première mouture, avait prévu que « *[l]orsqu'une enquête est en cours depuis au moins un an, toute personne contre laquelle il existe une ou plusieurs raisons de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit et qui a fait l'objet d'un des actes prévus aux articles 56, 61-1, 62-2, 76 ou 706-141 à 706-158, peut, six mois après l'accomplissement du premier de ces actes, demander au procureur de la République, par lettre recommandée avec accusé de réception ou déclaration au greffe contre récépissé, de consulter le dossier de la procédure afin de faire ses observations* » (I). Dans ce cas, et à moins que le parquet ne décide de l'ouverture d'une information judiciaire ou d'un déferement, le procureur devait être tenu, sous réserve qu'il « *estime son enquête en état d'être communiquée* », d'aviser le suspect ou son avocat, de la mise à disposition d'une copie de la procédure et de la possibilité de formuler des observations dans un délai d'un mois. Ces observations, qui devaient être « *versées au dossier de la procédure, p[ouvaient] notamment porter sur la régularité de la procédure, sur la qualification retenue, sur le caractère éventuellement insuffisant de l'enquête et sur les modalités d'engagement éventuel des poursuites ou le recours éventuel à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* » (III). La victime devait disposer des mêmes droits (I). Durant ce délai d'un mois, le procureur ne devait « *prendre aucune décision sur l'action publique, hors l'ouverture d'une information ou l'application des dispositions de l'article 393* », chacune offrant à brève échéance les mêmes garanties. S'il décidait de poursuivre les investigations dans le cadre d'une enquête préliminaire et envisageait de procéder à une nouvelle audition ou à un nouvel

¹⁰⁸⁶ Projet de loi n°3473 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, Exposé des motifs, spéc. p. 9.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*

interrogatoire de la personne mise en cause, celle-ci devait être « *informée, au moins dix jours avant cette audition ou cet interrogatoire, qu'elle p[ouvait] demander la consultation du dossier de la procédure par elle-même ou par un avocat désigné par elle ou commis d'office à sa demande par le bâtonnier* ». C'était, en définitive, reproduire partiellement le dispositif dérogatoire prévu à l'article 706-105 du CPP. En tout état de cause, le procureur pouvait décider de communiquer « *tout ou partie de la procédure à la victime et à la personne suspectée pour recueillir leurs éventuelles observations ou celles de leur avocat* » au cours de l'enquête, de sa propre initiative (II).

359. Le dispositif adopté -. Le dispositif initialement envisagé a été considérablement retouché au cours des débats parlementaires pour différentes raisons¹⁰⁸⁸. Les dispositions finalement adoptées sont très en retrait du projet initial. Elles font davantage figure de compromis entre des intérêts antagonistes et des considérations plurales¹⁰⁸⁹. L'actuel article 77-2 du CPP dispose que « *[t]oute personne contre laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction punie d'une peine privative de liberté et qui a fait l'objet d'un des actes prévus aux articles 61-1 et 62-2 peut, un an après l'accomplissement du premier de ces actes, demander au procureur de la République, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par déclaration au greffe contre récépissé, de consulter le dossier de la procédure afin de formuler ses observations* » (C.P.P., article 77-2, I, al. 1). Ces demandes sont versées au dossier de la procédure (C.P.P., article 77-2, III). Dans ce cas, le procureur « *doit, lorsque l'enquête lui paraît terminée et s'il envisage de poursuivre la personne par citation directe ou selon la procédure prévue à l'article 390-1, aviser celle-ci, ou son avocat, de la mise à la disposition de son avocat, ou d'elle-même si elle n'est pas assistée par un avocat, d'une copie de la procédure et de la possibilité de formuler des observations ainsi que des demandes d'actes utiles à la manifestation de la vérité dans un délai d'un mois, selon les formes mentionnées au premier alinéa du présent I [...]. Pendant ce délai d'un mois, le procureur de la République ne peut prendre aucune décision sur l'action publique, hors l'ouverture d'une information, l'application de l'article 393 ou le recours à la procédure de comparution sur reconnaissance de culpabilité prévue aux articles 495-7 à 495-13* » (C.P.P., article 77-2, I, al. 2 et 4). Le procureur apprécie les suites devant être apportées à ces observations et demandes et en informe les personnes concernées (C.P.P., article 77-2, III, *in fine*). Lorsqu'une victime a porté plainte dans le cadre de cette enquête et qu'une demande de consultation du dossier de la procédure a été formulée par la personne mise en cause, le procureur doit l'aviser qu'elle dispose des mêmes droits (C.P.P., article 77-2, I, al. 3). Ce dispositif

¹⁰⁸⁸ V., *Infra*, n°927 et s.

¹⁰⁸⁹ A. BOTTON, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale – A propos du Titre II de la loi n°2016-731 du 3 juin 2016 », préc. ; E. VERGES, « La procédure pénale à son point d'équilibre (À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale) », RSC 2016, p. 551.

ne fait pas obstacle à ce que le procureur, « *même en l'absence de demande* », puisse communiquer « *tout ou partie de la procédure à la personne mise en cause ou à la victime pour recueillir leurs éventuelles observations ou celles de leur avocat* » (C.P.P., article 77-2, II).

360. En somme, le bénéfice du droit d'accès au dossier intégral de la procédure et d'un « débat » avec le procureur sur les éventuelles insuffisances de l'enquête notamment est donc drastiquement encadré¹⁰⁹⁰ : le suspect ne peut interroger le procureur qu'un an après sa garde à vue ou son audition libre ; une condition relative à la nature et au quantum de la peine est ajoutée ; enfin, sauf initiative contraire du parquet, ces droits s'imposent uniquement « *lorsque l'enquête lui paraît terminée* ». C'est dans ce strict encadrement du bénéfice des droits à l'information et à la « discussion » que se logent les fragilités principales du rééquilibrage recherché.

B. Les carences du résultat

361. Compte tenu de l'objectif affiché par le législateur - renforcer les droits dans l'enquête en considération de l'évolution globale de la mise en état des affaires pénales -, deux critiques peuvent être opposées au nouvel article 77-2 du CPP. L'une tient au champ de ces améliorations (1), l'autre à l'efficacité de celles-ci (2).

1) Le champ restreint des améliorations apportées

362. Le champ d'application restreint du bénéfice de ces droits est la première faiblesse, identifiable et identifiée, du rééquilibrage recherché par le législateur à l'occasion de la loi du 27 mai 2014.

363. Un dispositif cantonné aux enquêtes d'une certaine durée -. La première est relative à la restriction du domaine de ces nouveaux droits, étroitement dépendants de la durée de l'enquête. Sauf à ce que le procureur en décide autrement, le

¹⁰⁹⁰ V. not., A. BOTTON, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale – A propos du Titre II de la loi n°2016-731 du 3 juin 2016 », préc. ; O. CAHN, « Réflexions désabusées sur le chapitre I du titre I de la loi n°2016-731 du 3 juin 2016 », *AJ pén.* 2016, p. 408 ; O. DECIMA, « Terreur et métamorphose -À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme », *D.* 2016, p. 1828 ; J.-B. PERRIER, « Les garanties de la procédure pénale dans la loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *D.* 2016, p. 2134 ; C. RIBEYRE, « Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale – Et maintenant ? », *Dr. pén.* 2016, Et. 17 ; E. VERGES, « La procédure pénale à son point d'équilibre (À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale) », préc.

suspect ne peut prendre l'initiative de l'interroger sur les suites données à la procédure et, donc, prétendre au bénéfice de ces dispositions qu'un an après avoir été placé en garde à vue ou auditionné sans contrainte. Le dispositif n'a donc vocation à s'appliquer qu'aux enquêtes relativement longues. Dans les autres cas, les droits du suspect demeurent tels qu'ils étaient auparavant¹⁰⁹¹. Cette première limite s'est expliquée tant par les difficultés matérielles d'une généralisation de ce dispositif¹⁰⁹² que par l'ambition de ces nouvelles dispositions. Il s'agissait moins, en effet, d'accroître les droits de la personne suspectée dans toute enquête, que de restaurer un certain équilibre entre le parquet et la défense lorsque l'enquête se prolonge durant des mois voire des années. Si, dans ces circonstances, cette limitation n'est peut-être pas la principale cause de discussions, elle mène toutefois à une seconde observation.

364. Un accroissement des droits reporté à la clôture de l'enquête -. Le point d'équilibre recherché par le législateur dans le cadre des enquêtes préliminaires dites « fleuves » est mis en doute par les autres conditions posées par le texte qui s'inspirent, il est vrai, des travaux de la Commission Nadal¹⁰⁹³ et trouvent leur origine dans des considérations plus pratiques¹⁰⁹⁴. En particulier, l'article 77-2 du CPP n'impose le bénéfice de ces droits renforcés que lorsque le procureur de la République envisage une poursuite par citation directe ou par COPJ et qu'à la condition que l'« *enquête lui para[isse] terminée* », et non plus, comme cela était initialement envisagé, lorsque le dossier de l'enquête lui semble en état d'être communiqué. Cette substitution a logiquement impliqué la suppression des dispositions relatives à la prorogation d'une enquête prévues par le projet de loi initial.

365. C'est certainement sur ce point que se concentre le principal défaut de l'article 77-2 du CPP. Comme le relève notamment Monsieur le Professeur Vergès dans son commentaire de la loi du 3 juin 2016, l'accès au dossier ne s'impose finalement que lorsqu'une décision sur l'action publique va être prise. Il s'ensuit que le bénéfice de ce droit n'est anticipé que dans une proportion « tout à fait modeste »¹⁰⁹⁵. Cette même contestation pouvait d'ailleurs être lue dans les observations du Conseil d'Etat qui avait estimé que la communication du dossier devrait « avoir lieu non pas lorsque le procureur [...] estime son enquête achevée [...] mais lorsqu'il estime le dossier de

¹⁰⁹¹ V. not., J.-B. PERRIER, « Les garanties de la procédure pénale dans la loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », préc.

¹⁰⁹² V., *Infra*, n°927 et s.

¹⁰⁹³ V., *Supra*, n°315 et s.

¹⁰⁹⁴ V., *Infra*, n°927 et s.

¹⁰⁹⁵ V. not., E. VERGES, « La procédure pénale à son point d'équilibre (À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale) », préc.

l'enquête en état d'être communiqué [...], sous peine de différer excessivement et sans raison objective » le bénéfice de ce droit et de ses corollaires¹⁰⁹⁶, la communication d'observations au procureur et la sollicitation d'actes d'investigations complémentaires.

366. Quel est finalement l'apport des nouvelles dispositions et, en particulier, de la possibilité de contester la complétude du dossier et de solliciter, en conséquence, de nouvelles mesures à la toute fin de l'enquête, *a fortiori* lorsque celle-ci a déjà duré plus d'une année ?

Il est vrai que ce nouvel article 77-2 du CPP comble une brèche qui avait été observée par la Commission Beaume, lorsqu'à l'enquête succède une citation directe ou une COPJ. La Commission avait regretté le caractère couperet de la décision sur l'action publique, emportant la compétence exclusive du tribunal pour faire procéder à un complément d'information et l'impossibilité consécutive, pour le parquet, de réorienter la procédure en fonction de nouveaux éléments recueillis. Or, ce nouveau dispositif a pour effet de repositionner la question de la réalisation d'actes complémentaires dans le cadre de l'enquête elle-même et, donc, en amont de la décision sur l'action publique¹⁰⁹⁷. Ce défaut n'est cependant comblé, compte tenu du domaine d'application de ces nouvelles dispositions, que lorsque l'enquête s'est prolongée dans le temps et que le suspect prend l'initiative d'interroger le procureur sur les suites données à la procédure.

La fragilité de ces nouvelles dispositions est évidente. La problématique est intrinsèquement liée à l'effet du temps sur la manifestation de la vérité¹⁰⁹⁸ : plus le temps passe, plus les traces se confondent et s'effacent¹⁰⁹⁹, plus « les mémoires s'estompent »¹¹⁰⁰ et, plus la réalisation d'investigations complémentaires perd en définitive de son intérêt. Le Syndicat des Avocats de France s'en est récemment fait

¹⁰⁹⁶ CONSEIL D'ETAT, avis n°391004, préc., consid. 13.

¹⁰⁹⁷ Rappelons qu'en application de ce nouvel article, le procureur est désormais tenu de ne prendre aucune décision sur l'action publique autre que l'ouverture d'une information judiciaire, l'application de l'article 393 du CPP ou le recours à une CRPC dans un délai d'un mois. Les exceptions à cette règle s'expliquent soit parce que la voie empruntée par le procureur offre des garanties comparables (ainsi de la comparution immédiate), voire plus étendues (tel est le cas de l'ouverture d'une information), soit parce que la sollicitation de nouvelles investigations est antinomique de la reconnaissance de culpabilité et de l'acceptation de la peine (ainsi, s'agissant de la CRPC).

¹⁰⁹⁸ V. not., R. et P. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, 3e éd., Paris, 1912-1928, n°1096 ; V. ég., C. ETRILLARD, *Le temps dans l'investigation pénale*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2005, préf. G. FOURNIER ; J. PRADEL, « La célérité et le temps du procès pénal. Comparaison entre quelques législations européennes », in *Mélanges en l'honneur de Reynald Ottenhof*, Dalloz, Paris, 2006, p. 251.

¹⁰⁹⁹ Selon la formule d'Edmond Locard, « La recherche des traces n'est fructueuse, que dans la mesure où elle est immédiate, car le temps qui passe, c'est la vérité qui s'enfuit » (in E. LOCARD, *Traité de criminalistique, L'enquête criminelle*, t. VII, Lyon, Desvignes, 1940, p. 206).

¹¹⁰⁰ C. SILVESTRE, « Le principe de la célérité en procédure pénale française », R.R.J, 1996-1, pp. 145-172, spéc. p. 146.

l'écho en relevant que le droit de solliciter des investigations complémentaires, qui suggère l'accès à la procédure, doit être introduit « au plus tôt dans le cours de l'enquête »¹¹⁰¹ au risque de n'avoir aucun intérêt. Car « [q]uel serait l'intérêt d'une demande de saisie de tel ou tel élément sur la scène de crime si ce droit ne peut être mis en œuvre que plusieurs semaines ou plusieurs mois après la commission du fait incriminé ? »¹¹⁰². L'observation peut difficilement être combattue. L'affaire ayant donné lieu au jugement du tribunal correctionnel de Créteil précité¹¹⁰³ suffirait à illustrer, si besoin en était, les implications irrémédiables que peut avoir sur la défense le report du bénéfice de ces droits. Sans doute peut-on répondre, en paraphrasant la formule de la Commission Beaume, que le Parquet, parallèlement tenu de veiller à ce que l'enquête soit conduite « à charge et à décharge » (C.P.P., article 39-3)¹¹⁰⁴, doit s'assurer qu'il soit procédé à tout acte nécessaire à la manifestation de la vérité et qu'il n'a certainement aucun intérêt, lorsqu'il en a matériellement la possibilité, à ne pas faire procéder aux investigations susceptibles d'être suggérées par la défense plus tôt (C.P.P., article 63-4-3 et, par renvoi, article 61-1) car cela risque d'affaiblir son action en le conduisant à présenter à la juridiction de jugement un dossier incomplet. L'efficacité de ces nouvelles dispositions peut, plus largement, être discutée.

2) *L'efficacité discutée des améliorations apportées*

367. L'efficacité du dispositif désormais introduit à l'article 77-2 du CPP peut être discutée non seulement en raison des obligations, finalement bien relatives, auxquelles il soumet le procureur de la République qu'en raison de sa mécanique même.

368. Des exigences relatives -. L'article 77-2 du CPP contraint le procureur, pour autant que les conditions de fond prévues soient réunies, à aviser le suspect de ses droits, à apprécier les suites qui doivent être apportées aux demandes et observations formulées et en informer les parties et enfin à attendre l'expiration du délai d'un mois avant de prendre une décision sur l'action publique autre que celles visées par le texte¹¹⁰⁵. Rien, en revanche, ne l'oblige à faire procéder aux actes sollicités par l'une d'elle et aucun recours auprès du procureur général ou d'un juge n'est prévu en cas de

¹¹⁰¹ SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE, « Réflexions du SAF à l'attention de la Commission Beaume », mai 2014, in J. BEAUME (sous la dir.), Rapport sur la procédure pénale, préc., Annexe 11, p. 3.

¹¹⁰² *Ibid.*

¹¹⁰³ Cité par A. GRENOUILLET, « Une victoire pour les droits de la défense dans l'enquête préliminaire », préc.

¹¹⁰⁴ V., *Supra*, n°351.

¹¹⁰⁵ C.P.P., article 77-2 (« Pendant ce délai d'un mois, le procureur de la République ne peut prendre aucune décision sur l'action publique, hors l'ouverture d'une information, l'application de l'article 393 ou le recours à la procédure de comparution sur reconnaissance de culpabilité prévue aux articles 495-7 à 495-13 »).

refus ce qui relativise nécessairement les obligations mises à sa charge. Là encore, la critique peut sans doute être relativisée en raison de la perspective d'un contrôle par la juridiction du fond et le peu d'intérêt, pour le procureur, de lui soumettre un dossier volontairement incomplet.

369. Une mécanique contrariante -. Une autre observation tient à la mécanique du dispositif instauré. Si le législateur a imposé le bénéfice de droits nouveaux dans ces circonstances particulièrement drastiques, il a en outre fait dépendre ce bénéfice – sauf à ce que le procureur en décide autrement – de l'initiative du suspect. C'est probablement sur ce point que le nouvel article 77-2 s'écarte le plus nettement des préconisations des commissions de réflexion qui, si elles ont promu l'encadrement du renforcement de ces droits pour assurer l'efficacité de l'enquête, ne l'ont pas nécessairement fait dépendre d'une telle initiative du suspect.

370. La mécanique privilégiée par le législateur n'est pas nouvelle. Elle inspirait déjà le dispositif inséré à l'article 77-2 du CPP par la loi du 15 juin 2000, supprimé par la loi du 9 septembre 2002. Elle se retrouve aussi à l'article 706-105 du CPP¹¹⁰⁶ relatif à la délinquance et à la criminalité organisée et, par renvoi, lorsqu'il a été fait application de procédures dérogatoires en matière de délinquance économique et financière (C.P.P., articles 706-1-1 et 706-1-2) ou lors d'une enquête portant sur des faits d'atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données (C.P.P., article 706-72).

371. Les défauts de cette mécanique avaient néanmoins été identifiés dès l'origine. N'y a-t-il pas, en effet, comme l'avait fait observer Monsieur le Professeur Pradel quelque hypocrisie à astreindre la personne suspectée à se jeter ainsi « dans la gueule du loup » en se rappelant à la mémoire du procureur de la République¹¹⁰⁷ ? On peut raisonnablement penser que tel ne sera pas le plus souvent son choix.

L'étude d'impact accompagnant le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale le souligne d'ailleurs. Elle indique qu'« il est très vraisemblable que

¹¹⁰⁶ « Lorsque, au cours de l'enquête, il a été fait application des dispositions des articles 706-80 à 706-95, la personne ayant été placée en garde à vue six mois auparavant et qui n'a pas fait l'objet de poursuites peut interroger le procureur de la République dans le ressort duquel la garde à vue s'est déroulée sur la suite donnée ou susceptible d'être donnée à l'enquête. Cette demande est adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ». Dans ce cas, si « le procureur de la République décide de poursuivre l'enquête préliminaire et qu'il envisage de procéder à une nouvelle audition ou à un nouvel interrogatoire de la personne au cours de cette enquête, cette personne est informée, dans les deux mois suivant la réception de sa demande, qu'elle peut demander qu'un avocat désigné par elle ou commis d'office à sa demande par le bâtonnier puisse consulter le dossier de la procédure. Le dossier est alors mis à la disposition de l'avocat au plus tard dans un délai de quinze jours à compter de la demande et avant, le cas échéant, toute nouvelle audition ou tout nouvel interrogatoire de la personne ».

¹¹⁰⁷ J. PRADEL, « Les personnes suspectées ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000, évolution ou révolution ? », *D.* 2001, p. 1039 et s.

ce n'est que dans une faible part [des enquêtes concernées] que les personnes suspectées, susceptibles de former la demande prévue par l'article 77-2, le feront effectivement. Le fait que les dispositions de l'article 706-105 ne sont en pratique pas appliquées, de même que celles de l'actuel article 77-2 (permettant à une personne gardée à vue depuis plus de six mois d'interroger le procureur), conforte cette analyse (même si les dispositions du nouvel article 77-2 présenteront, à la différence de celles de l'actuel article, un intérêt réel pour l'exercice des droits de la défense) »¹¹⁰⁸. L'étude ajoute qu'« une personne qui n'est pas à nouveau l'objet d'actes d'enquête la concernant personnellement est [...] logiquement réticente à demander au procureur où en est la procédure la concernant »¹¹⁰⁹. Le dispositif introduit n'aura vraisemblablement qu'un faible effet en pratique.

372. Le législateur s'est employé à rétablir un certain équilibre entre les droits des différentes personnes mises en cause mais les améliorations apportées qui concernent tantôt les tous derniers moments de l'enquête (sous réserve de sa durée), tantôt ses suites présentent des fragilités intrinsèques, qui rendent ce rééquilibrage insuffisant.

¹¹⁰⁸ Étude d'impact, Projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, NOR : JUSD1532276L/Bleue-1, p. 103.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*

Conclusion du Premier Chapitre

373. La question des droits de la défense de la personne mise en cause au cours d'une enquête est devenue récurrente. La tendance générale est incontestablement à leur renforcement, même si on admet volontiers que le phénomène contemporain de l'affermissement des droits du suspect reste, par bien des aspects, inachevé. Cette évolution s'est réalisée sous la pression des exigences conventionnelles puis constitutionnelles ; les obligations nées des directives de l'Union européenne ont parachevé cet édifice en imposant de nouvelles adaptations. Si l'affirmation des droits du suspect est difficilement contestable, le constat de leur fragilité l'est également.

374. La consistance de ces droits doit en effet être mise en corrélation avec l'évolution de la mise en état des affaires pénales, marquée par le déclin du cadre procédural le plus « garantiste » (l'information judiciaire) au profit d'un cadre qui l'est moins (l'enquête de police). Le constat de leur insuffisance est devenu récurrent tant en doctrine que dans la pratique judiciaire. Si les lois récentes ont renforcé les droits de la défense du « simple » suspect, elles ne compensent qu'insuffisamment la dissymétrie entre les droits de ce dernier et ceux de la personne mise en examen.

375. La condition du suspect au cours et à l'issue de la phase d'investigation reste – malgré les dernières adaptations du droit interne – sans commune mesure avec celle de la personne officiellement mise en examen : sauf à ce que le parquet en décide autrement – tout dépend donc d'un choix soumis à sa discrétion – ou à ce qu'il ait été fait application des procédures dérogatoires prévues aux articles 706-80 à 706-95, le

droit d'accès au dossier de la procédure de même que la faculté du suspect de participer activement à sa défense en sollicitant des investigations complémentaires sont (au mieux) reportés à l'issue de la phase d'investigation. Si les nouvelles dispositions relatives au défèrement, de même que celles introduites à l'article 77-2 du CPP, constituent une « lucarne » vers davantage de contradictoire¹¹¹⁰, ils restent néanmoins sans égal avec le mécanisme prévu à l'article 175 du Code¹¹¹¹.

376. L'attitude du législateur peut se comprendre au regard de considérations pratiques qui orientent nécessairement ses choix¹¹¹². Elle peut également s'expliquer, nous semble-t-il, par la structuration dualiste du système français. Car, s'il peut apparaître que l'« enquête préliminaire [est] vouée, en matière délictuelle, à remplacer l'instruction », elle n'en reste pas moins un cadre procédural de l'investigation parmi d'autres que le législateur se doit – nécessairement – de concilier avec ces derniers, au risque d'incohérences tout aussi discutables. On peut alors s'interroger sur la méthode. En optant invariablement pour une entreprise de renforcement des droits du suspect au cours de l'enquête afin de compenser des faiblesses devenues difficilement justifiables, le législateur s'est désintéressé de l'autre voie qui s'offrait à lui : la (ré)articulation de l'enquête et de l'instruction, qui apparaissent encore « comme deux cadres de la mise en état superposés ou parallèles, sans [réelle] connexion »¹¹¹³.

Or cette autre voie, qui aurait pu constituer un remède au déséquilibre actuel des droits de la défense¹¹¹⁴, aurait également pu apaiser une seconde critique régulièrement exprimée à l'endroit du système en vigueur : le recul du juge au fur et à mesure de l'essor des prérogatives du parquet.

¹¹¹⁰ Selon l'expression des rapporteurs de la loi du 3 juin 2016, devant l'Assemblée nationale (C. CAPDEVEILLE et P. POPELIN, Rapport n°3515, préc., p. 294.

¹¹¹¹ G. BEAUSSONIE et A. BOTTON, « Analyse comparée des droits des parties privées durant l'enquête et l'instruction », préc.

¹¹¹² V., *Infra*, n°927 et s.

¹¹¹³ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°47, p. 30.

¹¹¹⁴ V., *Supra*, n°303 et *Infra*, n°882 et s.

Chapitre Second.

Le recul du juge

377. Le déclin de l'information judiciaire invite également à s'interroger sur la régression du juge. Avec la déliquescence de l'information judiciaire, c'est aussi la juridictionnalisation qui la caractérise et donc l'accès au juge et les mécanismes de contrôle qu'elle ménage durant la phase d'investigation qui se marginalisent. L'enquête de police, qui intervient en amont de toute action judiciaire, n'accorde au juge ni le même rôle, ni la même place. Sa situation chronologique par rapport à la mise en mouvement de l'action publique a une incidence directe sur la détermination de l'autorité chargée de la direction des investigations. Sa nature non juridictionnelle fonde aussi l'idée d'une juridictionnalisation plus circonscrite¹¹¹⁵. En effet, si l'enquête n'est plus exclusive de l'intervention du juge, qui autorise le recours aux actes d'investigation les plus intrusifs¹¹¹⁶ ou coercitifs¹¹¹⁷ et décide de mesures conservatoires portant sur des biens en vue d'une éventuelle confiscation (C.P.P., articles 706-148 et s.), son rôle se résume pour l'essentiel à cela. La juridictionnalisation suit la consistance des droits de la défense, que l'on sait plus limités lors de l'enquête. Le rôle du juge s'accroît au stade juridictionnel c'est-à-dire, à défaut de l'ouverture d'une information judiciaire, au stade du jugement. Alors chargé de statuer sur le bien-fondé de l'accusation, il est corrélativement compétent pour examiner la qualité du dossier et apprécier la régularité de la procédure antérieure, l'acte le saisissant y compris.

¹¹¹⁵ Y. CAPDEPON, « Quelle place pour le suspect ? », préc., n°1, p. 101.

¹¹¹⁶ Réquisition aux opérateurs de télécommunications aux fins d'assurer la préservation du contenu des informations consultées (C.P.P., articles 60-2, al. 2 et 77-1-2), perquisition sans l'assentiment de l'occupant des lieux dans le cadre d'une enquête préliminaire (C.P.P., article 76, al. 4), perquisition de nuit (C.P.P., articles 706-89 et 706-90), interception de télécommunications (C.P.P., article 706-95), accès aux correspondances archivées par la voie des communications électroniques accessibles au moyen d'un identifiant informatique (C.P.P., article 706-95-1), fixations d'images ou sonorisations de lieux (C.P.P., article 706-96).

¹¹¹⁷ Prolongation dérogatoire d'une garde à vue (C.P.P., article 706-88 et 706-88-1).

378. Le schéma qui s'impose au stade de l'enquête n'est sans doute pas critiquable en lui-même. Certains auteurs voient d'ailleurs dans l'« extériorité » du juge des libertés et de la détention un gage de neutralité et donc la garantie d'un contrôle plus effectif et plus serein. Au contraire, la dualité des fonctions du juge d'instruction avait notamment conduit la Commission Justice pénale et Droits de l'Homme à proposer une profonde redistribution des rôles durant la phase d'investigation, afin assurer « un nouvel équilibre »¹¹¹⁸. Il s'agissait alors de confier à un ministère public, au statut renouvelé, la conduite des investigations et de renforcer corrélativement les pouvoirs du juge de l'enquête, alors délesté de ses fonctions d'enquêteur, sur le contrôle de la mise en état des affaires pénales et la protection des libertés individuelles¹¹¹⁹.

379. La réalité est toutefois plus contrastée. Si l'intervention du juge du siège doit, dans la logique du système établi, compenser l'insuffisance du seul contrôle du procureur, le débat sur l'effectivité du contrôle que le JLD est en mesure d'exercer est récurrent. Une vision globale de la procédure devrait certes inviter à percevoir un certain équilibre puisqu'au contrôle du JLD succède, en principe, le contrôle du juge au stade juridictionnel. L'évolution de la procédure pénale française, marquée par une diversification des modes de traitement de la délinquance, tempère toutefois l'idée d'équilibre que cette vision d'ensemble devrait inspirer. Nombreuses sont, en effet, les modalités de traitement de la délinquance actuelles qui éludent sinon le juge¹¹²⁰, du moins l'audience « ordinaire » à laquelle est pour partie liée la consistance du contrôle juridictionnel. Le contrôle de la régularité de la procédure antérieure cristallise précisément les discussions.

S'il nous faut donc relever en quoi le contrôle judiciaire durant l'enquête demeure affecté d'une certaine fragilité (Section Première), il nous faudra ensuite observer pourquoi le contrôle juridictionnel *a posteriori* n'est, en l'état, qu'un palliatif incomplet pour percevoir dans l'analyse globale de la procédure le maintien d'un certain équilibre, à défaut d'instruction (Section Seconde).

¹¹¹⁸ M. DELMAS-MARTY, S. LAVIGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, op. cit., pp. 125 et s.

¹¹¹⁹ *Ibid.*

¹¹²⁰ Ainsi des mesures alternatives aux poursuites de l'article 41-1 du CPP.

Section Première. La fragilité persistante du contrôle judiciaire *in situ*

380. L'enquête de police ne présente pas *in situ* le même degré de juridictionnalisation que l'information judiciaire. Sa direction n'est pas confiée à un juge auquel les personnes ont accès et les contrôles qu'elle organise ne revêtent ni les mêmes formes, ni la même intensité. En son sein, le contrôle judiciaire est, pour l'essentiel, concentré entre les mains du procureur, directeur des investigations, et le JLD, que le législateur a investi de la fonction sporadique d'autoriser les mesures les plus attentatoires aux droits substantiels protégés. Le système en vigueur inspire un sentiment de fragilité.

Le premier motif d'inquiétude réside dans l'insuffisance des garanties offertes par le procureur de la République en comparaison du juge d'instruction, auquel il peut aujourd'hui se substituer davantage que par le passé. Certes, percevant dans la jurisprudence européenne une mise en cause de l'insuffisante indépendance des procureurs¹¹²¹, le législateur s'est récemment employé à renforcer leur autonomie fonctionnelle. Il a également affirmé l'obligation d'impartialité à laquelle ils sont tenus dans l'exercice de leur fonction de directeur fonctionnel des investigations et d'autorité poursuivante¹¹²². Sans doute bienvenues, ces évolutions peinent cependant à convaincre pleinement car l'affirmation de ces qualités ne s'est pas accompagnée de corollaires suffisants.

Le second sujet de discussion tient à l'insuffisante effectivité du contrôle que le JLD est en mesure d'exercer compte des conditions matérielles dans lesquelles il intervient et des obligations effectivement mises à sa charge. Or, celui-ci est censé compenser l'insuffisante protection qu'offre l'intervention du parquet, compte tenu de son statut et de son rôle. Si, le législateur et la chambre criminelle se sont récemment saisis de cette problématique, les améliorations qui en résultent ne font pas taire les contestations.

Finalement, si plusieurs évolutions du droit interne manifestent le souci de renforcer le contrôle judiciaire *in situ* en comblant ses principales lacunes, l'affirmation imparfaite de l'indépendance et de l'impartialité des magistrats du ministère public (§1^{er}) et l'insuffisante effectivité du contrôle du JLD sur les actes de l'enquête (§2^d) donnent le sentiment que l'évolution n'est pas parvenue à son terme.

¹¹²¹ V., *Supra*, n°145.

¹¹²² V., *Supra*, n°145.

§1^{er}- *L'affirmation imparfaite des qualités d'indépendance et d'impartialité du procureur de la République dans son rôle d'autorité d'investigation et de poursuite*

381. Un débat lancinant sur l'indépendance du parquet - L'indépendance du procureur de la République de même que son impartialité suscitent des interrogations connues. Le lien qu'il entretient avec le pouvoir exécutif nourrit les discussions depuis des décennies¹¹²³. Garraud, en son temps, s'en était déjà fait l'écho lorsqu'observant les avantages d'un système d'accusation publique, il relevait que « soumis au pouvoir exécutif, [l']accusateur public peut être soupçonné de subordonner l'action publique à des considérations politiques »¹¹²⁴. La Commission dite « Truche », réunie en 1997, pour examiner « avec la plus grande attention et sans préjugé » l'hypothèse d'« une coupure radicale entre le ministre de la Justice et le parquet »¹¹²⁵, avait également observé que l'indépendance de la Justice en général, et des parquetiers en particulier, était l'objet de suspicions importantes, préjudiciables à la démocratie¹¹²⁶. Le nombre de projets et propositions de lois envisageant, selon des modalités diverses, de renforcer l'indépendance des procureurs à l'égard du pouvoir exécutif¹¹²⁷ suffirait d'ailleurs à

¹¹²³ V. not., M. ROLLAND, « Le ministère public en droit français », *JCP éd. G.*, 1956, I, 1281 et, *JCP éd. G.*, 1957, I, 1342 ; M.-L. RASSAT, *Le Ministère public entre son passé et son avenir*, LGDJ, 1967 ; L. FAVOREU, « Brèves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution », *RSC* 1994, p. 675 ; V. ég. J. PRADEL et J.-P. LABORDE, « Du ministère public en matière pénale. A l'heure d'une éventuelle autonomie ? », *D.* 1997, p. 141 ; L. LEMESLES et F.-J. PANSIER, *Le procureur de la République*, PUF, Que sais-je ?, n°1315, 1998, [Version électronique] ; J. VOLFF, *Le ministère public*, PUF, Que sais-je ?, n°1394, 1998 [Version électronique] ; J.-P. JEAN, « Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen », *RSC* 2005, p. 670 ; P. MBONGO, « L'originalité statutaire des magistrats du Parquet et la Constitution », *Pouvoirs*, n°115, 2005, pp. 167 et s. ; D. SOULEZ-LARIVIERE, « Le problème du ministère public français », *AJ Pénal* 2011, p. 112 ; M.-A. GRANGER, « Le parquet, une autorité judiciaire indépendante ? », VIII^{ème} Congrès national de Nancy, 2011, Association française de droit constitutionnel, Nancy, 27 p., [En ligne] disponible à l'adresse [www.droitconstitutionnel.org] ; B. MATHIEU et M. VERPAUX, « Le statut constitutionnel du parquet », *D.* 2012, p. 109 ; E. BONIS-GARÇON et O. DECIMA, « Le parquet et les sirènes de l'indépendance – A propos du projet de loi du 27 mars 2013 et du projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013 », *JCP. Ed. G.*, 22 avril 2013, 460 ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°835, p. 593 ; V. ég., H. DONNEDIEU DE VABRES, « La réforme de l'instruction préparatoire », *RSC* 1949, pp. 499 et s. ; M. DELMAS-MARTY (sous la dir.), *La mise en état des affaires pénales*, rapport de la commission justice pénale et droits de l'Homme, *op.cit.* ; COMITE DE REFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE REEQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA VE REPUBLIQUE, *Une Ve République plus démocratique*, La Documentation française, Paris, 2007, pp. 78 et s. ; M.-L. RASSAT, *Propositions de réformes de la procédure pénale*, *op.cit.* ; P. TRUCHE (sous la dir.), *Rapport de la commission de réflexion sur la justice*, *op. cit.* (spéc., les interventions de Messieurs Challandon (pp. 108 et s.), Foyer (pp. 114 et s.), Guichard (pp. 122 et s.), Nallet (pp. 125 et s.), Taittinger (pp. 136 et s.), Vauzelle (pp. 138 et s.), Béteille (pp. 142 et s.), Cotte (pp. 157 et s.), Falletti (pp. 165 et s.), Maynier (pp. 179 et s.) et Terrier (pp. 187 et s.)) ; CNDCH, *Avis sur l'indépendance de la justice*, 27 juin 2013. J.-L. NADAL (sous la Prés.), *Refonder le ministère public*, *op. cit.*, spéc. p. 9 ; J. BEAUME (sous la Prés.), *Rapport sur la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 5.

¹¹²⁴ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 163.

¹¹²⁵ Lettre de mission, in P. TRUCHE (sous la dir.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la justice*, *op. cit.*, p. 5.

¹¹²⁶ P. TRUCHE (sous la dir.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la justice*, *op. cit.*, p. 10.

¹¹²⁷ ASSEMBLEE NATIONALE : Proposition de loi organique de J. TOUBON, créant un chancelier de la magistrature, n°1139, déposée le 19 décembre 1989 ; Proposition de loi constitutionnelle de M. F. DELATTRE et plusieurs de ses collègues tendant à renforcer les garanties d'indépendance de la magistrature, n° 1500, déposée le 21 juin 1990 ; Proposition de loi organique de M. J.-L. DEBRE tendant à modifier la composition du Conseil supérieur de la magistrature ainsi que le mode de désignation de ses membres, n°2035, déposée le 14 mai 1991 ; SENAT : Proposition de loi constitutionnelle présentée par H. CAILLAVET tendant à modifier l'article 65 de la Constitution, n°319, déposée le 18 avril 1978 ; Proposition de loi constitutionnelle présentée par Monsieur H. CAILLAVET, tendant à modifier l'art.

attester que cette question est un véritable serpent de mer, régulièrement attisé par des affaires politico-financières médiatisées¹¹²⁸.

382. L'acuité de ce débat face à la mutation de la mise en état -. Les discussions en la matière ont gagné en intensité au fur et à mesure de l'affirmation des prérogatives du procureur et de la marginalisation consécutive de l'information judiciaire¹¹²⁹. Les dernières propositions tendant à la suppression de l'instruction les ont encore davantage avivées¹¹³⁰. L'idée que l'affirmation de l'indépendance statutaire du procureur de la République est une contrepartie nécessaire de l'extension de ses pouvoirs et, surtout, une condition *sine qua non* de toute unification des cadres de l'investigation est, en effet, bien ancrée. Toute autre solution impliquerait une régression des garanties du justiciable et le renforcement de la crainte de pratiques

65 de la Constitution, relatif au Conseil supérieur de la magistrature, n°331, déposée le 28 juil. 1981 ; Proposition de loi constitutionnelle présentée par E. DAILLY tendant à combler les lacunes, à remédier aux défaillances et à prévenir les interprétations abusives de la Constitution de 1958, afin de préserver et de maintenir les Institutions de la Vème République, n°31, déposée le 15 octobre 1991 ; Projet de loi constitutionnelle n°835 relatif au Conseil supérieur de la magistrature, Enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 15 avril 1998, présenté par E. GUIGOU ; V. ég., pour des propositions plus récentes : Projet de loi constitutionnelle n°815 portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, Enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 14 mars 2013, par C. TAUBIRA (V. ég. sur ce projet : Rapport n°674 sur le projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, par J.-P. MICHEL, Enregistré à la Présidence du Sénat le 19 juin 2013 et Rapport n°3218 sur le projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, par D. RAIMBOURG, déposé à la présidence de l'Assemblée nationale le 30 mars 2016) ; Projet de loi organique relatif à l'indépendance et à l'impartialité des magistrats et à l'ouverture de la magistrature sur la société, Enregistré à la présidence du Sénat le 31 juillet 2015, présenté C. TAUBIRA (V. ég. sur ce projet : Rapport n°119 sur le projet de loi organique relatif à l'indépendance et l'impartialité des magistrats et à l'ouverture de la magistrature sur la société, présenté par F. PILLET, Enregistré à la Présidence du Sénat le 28 octobre 2015).

¹¹²⁸ V. not., B. OLIVIER, J. FRANCK, « SOS au Népal pour Xavière Tiberi. L'État a tout tenté pour rapatrier d'urgence le procureur chargé de l'affaire », *Libération*, 13 nov. 1996 ; V. ég. (concernant l'affaire « Urba »), A. GAUDINO, *L'enquête impossible*, Albin Michel, 1990 et *Le procès impossible*, Albin Michel, 1992 ; J. MONTALDO, *Rendez l'argent*, Albin Michel, 1995 ; J. GARRIGUES, *Les scandales de la République*, Robert Laffont, 2004 ; Pour des affaires plus récentes, V., AFP, « Juge d'instruction pour Woerth-Bettencourt : " pas trop tôt " », 26 octobre 2010 ; E. JOLY (propos recueillis par G. DAVET), « M. Courroye est un procureur aux ordres », *Le Monde*, 16 juillet 2010, p. 11, et la pétition du club « justice, droits et sécurité » lancée sur le site du journal en ligne Médiapart demandant l'ouverture d'une instruction : « Plus de 27.000 signataires de l'appel pour une justice indépendante et impartiale », [en ligne]. Disponible sur [www.mediapart.fr] ; V. ég., OCDE, *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, [En ligne] accessible à l'adresse [www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/FrancePhase3fr.PDF], n°88, p. 38 (L'OCDE a constaté que certains faits médiatisés ont contribué à asseoir un climat de suspicion. L'Organisation a relevé que « dans l'affaire des biens mal acquis, lorsque l'enquête menée par la juridiction d'instruction a révélé des faits nouveaux et que les juges d'instruction ont demandé au parquet de leur accorder un réquisitoire supplétif pour pouvoir étendre leur enquête en conséquence, le parquet a refusé. Il a [en définitive] fallu attendre une nouvelle plainte d'une ONG, dénonçant des faits nouveaux, pour que le parquet diligente une enquête préliminaire puis prenne (sur la base des résultats de cette enquête) des réquisitions supplétives sous la qualification de recel et de blanchiment. Des représentants des ONG, ainsi qu'un magistrat, rencontrés lors de la visite [avaient alors] indiqué que cette plainte avait été déposée 'dans l'espoir de surmonter l'inertie du parquet et d'obtenir l'ouverture d'une information judiciaire, sur ces faits nouveaux, de manière à permettre à un juge d'instruction d'élargir et de poursuivre les investigations' »).

¹¹²⁹ Groupe pénal du Syndicat de la Magistrature, *Contribution à la réforme du parquet*, oct. 2009, préc. ; J.-L. NADAL (sous la Prés.), *Refonder le ministère public*, *op. cit.* ; J. BEAUME (sous la Prés.), *Rapport sur la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 5 ; CNDCH, *Avis sur l'indépendance de la justice*, 27 juin 2013.

¹¹³⁰ GROUPE PENAL DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, *Contribution à la réforme du parquet*, préc., spéc. p. 4 ; M. DELMAS-MARTY, « La phase préparatoire du procès pénal. Pourquoi et comment la réformer ? », [En ligne], Disponible à l'adresse [www.asmp.fr/travaux/communications/2009/delmas-marty.htm].

illégitimes auxquelles l'intervention du juge d'instruction ne pourrait alors plus pallier¹¹³¹.

383. C'est pour cette raison que, consciente des conséquences d'un système qui accorderait au seul procureur la fonction d'investigation, la Commission Delmas-Marty avait proposé non seulement un renforcement des garanties statutaires du parquet¹¹³², mais aussi l'instauration d'un mécanisme de dessaisissement du procureur en cas d'inaction illégitime de celui-ci ou d'entrave à la bonne marche de l'enquête¹¹³³. Ainsi, avait-elle préconisé de renforcer le rôle de la chambre d'accusation en lui donnant la compétence d'ordonner, dans ces circonstances, le dessaisissement du procureur au profit de l'un de ses membres. Il s'agissait alors d'apporter une réponse aux situations de conflit ou de blocage que pourrait occasionner la concentration systématique des fonctions d'enquête et de poursuite entre les mains du ministère public. C'est, à l'inverse, parce que le projet « Léger » ne s'accompagnait pas de tels contrepoids que les propositions formulées ont essuyé un feu nourri de critiques. En ce sens, Madame le Professeur Leblois-Happe a relevé que, même lorsque le procureur reste subordonné au Gouvernement, « un équilibre à peu près satisfaisant » peut s'instaurer si, « d'une part, le déclenchement est pratiquement obligatoire pour les infractions les plus graves (c'est l'instruction obligatoire des affaires criminelles en droit positif) » et d'autre part si l'inertie du ministère public peut être contrée par l'action de la victime (c'est la plainte avec constitution de partie civile du droit actuel) »¹¹³⁴. Or, a observé l'auteur, « la réforme qui se dessine ne prévoit plus ni l'un ni l'autre. Le parquet demeure dépendant de l'Exécutif mais les deux contrepoids énoncés il y a un instant disparaissent. Le juge de l'enquête et des libertés se voit certes reconnaître un pouvoir d'injonction à l'égard du parquet (dont l'indépendance à l'égard des juridictions est donc largement entamée). Mais l'on ignore ce qui se passerait si le procureur n'obéissait pas à ces injonctions. Le

¹¹³¹ V. not., CNDCH, *Avise sur la réforme de la procédure pénale*, 10 juin 2010, n°19 et s., pp. 5 et s.

¹¹³² M. DELMAS-MARTY (sous la dir.), *La mise en état des affaires pénales*, *op. cit.*, pp. 129 et s.

¹¹³³ *Ibid.*, p. 143 (La procédure préconisée, inspirée des dispositions qui régissaient le rôle de la chambre d'accusation dans le cas d'infractions commises par des magistrats ou certains fonctionnaires (art. 682 du CPP) ou du pouvoir d'évocation de la chambre (art. 206 al. 3, 207 al. 2 et 221-1 du CPP), était la suivante. « Lorsque le juge chargé du contrôle de la mise en état, saisi par l'une des parties ou d'office, estime qu'il est en présence d'une inaction du ministère public ou d'entrave à la bonne marche de l'enquête, il peut saisir la chambre d'accusation en vue du dessaisissement du ministère public. La chambre d'accusation peut dessaisir le ministère public de l'enquête, par arrêt motivé susceptible de pourvoi. Dans ce cas, elle désigne l'un de ses membres pour procéder aux investigations. Celui-ci peut requérir par commission rogatoire tout officier de police judiciaire de procéder aux actes d'information qu'il estime nécessaires. La chambre d'accusation est substituée au juge pour l'exercice des fonctions juridictionnelles. Celui de ses membres qui a la charge de l'enquête ne peut alors prendre part aux décisions de la chambre. C'est, de même, la chambre d'accusation qui autorise, sur demande de celui de ses membres chargé de l'enquête, les mesures portant atteinte aux libertés individuelles. Les demandes du ministère public et des parties privées relatives à des actes d'enquête sont adressées au membre de la chambre chargé de l'enquête. Si celui-ci refuse les mesures demandées, les parties peuvent saisir la chambre d'accusation. A la clôture de l'enquête contradictoire, la chambre d'accusation peut être saisie par le juge, s'il estime non fondé le non-lieu demandé par le ministère public »).

¹¹³⁴ J. LEBLOIS-HAPPE, « Plaidoyer pour la légalité des poursuites », *JCP éd. G.*, 15 févr 2010, Aperçu rapide 168.

risque d'étouffement ou d'enfouissement des affaires politiquement sensibles est donc accru par rapport à ce que nous connaissons aujourd'hui »¹¹³⁵. La Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme a pareillement estimé que, si le projet de suppression de l'information judiciaire devait aboutir, « [l]e défaut d'indépendance du parquet deviendrait inacceptable »¹¹³⁶.

384. La soumission explicite du procureur à un devoir d'impartialité dans le Code de procédure pénale -. La soumission explicite du procureur à un devoir d'impartialité lorsqu'il exerce l'action publique (C.P.P., article 31), de même que son obligation de veiller, à la manière du juge d'instruction, à la conduite d'une enquête impartiale (C.P.P., article 39-3, *in fine*), interrogent également. L'affirmation de son devoir d'impartialité pose d'abord une question d'ordre conceptuel. Comme le notent Madame Lazerges-Cousquer et Monsieur Desportes, « [j]usqu'à un certain point, la partialité du magistrat du parquet est [en effet] naturelle » puisque, par définition, « on ne peut attendre de la partie poursuivante qu'elle soit impartiale »¹¹³⁷. Dans ces circonstances, elle renvoie davantage, comme en témoigne d'ailleurs la lecture des travaux parlementaires, à un devoir moral d'impartialité « personnelle ». Telle qu'elle s'est affirmée, elle suscite surtout des interrogations sur le plan de son effectivité.

Il est délicat de nier les avancées consenties par le législateur, à la suite des arrêts *Medvedyev* et *Moulin* précités. Cependant, indépendamment du fait qu'elles ne peuvent apporter aucune réponse pérenne aux observations de la Cour européenne¹¹³⁸, elles laissent un sentiment d'inachevé. Ni l'affirmation de l'autonomie fonctionnelle des membres du ministère public (A), ni les obligations ressortant de son devoir d'impartialité (B) ne se sont en effet accompagnées de garanties et contreponds indispensables à leur effectivité.

¹¹³⁵ *Ibid.*

¹¹³⁶ CNDCH, *Avis sur la réforme de la procédure pénale*, préc., n°23, p. 6.

¹¹³⁷ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°312, p. 211.

¹¹³⁸ V., *Infra*, n°552.

A. L'affirmation de l'autonomie fonctionnelle du procureur

385. La loi du 25 juillet 2013 a entendu renforcer l'indépendance fonctionnelle des membres du parquet en interdisant officiellement toute instruction individuelle émanant du garde des Sceaux. Cette évolution, symboliquement forte, ne va toutefois pas sans soulever certaines interrogations. Indépendamment des questions inhérentes à la réalité, à l'utilité ou aux conséquences insidieuses de cette évolution, celle-ci peine surtout à convaincre pleinement d'un renforcement concomitant des garanties statutaires du ministère public. Quoiqu'explicitement affirmée (1), l'autonomie fonctionnelle des membres du ministère paraît, à défaut de corollaires idoines, purement incantatoire (2).

1) L'affirmation explicite de son autonomie fonctionnelle

386. Le communiqué de presse ministériel annonçant l'adoption de la loi du 25 juillet 2013 est explicite sur les raisons et les apports de celle-ci. Il s'est agi de « renforcer l'institution judiciaire en clarifiant les missions respectives de chaque acteur » et ainsi de soutenir l'indépendance de la justice en préservant le ministère public de « toute ingérence de l'exécutif dans le déroulement des procédures pénales, afin de ne plus laisser place au soupçon de pressions partisanses »¹¹³⁹. Suivant très largement la circulaire générale de politique pénale du 19 septembre 2012¹¹⁴⁰, le législateur a entrepris de redéfinir « les rapports entre la Chancellerie, les procureurs généraux et les procureurs de la République, de manière à restituer à la fois au garde des Sceaux la responsabilité d'animer la politique pénale, et aux parquets le plein exercice de l'action publique »¹¹⁴¹.

¹¹³⁹ C. TAUBIRA, « Fin des instructions individuelles : adoption de la loi », Communiqué, 17 juil. 2013, [En ligne] disponible à l'adresse : [www.presse.justice.gouv.fr/archives-communiques].

¹¹⁴⁰ Circ. du 19 septembre 2012 de politique pénale de Mme la garde des sceaux, NOR : JUSD1235192C, *JORF* du 18 oct. 2012, p. 16225.

¹¹⁴¹ Projet de loi n°845 relatif aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et d'action publique, présenté par C. TAUBIRA, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2013, Exposé des motifs, p. 8 ; Certains auteurs ont cependant relevé que la loi du 25 juillet 2013 n'avait pas levé toute ambiguïté entre la politique pénale et l'action publique puisque le garde des Sceaux continue structurellement de définir « les règles de mise en œuvre de l'action publique » (E. VERGES, « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », *RSC* 2013, p. 603, spéc. p. 605). Comme le souligne Monsieur le Professeur Beauvais, si « la grande distinction opérée par la loi réside désormais entre les instructions générales de politique pénale et les instructions individuelles relatives à l'action publique [...] où sont situées les instructions générales relatives à l'action publique » ? Puisque les directives générales de politique pénale fixent des priorités et des grands choix procéduraux en matière de lutte contre la délinquance, elles comportent, d'une manière ou d'une autre, des instructions relatives aux poursuites. Aussi, « cette distinction entre la dimension générale de la politique pénale et la dimension individuelle de l'exercice de l'action publique permet surtout de justifier la combinaison intellectuellement déroutante de la nature hiérarchique (politique pénale) et de la nature judiciaire (exercice de l'action publique) du statut du parquet, mais ne met pas un terme à l'influence du pouvoir exécutif sur la politique de poursuite » (P. BEAUVAIS, « Politique pénale et séparation des

Il a réécrit plusieurs dispositions du Code de procédure pénale dans le but de clarifier les rôles de chacun. Il a surtout consécutivement consacré l'interdiction des instructions ministérielles dans les dossiers particuliers, « symptomatique[s] des relations complexes entre le ministère public et son autorité de tutelle »¹¹⁴².

387. L'interdiction des instructions individuelles, consécutive à la redéfinition des rôles de chacun, traduirait à elle-seule l'ambition de la loi : soutenir l'indépendance de la Justice en prévenant toute ingérence de l'exécutif dans le déroulement des procédures pénales¹¹⁴³. Symboliquement forte, l'interdiction des instructions individuelles, qui constitue « un pas important dans le sens de l'affirmation de l'indépendance des membres du ministère public »¹¹⁴⁴ et vers leur autonomie fonctionnelle dans l'exercice de l'action publique, ne va cependant pas sans alimenter des interrogations. Elles mêlent la question de l'opportunité de cette suppression et de ses conséquences insidieuses.

388. L'opportunité de cette suppression -. L'opportunité de la suppression de ces instructions individuelles a été débattue par une partie de la doctrine, qui a parfois relevé que la crainte exprimée à leur encontre n'était peut-être pas pleinement fondée. D'autres auteurs ont souligné l'intérêt de leur existence.

Monsieur le Professeur Vergès a ainsi fait observer qu'au-delà de certaines affaires sensibles et souvent médiatisées, l'étude d'impact jointe au projet de loi faisait apparaître ces instructions sous un jour bien différent qu'elles ne le sont classiquement¹¹⁴⁵. L'auteur souligne qu'il était question de dossiers variés visant des poursuites pour des faits divers (euthanasie, prise illégale d'intérêt, provocation à la haine raciale, tromperie sur les produits de santé, meurtres d'enfants, abus de biens sociaux) et visant, le plus souvent, le regroupement des poursuites devant une même juridiction. Les actes de délinquance politique ou financière, qui nourrissent les principales suspicions, étaient donc noyés dans un grand nombre d'instructions individuelles visant des situations sans aucun lien avec les préoccupations partisans des gouvernants et pour lesquelles l'utilité était admise.

pouvoirs » in COLLECTIF, *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de C. Lazerges*, Dalloz, Coll. « Etudes, mélanges et travaux », Paris, 2014, p. 87, spéc. pp. 94-95).

¹¹⁴² E. VERGES, « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », préc., p. 603.

¹¹⁴³ C. TAUBIRA, « Fin des instructions individuelles : adoption de la loi », préc.

¹¹⁴⁴ J.-L. NADAL (sous la Prés.), *Refonder le ministère public*, Commission de modernisation de l'action publique, *op. cit.*, p. 10.

¹¹⁴⁵ E. VERGES, « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », préc.

389. L'utilité de ces instructions a été soulignée par d'autres auteurs. Monsieur le Professeur Pradel note que sur le plan pratique, les instructions individuelles avaient « l'immense avantage » de contribuer à la cohérence de la politique pénale « et donc d'une certaine égalité des citoyens devant la loi »¹¹⁴⁶, ce qui avait justifié jusqu'alors leur existence. Garraud déjà avait vu dans la hiérarchisation du parquet, et des conséquences en résultant, une protection pour le justiciable. Il relevait, justifiant ainsi que l'action publique puisse être exercée sous la contrainte d'une « impulsion étrangère », que « le pouvoir d'agir ou de ne pas agir [...] serait dangereux s'il était absolu »¹¹⁴⁷. Car, si « les particuliers [avaient] une garantie dans la sagesse et l'impartialité du tribunal de répression contre la témérité des poursuites [...], ils n'en auraient aucune contre l'inertie volontaire du ministère public si cette inaction ne pouvait être vaincue par aucun moyen »¹¹⁴⁸. Plus récemment, Raoul Bételle avait également admis que « jointe à la prétention de donner au magistrat du parquet un statut identique à celui des magistrats du siège », une telle suppression « aboutirait à confisquer entièrement au souverain l'un de ses pouvoirs régaliens, à faire de ce pouvoir-fonction la propriété d'une caste intouchable, seule maîtresse d'elle-même, agissant en circuit fermé et ne rendant de comptes à personne »¹¹⁴⁹. Aussi, pour l'auteur, le système en vigueur devait être maintenu parce qu'il était « le seul moyen propre à protéger et garantir le plein exercice de la démocratie, notamment lorsque ce que l'on nomme l'alternance appelle, que ce soit dans un sens ou dans l'autre, certains ajustements dans la politique pénale, c'est-à-dire, indépendamment de toute modification de la loi, dans l'utilisation par le pouvoir-organe exécutif (responsable devant la représentation nationale et s'adressant à l'autorité judiciaire indépendante) des textes répressifs tels qu'ils sont »¹¹⁵⁰.

Madame le Professeur Mastopoulou a, pour sa part, considéré, avant que la loi du 25 juillet 2013 ne soit adoptée, que sous l'évidente réserve d'un renforcement des garanties statutaires des membres du ministère public, « il para[ssait] tout à fait légitime que le garde des Sceaux puisse donner son avis, sous forme d'instructions écrites » et donc transparentes¹¹⁵¹. Ainsi, en particulier, « dans certaines 'affaires sensibles' mettant en cause l'intérêt général et relevant, par exemple, de la criminalité organisée ou du terrorisme international »¹¹⁵².

¹¹⁴⁶ J. PRADEL, « Faut-il supprimer les instructions pénales individuelles du garde des Sceaux au parquet ? », *D.* 2013, p. 1361 ; V. ég., E. BONIS-GARÇON et O. DECIMA, « Le parquet et les sirènes de l'indépendance », préc. ; J.-H. ROBERT, « Parquet : L'Etat, privé du droit à l'avocat », *JCP éd. G.* 29 avril 2013.

¹¹⁴⁷ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, op. cit.*, p. 174.

¹¹⁴⁸ *Ibid.*

¹¹⁴⁹ R. BÉTELLE, in P. TRUCHE (sous la dir.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la justice, op. cit.*, Annexe II-1, p. 148.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*

¹¹⁵¹ H. MATSOPOULOU, « Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet », *Gaz. Pal.* 27 avril 2010, p. 15.

¹¹⁵² *Ibid.*

390. Les instructions individuelles officielles n'étaient probablement pas les plus embarrassantes même si, manifestant la possibilité d'une ingérence du pouvoir politique sur le cours de la Justice, elles étaient génératrices de soupçons. L'inquiétude portait moins sur celles-ci, transparentes car écrites et versées au dossier de la procédure (C.P.P., *anc.* art. 30), que sur les instructions officieuses, et par conséquent occultes. Or, si la suppression officielle des instructions individuelles a une portée symbolique difficilement discutable¹¹⁵³, elle est en revanche sans effet sur ces instructions informelles qui sont pourtant les plus dommageables¹¹⁵⁴. Certains auteurs craignent au contraire une recrudescence de ces pratiques iniques¹¹⁵⁵.

391. Les implications insidieuses de cette suppression - Toute autre est la question de savoir si la suppression de ces instructions individuelles n'est pas de nature à créer de nouveaux désordres. En ce sens, Monsieur le Procureur général Marin estime que « [s]i l'évolution [...] est peut-être de nature à dissiper le soupçon que certains plaisent à distiller sur les liens entre le ministère public et le garde des Sceaux [...] la conséquence négative, mécaniquement induite par ce renoncement, est la disparition du fédérateur, au niveau national, de l'action publique [...]. Comment coordonner la coexistence d'une politique pénale gouvernementale et d'une politique d'action publique judiciaire sans organiser une interface propre à garantir la légitimité des souhaits des uns et les devoirs et obligations des autres ? »¹¹⁵⁶. Aussi indique-t-il que, si ce pas désormais franchi, « le retour vers un Ministère centralisateur de l'action publique ne peut [...] plus se concevoir [puisqu'] une telle solution constituerait incontestablement un retour en arrière néfaste »¹¹⁵⁷, il est en revanche nécessaire de restaurer un organe « fédérateur ». L'auteur justifie ainsi l'idée de création d'un procureur général de la Nation ou d'un procureur général de la République ayant

¹¹⁵³ Monsieur le procureur général Marin a toutefois souligné l'incohérence qui pouvait résulter de telles dispositions. « Il n'est pas cohérent pour le garde des Sceaux [a-t-il souligné] de conserver à la fois son pouvoir hiérarchique sur le Ministère public par la capacité de donner des instructions générales et, dans le même temps, de s'interdire de contraindre un Ministère Public, peu diligent, à traiter un dossier particulier en saisissant un magistrat du siège ou en arbitrant un conflit entre deux parquets généraux qui paralyse le bon fonctionnement de l'institution judiciaire et préjudicie aux droits des justiciables » (J.-C. MARIN, « L'indépendance statutaire du parquet est-elle compatible avec la définition d'une politique pénale nationale », ENM - Cycle approfondi d'études judiciaires (CADEJ) - session 2016/2017, *L'autorité judiciaire dans l'Etat*, 29 sept. 2016).

¹¹⁵⁴ J.-P. MICHEL, Rapport n°675, préc., p. 27.

¹¹⁵⁵ E. VERGES, « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », préc.

¹¹⁵⁶ J.-C. MARIN, « L'indépendance statutaire du parquet est-elle compatible avec la définition d'une politique pénale nationale », préc.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*

autorité sur l'ensemble du ministère public et garant de l'application cohérente de la loi pénale sur le territoire national¹¹⁵⁸.

Ainsi discutée, la suppression officielle des instructions individuelles n'a surtout pas suffi à dissiper les suspicions à l'endroit de l'autonomie fonctionnelle du parquet¹¹⁵⁹. Faute de s'être accompagnée de corollaires jugés indispensables, l'affirmation de l'autonomie fonctionnelle des magistrats du parquet apparaît plutôt aujourd'hui comme une affirmation incantatoire.

2) *L'affirmation incantatoire de son autonomie fonctionnelle*

392. Deux critiques peuvent être exprimées à l'encontre des apports de la loi du 25 juillet 2013. La première tient à la « réalité » de la suppression des instructions individuelles. Des auteurs ont évoqué, à cet égard, leur « maintien ou [leur] réapparition indirecte »¹¹⁶⁰ ou « renaissance »¹¹⁶¹, soulevant *in fine* la question de la réalité de cette suppression (a). La seconde concerne l'effectivité de cette interdiction, à défaut d'un renforcement corrélatif des garanties statutaires des magistrats du parquet (b).

a) La réalité de cette suppression

393. La survivance des instructions individuelles -. A la suite de différents auteurs, on peut s'interroger sur la référence, aux articles 35 et 39-1 du CPP, aux « *rapports particuliers* » établis par le procureur de la République ou le procureur général d'initiative ou à la demande de l'autorité hiérarchique. Car si l'établissement de tels rapports n'est pas nécessairement déroutant – ils servent à informer cette autorité hiérarchique des réalités du terrain – leur seule évocation pose en revanche question

¹¹⁵⁸ *Ibid.*

¹¹⁵⁹ Pour une mise en cause récente de l'indépendance du parquet, obligeant le ministre de la Justice en exercice à intervenir, V. G. CLAVEL, « Affaire Fillon : le ministre de la Justice Jean-Jacques Urvoas défend l'indépendance du parquet », *Huffingtonpost*, 21 fév. 2017 ; V. ég., J.-B. JACQUIN, « Bertrand Louvel : "Pour échapper à la suspicion, il faut modifier le système de nomination des juges" », *LeMonde.fr*, 23 mai 2016 ; J.-C. FRANCIS, A.-L. CHANEL, *Du grain à moudre, Y a-t-il un problème d'indépendance de la justice ?*, 2 mars 2017, France Culture ; F. ALEXANDRE, « La justice française : une indépendance toute relative », *RFI*, 14 mars 2017 ; P. GONZALES, « Nicole Belloubet, la ministre de la Justice, jure ne pas être au courant des affaires en cours », *LeFigaro.fr*, 4 juil. 2017.

¹¹⁶⁰ E. BONIS-GARÇON et O. DECIMA, « Grâce et disgrâce des instructions hiérarchiques. - À propos de la loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique », *JCP éd. G.* 2013, 955.

¹¹⁶¹ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, *op. cit.*, spéc. n°439, pp. 425-426 ; V. ég., F. FOURMENT, « Le ministre de la Justice, le ministère public et les affaires individuelles, dix ans après la loi du 9 mars 2004 », *Gaz. Pal.* 2014, n° 233, p. 35 et s., spéc. pp. 36-37.

lorsque l'on s'intéresse à la disparition effective des instructions individuelles. Comme le soulignent les Professeur Bonis-Garçon et Décima, « une telle communication peut-elle [effectivement] n'être qu'ascendante ? »¹¹⁶². Or « comment qualifier la demande hiérarchique d'un rapport spécial visant une affaire déterminée ? »¹¹⁶³. Ces auteurs interrogeaient *in fine* le risque d'une réapparition indirecte des instructions individuelles par ce canal, « d'autant plus regrettable que ces dernières ne seraient plus versées au dossier et échapperaient, ce faisant, à la connaissance des parties et au débat contradictoire »¹¹⁶⁴.

394. La problématique de cette remontée d'informations a récemment gagné en intensité sous la plume des praticiens. En marge de la publication du Livre noir du ministère public en juin 2017¹¹⁶⁵, la Conférence nationale des procureurs de la République a en effet appelé à son encadrement puisqu'en l'état, elle maintient un doute sur l'autonomie fonctionnelle des parquetiers. Les procureurs se sont interrogés sur leur transparence, sur le moment de l'enquête auxquelles elles doivent être communiquées ainsi que sur leur contenu¹¹⁶⁶. Dans la lignée de ces observations, Monsieur Louvel et Monsieur Marin ont saisi l'occasion de la publication du rapport d'activité du Conseil Supérieur de la Magistrature pour l'année du 2016 pour appeler à l'affirmation de l'indépendance des parquetiers. Le premier président de la Cour de cassation a estimé qu'au-delà du renforcement des garanties statutaires des magistrats du ministère public, encouragée par le CSM¹¹⁶⁷, « l'indépendance du parquet n'[était] pas compatible avec les remontées d'informations au politique des affaires particulières ». Il a ajouté que « le procureur doit être aussi libre que l'est un juge d'instruction qui n'a pour contrôle que celui de sa chambre de l'instruction ». Le procureur général près la Haute Juridiction a pareillement appelé à l'abrogation des dispositions les concernant¹¹⁶⁸.

395. La renaissance des instructions individuelles par d'autres canaux -. D'autres auteurs ont fait remarquer que l'interdiction des instructions individuelles n'avait pas résisté à la pratique, relevant que certaines dispositions permettent, le cas

¹¹⁶² E. BONIS-GARÇON et O. DECIMA, « Grâce et disgrâce des instructions hiérarchiques. - À propos de la loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique », préc.

¹¹⁶³ *Ibid.*

¹¹⁶⁴ *Ibid.*

¹¹⁶⁵ CONFERENCE NATIONALE DES PROCUREURS DE LA REPUBLIQUE, *Le livre noir du ministère public*, juin 2017.

¹¹⁶⁶ Propos rapportés par P. GONZALES, in « Nicole Belloubet, la ministre de la Justice, jure ne pas être au courant des affaires en cours » *Le Figaro.fr*, 4 juil. 2017, préc.

¹¹⁶⁷ CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Rapport d'activité 2016*, La Documentation française, Juillet 2017, pp. 17 et s., spéc. pp. 20 et s.

¹¹⁶⁸ Propos rapportés par Paule Gonzales, in « Nicole Belloubet, la ministre de la Justice, jure ne pas être au courant des affaires en cours », préc.

échéant, de les faire « renâître ». En ce sens, Monsieur Jeanne rappelle que peu de temps après l'adoption de la loi du 25 juillet 2013, le gouvernement a trouvé dans l'article 40, alinéa 2, du CPP un fondement lui permettant de contourner cette interdiction¹¹⁶⁹. Or, si cette dénonciation constitue une stricte application de l'obligation mise à la charge des autorités publiques, l'analogie entre le gouvernement et toute autre autorité publique s'arrête ici puisqu'aucune autre ne dispose d'un pouvoir de sanction équivalent à celui du garde des Sceaux à l'encontre d'un procureur récalcitrant. Finalement, estime l'auteur, « [l]a différence entre la dénonciation comminatoire d'une infraction et l'instruction de poursuivre pourrait se révéler ténue »¹¹⁷⁰. C'est cependant envisager une autre lacune de la réforme entreprise qui réside, elle, dans l'absence de corollaires satisfaisants pour assurer l'effectivité de cette autonomie fonctionnelle.

b) L'absence de corollaires satisfaisants

396. L'absence du renforcement corrélatif des garanties statutaires des membres du ministère public -. L'affirmation explicite de l'autonomie fonctionnelle des magistrats du parquet par la suppression officielle des instructions individuelles ne s'est pas accompagnée d'un renforcement de leurs garanties statutaires. Or, celui-ci est classiquement perçu comme un corollaire indispensable à l'effectivité de toute modification tendant à affirmer l'indépendance des parquetiers. Un projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la Magistrature, déposé quelques jours auparavant, allait en ce sens¹¹⁷¹. Celui-ci n'a toutefois pas abouti, faute du consensus politique nécessaire à l'adoption d'une telle réforme (Constitution, article 89)¹¹⁷². La relance de ce projet de loi par Monsieur Urvoas, en mars 2016¹¹⁷³, n'a pas

¹¹⁶⁹ A la suite de la publication en première page d'un journal d'un dessin connoté visant le garde des Sceaux, le Premier ministre a annoncé qu'il avait décidé, « en application de l'article 40 du CPP, de porter ces faits susceptibles de constituer l'infraction d'injure publique à caractère racial à la connaissance du procureur de la République de Paris » (Communiqué de presse du Premier ministre, 12 nov. 2013 ; V. ég., J.-H. ROBERT, « Les principes en inaction », *Dr. pén.* 2014, repère 1).

¹¹⁷⁰ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, op. cit., spéc. n°439, p. 426 (L'auteur relève également que plus récemment, le Premier ministre avait, par un communiqué du 24 septembre 2014, « énergiquement [...] condamn[é] » les saccages et destructions par incendie de deux bâtiments affectés au service public, précisant que « des poursuites judiciaires seront engagées contre les auteurs de ces actes », sans toutefois préciser le fondement juridique sur lequel il comptait agir).

¹¹⁷¹ Projet de loi constitutionnelle n°815 portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, Présentée au nom de Monsieur F. HOLLANDE, par Monsieur J.-M. AYRAULT et Madame C. TAUBIRA, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 mars 2013 ; V. not., Rapport n°1050 sur le projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la Magistrature, présenté par D. RAIMBOURG, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 mai 2013 ; V. ég., P. LYON-CAEN, « Vers un parquet indépendant ? », *D.* 2013, p. 1359.

¹¹⁷² P. ROGER, « Le gouvernement contraint d'abandonner la réforme du CSM », *Le Monde*, 5 juill. 2013.

¹¹⁷³ Audition de M. Jean-Jacques Urvoas, garde des Sceaux, ministre de la Justice, sur le projet de loi constitutionnelle, modifié par le Sénat, portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature (n° 1226), Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Mercredi 23 mars 2016, Compte-rendu n°63.

connu meilleur accueil¹¹⁷⁴. En définitive, parmi les propositions formulées par la Commission Nadal notamment¹¹⁷⁵, seules les moins ambitieuses ont abouti. La loi organique n°2016-1090 du 8 août 2016¹¹⁷⁶ a exclu les postes de procureurs généraux de la liste des postes pourvus en conseil des ministres (article 7)¹¹⁷⁷, poursuivant la « normalisation » entreprise par les lois constitutionnelle et organique des 23 juillet 2008¹¹⁷⁸ et 22 juillet 2010¹¹⁷⁹. Si on peut admettre qu'en pratique la relation qu'entretient le garde des Sceaux avec les procureurs est certainement « bien différente de ce qui en est dit si complaisamment »¹¹⁸⁰, le constat reste celui d'une « fragilité statutaire »¹¹⁸¹ qui donne à l'affirmation de l'autonomie fonctionnelle des magistrats du parquet les allures d'une réforme au milieu du gué¹¹⁸².

397. Le lien ténu entre l'affirmation de leur autonomie fonctionnelle et le relèvement de leur garantie statutaire -. L'observation est ancienne et récurrente : la seule prohibition textuelle des instructions individuelles, qu'il s'agisse, comme autrefois, des instructions de non-poursuite ou, désormais, de toute immixtion dans les

¹¹⁷⁴ V. not., S. HUET, « La réforme du CSM ne verra pas le jour », *Le Figaro*, 28 mai 2013, [En ligne] ; « Echec probable de la réforme du Conseil supérieur de la magistrature, votée par l'Assemblée », *Le Monde*, 26 avril 2016 [En ligne] ; V. ég., J.-B. JACQUIN, « Indépendance du parquet : baroud d'honneur d'Urvoas », *Le Monde*, 6 avril 2016, [En ligne].

¹¹⁷⁵ J.-L. NADAL (sous la Prés.), *Refonder le ministère public*, Commission de modernisation de l'action publique, *op. cit.*

¹¹⁷⁶ L. organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, *JORF* 11 août 2016, texte n°1.

¹¹⁷⁷ Ord. n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État, art. 1^{er}.

¹¹⁷⁸ L. constitutionnelle n°2008-274 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République, *JORF* du 24 juil. 2008, p. 11890.

¹¹⁷⁹ L. organique n°2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, *JORF* du 23 juil. 2010, p. 13562 ; V. not., J. GICQUEL, « Le nouveau CSM », *JCP éd. G.*, 2008, I, 176 ; L. BAGHESTANI, « À propos de la loi organique du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution », *LPA*, 2 déc. 2010, n°240, p. 7 ; J.-L. GALLET, « Vers un nouveau CSM ? », *Gaz. Pal.* 21 sept. 2010, n°264, p. 10 ; M. LE POGAM, « Réforme du Conseil supérieur de la magistrature - Entre ouverture et autonomie », *JCP éd. G.*, 2010, 982 ; J.-Cl. ZARKA, « Le nouveau CSM », *D.* 2010, p. 1888 ; V. ég., M. LE POGAM, « Le Conseil supérieur de la magistrature, au cœur du défi déontologique », *D.* 2010, p. 1581 ; J.-C. ZARKA, « La réforme du Conseil supérieur de la magistrature », *Gaz. Pal.*, 29 mai 2008, n°150, p. 8.

¹¹⁸⁰ H. NALLET, in *Rapport de la Commission de réflexion sur la justice, op.cit.*, Annexe II-1, p. 125, spéc. p. 128. (« L'image du garde des Sceaux manipulant ou régentant les procureurs en vue 'd'enterrer' les affaires où pourraient être mis en cause ses amis politiques », relevait Henri Nallet en 1996, « est désormais aussi fortement enracinée dans l'esprit public qu'en réalité elle est globalement fausse [;] elle fait peu de cas de la personnalité même des procureurs, la plupart du temps assez forte pour ne pas se laisser imposer une solution contraire à leur analyse ou leur conviction [;] elle ignore tout du fonctionnement réel de la hiérarchie du Parquet, des relations du Parquet et du siège, et du Parquet avec la police, avec les avocats, les journalistes... ». Aucune autorité, poursuivait-il, « pas plus le Garde des Sceaux que le procureur général, n'est en mesure d'imposer, sans risque, son point de vue à un procureur déterminé. Et les Gardes des Sceaux savent bien désormais que toute tentative de leur part 'd'étouffer' ce qu'un procureur croit, au contraire, devoir montrer, se retournera contre eux sans attendre, et à leur plus grande confusion »).

¹¹⁸¹ GROUPE PENAL DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, *Contribution à la réforme du parquet*, préc., p. 4 ; V. ég., M. DELMAS-MARTY, « La phase préparatoire du procès pénal. Pourquoi et comment la réformer ? », [En ligne], Disponible à l'adresse [www.asmp.fr/travaux/communications/2009/delmas-marty.htm].

¹¹⁸² V. not., J.-P. JEAN, « Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen », *RSC* 2005, p. 670 ; E. VERGES, « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », préc. ; V. ég. CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Rapport d'activité 2016*, préc., spéc. pp. 20 et s.

affaires particulières, ne peut dissiper les doutes d'une intervention officieuse du pouvoir politique sur leur cours, à défaut de s'accompagner de garanties idoines¹¹⁸³.

398. La Commission Truche avait déjà souligné ce lien indéfectible, reconnaissant que la seule intervention de la Chancellerie dans la nomination et la carrière des magistrats du parquet laissait entier « le soupçon que le déroulement de carrière influe sur les décisions », quelles que soient, par ailleurs, l'illégalité et l'opacité de l'instruction adressée¹¹⁸⁴. Aussi, accompagnait-elle la suppression des instructions individuelles d'une réforme du statut des magistrats du ministère public, le calquant, pour ce qui concerne les modalités de nomination et la discipline, sur celui des juges du siège¹¹⁸⁵. Elle excluait en revanche que le pouvoir de proposition soit dévolu au CSM et précisait les conditions de la mutation d'un magistrat du ministère public dans l'intérêt du service¹¹⁸⁶.

399. En 2009, le groupe pénal du Syndicat de la magistrature a dressé le même constat, indiquant que « [s]ociologiquement, le choix des procureurs dans les grands tribunaux est crucial pour le pouvoir en place. Il est clair [a-t-il précisé] que ce choix se fait en fonction de la docilité du magistrat en question. Les pratiques illégales sont alors acceptées par peur de perdre son poste ou de rater sa carrière ou encore, pour les substituts qui ne sont pas forcément ou pas encore dans ces logiques, par peur de suites disciplinaires : les magistrats, chacun à leur niveau, acceptent de prendre l'avis de la hiérarchie avant toute décision dans les dossiers sensibles, ce qui constitue un détournement du texte prévoyant que le garde des sceaux et le procureur général peuvent enjoindre de poursuivre par écrit dans un dossier classé sans suite. Le but de cette pratique est qu'il ne soit pas révélé que l'origine de la décision vient 'd'en haut', ce qui contrecarre justement le texte prévoyant des instructions 'écrites' afin que cela apparaisse clairement dans le dossier. Par conséquent, et de façon logique, les procureurs acceptent les injonctions de poursuivre sans ordre écrit de la hiérarchie, et la même logique les conduit à accepter les injonctions de classer sans suite »¹¹⁸⁷. C'est dire que, quel que soit l'encadrement des instructions individuelles ou leur interdiction, « l'insuffisance des garanties concernant [...] la nomination des magistrats » est un

¹¹⁸³ En ce sens, lors des travaux de la Commission Truche, Raymond Boudon s'était demandé comment « admettre [...] qu'un acteur social dont la carrière est dépendante de l'exécutif puisse être dans son action entièrement indépendant de [celui-ci] ? ». Il avait ajouté que, « même si, dans les faits, cette influence est minime, il paraît[rait] difficile d'en convaincre le public tant que cette dépendance de droit subsistera » (R. BOUDON, *in Rapport de la Commission de réflexion sur la justice, op.cit.*, Annexe 1, p. 90, spéc. p. 94).

¹¹⁸⁴ P. TRUCHE (sous la dir.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la justice, op.cit.*, p. 35 et pp. 46 et s.

¹¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 35 et s., et p. 46.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 35 (La Commission envisageait de la soumettre à un avis conforme du CSM).

¹¹⁸⁷ GROUPE PENAL DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, *Contribution à la réforme du parquet, préc.*, p. 16.

facteur essentiel, rendant « possibles des pratiques illégitimes, voire illégales, et un contrôle de la plupart des décisions sensibles par le pouvoir exécutif »¹¹⁸⁸.

400. A défaut du renforcement approprié des garanties statutaires des membres du ministère public, il faut probablement admettre, en paraphrasant l'Union syndicale des magistrats et Monsieur le procureur général Marin, qu'en l'état, l'intervention de la Chancellerie sur le déroulement et la gestion de la carrière des membres du ministère public entretient la suspicion d'un parquet « systématiquement aux ordres »¹¹⁸⁹ et laisse entier « ce murmure [...] qui consiste à nier [à ces derniers] leur qualité même de magistrat, [...] en instillant la mélodie du ‘ Qui t'a fait roi ? ’ »¹¹⁹⁰. Et, si le soupçon d'interférences iniques du pouvoir politique ne paraît concerner, selon les chiffres avancés par Monsieur le Procureur Cimamonti « que » 0,1% des affaires¹¹⁹¹, l'absence de garanties statutaires suffisantes nuance néanmoins l'idée d'un procureur autonome dans l'exercice de ses attributions et continue par là même de « mine[r] l'institution » dans son ensemble¹¹⁹².

La soumission du procureur à une exigence d'impartialité ou de veiller à l'impartialité de l'enquête fait également l'objet de discussions.

B. La soumission du procureur à un devoir d'impartialité

401. Les différentes évolutions en ce sens -. Les réformes récentes ont doublement affirmé l'exigence d'impartialité durant l'enquête et ses suites immédiates, incombant *in fine* au procureur de la République. La loi du 25 juillet 2013 a inscrit dans le Code de procédure pénale l'obligation d'impartialité qui pèse sur le procureur de la République lorsqu'il exerce l'action publique. Depuis, la loi du 3 juin 2016 a inséré un nouvel article 39-3 du CPP qui se situe, selon la circulaire de présentation de celle-ci, dans le « [prolongement des] dispositions de l'article 31 [suivant] lequel le ministère public est tenu au respect du principe d'impartialité ». Il précise que « [d]ans le cadre de ses attributions de direction de la police judiciaire, le procureur de la République peut adresser des

¹¹⁸⁸ *Ibid* ; V. ég., E. VERGES, « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », préc.

¹¹⁸⁹ USM, *Pour un parquet indépendant*, Flash Information, [En ligne], Mai 2010, p. 1.

¹¹⁹⁰ J.-C. MARIN, Discours, Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 9 janv. 2012, [En ligne], www.courdecassation.fr/IMG///Discours_PG_JCMarin_janv2012.pdf, spéc. p. 8 ; V. ég. GROUPE PENAL DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, *Contribution à la réforme du parquet*, préc., pp. 8 et s.

¹¹⁹¹ M. CIMAMONTI, « Nous attendons avant tout une réforme en profondeur », propos recueilli par P. GONZALES, *Le Figaro*, 5 juil. 2017, p. 10.

¹¹⁹² *Ibid*.

instructions générales ou particulières aux enquêteurs [,] contrôle la légalité des moyens mis en œuvre par ces derniers, la proportionnalité des actes d'investigation [...], l'orientation donnée à l'enquête ainsi que la qualité de celle-ci ». Il l'astreint aussi à veiller à ce que « *les investigations [...] et qu'elles soient accomplies à charge et à décharge, dans le respect des droits de la victime, du plaignant et de la personne suspectée* ». Ces dernières précisions qui doivent refléter l'idée que le ministère public ne doit être réduit à sa seule fonction accusatrice, suscitent des questionnements¹¹⁹³.

402. L'appréciation de cette dernière adjonction -. C'est déjà le cas des dispositions imposant au procureur de veiller à ce que l'enquête soit conduite à charge et à décharge. S'inspirant des obligations pesant sur le juge d'instruction en application de l'article 81, alinéa 1^{er}, du CPP, la loi du 3 juin 2016 a fait du procureur de la République un garant de la qualité de l'enquête, en particulier de son impartialité. De prime abord, l'obligation faite aux magistrats du ministère public de veiller à la conduite d'une enquête impartiale paraît mal s'agencer avec le sens profond de l'action du parquet, qui est de traduire les personnes mises en cause devant la justice afin de les faire condamner. On peut objecter que le juge d'instruction, tenu à la même obligation, n'est pas dans une situation différente puisqu'il lui revient également, à l'issue des investigations, de décider, du renvoi en jugement au regard des éléments collectés sous sa direction. Cependant la différence fondamentale se trouve moins dans la situation du procureur ou du juge d'instruction que dans les droits des personnes concernées, « la meilleure assurance de l'instruction à décharge, c'est l'affirmation croissante du droit des parties (et du témoin assisté, et du ministère public), dont la personne mise en examen, de demander des actes, dans le contexte d'une instruction elle-même toujours plus contradictoire assortie du droit de l'intéressé d'exercer un recours contre une décision de refus de demande d'acte »¹¹⁹⁴. Personne ne peut nier que le suspect est effectivement placé dans une situation différente, nuancé par là même ce qui constituerait la meilleure assurance d'une enquête à décharge. Il faut sûrement, à la suite de Monsieur Camous, relativiser le caractère incantatoire de cette règle en la repositionnant dans une perspective plus générale, qui donne un sens réel – quelles que soient les règles prescrites par le Code de procédure pénale -, à l'enquête à décharge que mène le procureur¹¹⁹⁵. Car, si l'assurance d'une enquête impartiale ne peut être recherchée dans les droits reconnus à la défense à ce stade de la procédure, elle peut en revanche l'être dans l'intervention ultérieure du juge qui guide nécessairement l'action

¹¹⁹³ J. BEAUME (sous la dir.), Rapport sur la procédure pénale, préc. p. 27 ; V. ég., J.-L. LENNON, « L'indépendance du ministère public ou le supplice de Tantale », *Dr. pén.* 2016, étude 25, n°25.

¹¹⁹⁴ F. FOURMENT, « Remarques sur l'impartialité du procureur-enquêteur », *Gaz. Pal.* 18 juil. 2017, p. 92.

¹¹⁹⁵ E. CAMOUS, « L'enquête à décharge menée par le procureur de la République », *Gaz. Pal.* 18 juil. 2017, p. 88.

du procureur dans la phase d'investigation. L'enquête sert en effet la décision du procureur, qui « assume la responsabilité de ses choix de poursuites » lorsqu'il requiert à l'audience¹¹⁹⁶. C'est, pour reprendre les termes de Catherine Giudicelli, « cette finalité tendue vers l'audience qui justifie et légitime les instructions et orientations données par les magistrats aux OPJ au cours de l'enquête. Le parquetier qui va à l'audience a l'expérience des actes qui vont se révéler indispensables pour emporter la conviction de la juridiction de jugement. C'est cette expérience qui lui permet de trancher légitimement la discussion avec un OPJ sur l'opportunité d'un acte d'enquête »¹¹⁹⁷ et qui implique qu'il ne ferme *ab initio* aucune porte¹¹⁹⁸. En outre, précise Monsieur Camous, il ne faut pas négliger l'impact qu'a la possibilité pour le juge, d'office ou à la demande des parties, d'ordonner un supplément d'information lorsque le dossier ne lui paraît pas en état sur le magistrat du parquet – « [c]e retour à l'enquête [rappelle-t-il] donne tout d'abord une image peu flatteuse du travail accompli par les services d'investigation et, par voie de conséquence, de la manière dont le ministère public a exercé ses attributions de directeur d'enquête »¹¹⁹⁹ -, ni d'ailleurs la conscience qu'a ce dernier des implications pratiques de ce renvoi à l'investigation. Ce retour à l'enquête « vient relancer [en effet] une procédure dans des conditions qui vont impacter l'organisation et le fonctionnement de la juridiction. C'est [donc] une juridiction qui va devoir dépenser du temps supplémentaire de magistrats mais de greffiers, denrée parfois rare, avec des temps de récupération qui vont se répercuter sur le travail en cours. Une présentation des choses qui n'est pas une vue de l'esprit, surtout pour les petites juridictions dans lesquelles les moyens manquent »¹²⁰⁰. Ainsi invite-t-il, sinon à voir dans cette règle un rappel superfétatoire de ce qui se produit en pratique, du moins à sortir d'une vision trop manichéenne.

403. Les précisions apportées à l'article 31 du CPP par la loi du 25 juillet 2013 à propos de l'impartialité à laquelle est tenu le procureur dans l'exercice de l'action publique appelle d'autres remarques. Ce devoir trouve désormais une assise explicite dans le Code de procédure pénale (1). Il est néanmoins vrai que cette confirmation de l'obligation d'impartialité des procureurs lorsqu'ils exercent l'action publique ne s'accompagne pas des corollaires qui en assurent habituellement l'effectivité. Cette

¹¹⁹⁶ *Ibid.*

¹¹⁹⁷ C. GIUDICELLI, « Regards croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales », *AJ pén.* 2008, p. 439.

¹¹⁹⁸ En ce sens, V. ég., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°1481, p. 1002 (qui rappellent que « la qualité de l'audience des débats sera le reflet de celle de la mise en état ». Ainsi, précisent-ils, notamment, « mal menée ou insuffisante », l'enquête conduira à l'effondrement du dossier « publiquement »).

¹¹⁹⁹ E. CAMOUS, « L'enquête à décharge menée par le procureur de la République », préc.

¹²⁰⁰ *Ibid.*

affirmation relèverait donc également davantage l'« incantation »¹²⁰¹ que de la certitude (2).

1) *La soumission explicite du procureur à un devoir d'impartialité*

404. Les interrogations doctrinales sur le sens de cet ajout- Le devoir d'impartialité du ministère public, lorsqu'il exerce l'action publique, est désormais explicitement affirmé à l'article 31 du CPP. Le sens de ce devoir d'impartialité a interrogé la doctrine, d'autant qu'il ne s'imposait, au lendemain de la loi du 25 juillet 2013, qu'à l'instant où le procureur devenait juridiquement partie à la procédure¹²⁰². Monsieur le Professeur Vergès a, par exemple, fait observer que cette exigence d'impartialité ne peut s'entendre dans son « sens procédural » puisqu'ainsi entendue, elle « ne s'impose au ministère public, ni au cours de l'enquête, ni durant l'instruction, car le parquet n'exerce pas de fonctions juridictionnelles qui requièrent cette impartialité »¹²⁰³. C'est également le constat de la CNDCH qui indique que ce devoir ne peut avoir « le sens procédural de l'impartialité [puisque] le ministère public [n'est] pas 'un juge qui tranche' »¹²⁰⁴. Il pourrait même être perçu comme un contresens dès lors que le ministère public, qui a vocation à devenir partie, « n'est pas un tiers désintéressé, [...] à ce titre, impartial »¹²⁰⁵. Madame le Professeur Alix ajoute que « [l']impartialité, caractère de ce qui est impartial, sans parti-pris, objectif, n'est pas de l'essence de la fonction de magistrat du parquet [puisque] la mise en œuvre d'une politique pénale nationale et la définition d'une politique locale de sécurité, la direction de l'enquête, la définition des stratégies de poursuite ou encore la poursuite de l'accusation au procès pénal ne sont pas des fonctions détachables »¹²⁰⁶. Les Professeurs Bonis-Garçon et Décima ont, eux, vu dans l'article 31 du CPP une précision bien inutile, puisque « de deux choses l'une : [...] ou bien, l'impartialité s'entend ici dans un sens juridique, comme une obligation processuelle interdisant de confier à un magistrat

¹²⁰¹ En ce sens, V. not., J.-B. PERRIER, « Les garanties de la procédure pénale dans la loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », préc., spéc. n°17 ; E. VERGES, « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », préc.

¹²⁰² N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institutions du ministère public. Etude comparative France-Angleterre*, op. cit., n°485, p. 479. (L'auteur ajoutait que « c'est dans le cadre de l'utilisation de ces prérogatives que la question de son éventuelle partialité posait certainement le moins de difficultés, puisque, par hypothèse, il n'y figure que comme partie demanderesse et non pas comme un juge décisionnaire de mesures d'investigation éventuellement coercitives ou de mesures de traitement éventuellement rétributives, et que l'office du juge d'instruction ou de jugement, lui-même impartial, peut se déployer »).

¹²⁰³ E. VERGES, « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », préc.

¹²⁰⁴ CNDCH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, préc., n°12, pp. 6-7.

¹²⁰⁵ E. VERGES, « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », préc.

¹²⁰⁶ J. ALIX, « Les hésitations de la politique criminelle », *RSC* 2013, p. 677.

du parquet un pouvoir (de contrôle ou de décision) dans une affaire dont il a déjà eu à connaître et alors, force est d'admettre que cette impartialité est inexistante ! [...] ou bien, on entend le terme 'impartialité' comme une obligation déontologique des magistrats du parquet et alors, nul n'était besoin de l'inscrire dans ce texte car cette obligation [est] commune à l'ensemble des magistrats »¹²⁰⁷, du siège comme du parquet.

405. La confirmation d'un devoir existant -. Il ressort en effet du recueil des obligations déontologiques des magistrats¹²⁰⁸ que leur impartialité, au même titre que leur indépendance, est « *un élément essentiel de la confiance du public en la justice* » (B. 1) et, « *un devoir absolu destiné à rendre effectif l'un des principes fondateurs de la République* » (B. 2), impliquant que, lorsqu'elle est sujette à caution, le procureur se déporte. Différents avis rendus par la formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du ministère public sont, d'ailleurs, à ce titre, éclairants en rappelant, par exemple, que si les magistrats du ministère public « *tiennent de la loi le pouvoir d'apprécier la suite à donner aux procédures pénales dont ils sont saisis, ils ne peuvent le faire qu'en respectant l'égalité entre les citoyens [et devraient] dès lors s'abstenir de toute intervention dans des procédures lorsque leur action s'analyse en une prise de position subjective, compte tenu de leurs liens avec une partie, ou même lorsque, objectivement, elle ne permet pas d'écartier un doute légitime sur leur attitude, et ne saurait passer pour neutre du point de vue des parties, même si les décisions prises peuvent ne pas être critiquables* »¹²⁰⁹. D'autres renseignent sur la nature des sanctions (abaissement d'échelon, déplacement d'office...) auxquelles le magistrat du parquet s'expose lorsqu'il ne s'est pas déporté dans des affaires dans lesquelles il entretenait des relations personnelles avec une partie¹²¹⁰.

406. Les précisions apportées par les travaux parlementaires -. La lecture du dossier législatif renseigne sur les intentions du législateur. Issu d'un amendement

¹²⁰⁷ E. BONIS-GARÇON et O. DECIMA, « Grâce et disgrâce des instructions hiérarchiques. - À propos de la loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique », *JCP éd. G.*, 16 sept. 2013, 955.

¹²⁰⁸ CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Dalloz, Paris, 2010, accessible à l'adresse : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr>.

¹²⁰⁹ V. not., CSM – Parquet, Avis n° P 023, du 21 déc. 1994.

¹²¹⁰ V. not., CSM – Parquet, Avis n° P 032, du 30 mai 1997 ; CSM- Parquet, Avis n° P 060, du 21 nov. 2008 (à propos de la mise en œuvre par un procureur de la République d'une mesure de médiation en vue de provoquer une relation intime avec une justiciable, de l'absence de déport d'un procureur de la République dans une procédure dont il s'était réservé le contrôle malgré les liens l'unissant à l'une des parties et dont il avait ordonné le classement sans suite pour des motifs étrangers aux faits de la cause. Intervention à deux reprises d'un procureur de la République pour assurer le recrutement de personnes avec lesquelles il entretenait une liaison dans des emplois en lien étroit avec le tribunal où il exerçait ses fonctions) ; CSM-Parquet, Avis n° P 080, du 19 déc. 2014 (à propos d'un magistrat qui, au mépris de la mise en garde de son supérieur hiérarchique, avait maintenu des relations avec une personne mise en examen pour des faits d'une particulière gravité dans le ressort où il exerçait ses fonctions en échangeant publiquement des propos avec lui, en déjeunant à la même table dans un restaurant, en le recevant à son domicile, en acceptant de lui remettre un chèque tiré sur son compte contre des espèces, constitutive d'un manquement à son devoir de prudence et ayant porté atteinte à l'image d'intégrité que tout justiciable doit avoir de la justice et de ses représentants).

adopté par l'Assemblée nationale et proposant à l'origine d'affirmer non seulement l'impartialité mais aussi l'indépendance des magistrats du ministère public dans l'exercice de l'action publique et l'application de la loi¹²¹¹, ce texte devait donner un signal à la Cour européenne¹²¹² voire, selon le rapporteur du projet devant l'Assemblée nationale, prémunir la France d'une nouvelle condamnation¹²¹³. Cependant, lors des travaux parlementaires, l'impact de cette seule inscription sur la position de la Cour européenne avait déjà, à juste titre, été mise en doute¹²¹⁴. La référence au principe d'« indépendance » était cependant retirée afin « de ne pas accentuer les questions que susciterait [cette indication] par rapport au lien de subordination hiérarchique existant entre un membre du parquet et la chancellerie »¹²¹⁵. Le maintien de la référence à l'exigence d'impartialité à l'article 31 du CPP devait connaître un cheminement plus sinueux. Si l'Assemblée nationale l'avait d'abord maintenue, la question avait été à nouveau posée devant le Sénat. Le rapporteur du projet de loi a alors rappelé que cette inscription n'était pas unanimement accueillie par les praticiens. Il a fait observer que l'USM s'y opposait, estimant que l'inscription de l'exigence d'impartialité, « 'consubstantielle' à la fonction de [...] magistrat [...], risquerait d'être perçu[e], par les membres du parquet, comme une mesure de défiance »¹²¹⁶. D'autres, au contraire, y voyaient un moyen de contribuer à « lever le soupçon qui pèse, de manière trop souvent injustifiée, sur les fonctions de parquetier »¹²¹⁷. Certes, a ajouté le rapporteur, la « notion d'impartialité ne peut revêtir la même signification pour les magistrats du parquet que pour les magistrats du siège, puisqu'ils incarnent l'autorité de poursuite »¹²¹⁸. Suivant les observations de Messieurs Gelli et Beaume, il reconnaissait que cette assertion permettrait de faire ressortir que le parquet n'est pas « une partie comme les autres »¹²¹⁹ mais « porteur de l'intérêt général et [...] 'hérald de la loi' »¹²²⁰. Or, « [c]ette position procédurale particulière lui impose de faire appel aux mêmes qualités de discernement, d'objectivité, d'analyse juridique pour décider de l'opportunité des poursuites, que celles exigées du juge lorsqu'il décide de condamner ou non »¹²²¹. Aussi, n'était-il pas incohérent de rappeler, au sein du Code de procédure pénale, les obligations qui sont les siennes à ce stade de la procédure en particulier¹²²². Le Sénat

¹²¹¹ J.-Y. LE BOUILLONNEC, Rapport n°1047, préc., p. 27.

¹²¹² *Ibid.*

¹²¹³ *Ibid.*, p. 39.

¹²¹⁴ V., *Infra*, n°146.

¹²¹⁵ Compte rendu intégral, Deuxième séance du mercredi 29 mai 2013, intervention de J.-Y. LE BOUILLONNEC.

¹²¹⁶ J.-P. MICHEL, Rapport n°675, préc., p. 32.

¹²¹⁷ *Ibid.*

¹²¹⁸ *Ibid.*

¹²¹⁹ *Ibid.*

¹²²⁰ *Ibid.*

¹²²¹ *Ibid.*

¹²²² *Ibid.*, p. 33.

était cependant revenu sur cette inscription en séance publique à l'invitation du Gouvernement, qui faisait valoir qu'une telle inscription impliquerait, par souci de cohérence, de réécrire l'ensemble des articles pertinents du Code pour rappeler, parallèlement, la soumission des magistrats du siège à cette même obligation¹²²³. L'Assemblée nationale devait néanmoins la réintroduire, bien consciente du caractère essentiellement symbolique de cette inscription, qui ne fait finalement figure que d'un « précepte d'ordre moral »¹²²⁴ ou de rappel des obligations déontologiques auxquelles il est tenu, comme tout magistrat.

Le caractère plutôt symbolique de cette assertion est conforté par l'indifférence du législateur français à l'égard des garanties qui assortissent traditionnellement cette exigence et à laquelle la jurisprudence de la chambre criminelle n'a au demeurant pas pallié¹²²⁵.

2) *La soumission incantatoire du procureur à une obligation d'impartialité*

407. Le maintien de l'irrécusabilité du procureur -. L'affirmation de l'exigence d'impartialité des membres du ministère public par la loi du 25 juillet 2013 ne s'est pas accompagnée du corollaire qui assortit classiquement cette obligation¹²²⁶, donnant là encore à la loi précitée les allures d'une réforme inachevée. En effet, le législateur est demeuré insensible à sa traditionnelle irrécusabilité, qui ne cède, en dehors de la matière pénale, que lorsque l'impartialité du ministère public, intervenant en tant que partie jointe (C.O.J., article L. 111-6 *in fine*), et donc de manière « désintéressé[e] »¹²²⁷, est sujette à caution en raison de l'un des motifs énumérés à l'article L. 111-6 du Code de l'organisation judiciaire.

408. En matière pénale, où le ministère public intervient nécessairement en tant que partie principale, le principe est posé à l'article 669, alinéa 2, du CPP, qui n'a fait

¹²²³ Rapport n°1230 relatif aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 juillet 2013, par M. Jean-Yves LE BOUILLONNEC, pp. 29.

¹²²⁴ H. MATSOPOULOU, « Quelle étendue de la juridictionnalisation ? », in O. DECIMA (Sous la dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, op. cit., pp. 69, spéc. p. 75.

¹²²⁵ A. GIUDICELLI, « Principe d'impartialité : comment l'appliquer au ministère public ? », RSC 2017, p. 81.

¹²²⁶ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institutions du ministère public. Etude comparative France-Angleterre*, op. cit., n°469, p. 484.

¹²²⁷ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. I, Recueil Sirey, Paris, 1907, p. 195.

que confirmer une jurisprudence solidement ancrée¹²²⁸. Ceci le distingue du juge d'instruction, auquel il se substitue dans la grande majorité des affaires. L'impartialité du magistrat instructeur, comme de tout juge du siège, peut être mise en doute par le biais de la procédure de récusation (C.P.P., articles 668 et s.¹²²⁹). Elle peut également l'être par une requête pour cause de suspicion légitime¹²³⁰, parce qu'il constitue, comme le JLD¹²³¹, une juridiction à lui seul¹²³².

409. Cette traditionnelle irrécusabilité, discutée de longue date¹²³³, reste ordinairement expliquée par l'impossibilité, pour la personne mise en cause de récuser son adversaire et l'indivisibilité du Ministère public¹²³⁴.

410. La récente loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle¹²³⁵ n'a fait qu'ajouter à l'obligation de déport qui résulte de ses obligations déontologiques, celle, pour le magistrat du parquet, de se faire remplacer lorsqu'il « suppose en sa personne un conflit d'intérêts, au sens de l'article 7-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du

¹²²⁸ Cass., 14 fév. 1811, S. 1811. 1, p. 356 (« La récusation du ministère public n'étant autorisée par aucune loi, elle est nulle de plein droit ; en conséquence lorsque devant un tribunal de police, un prévenu récusé la personne qui remplit les fonctions de ministère public, le tribunal ne doit avoir aucun égard à la récusation ») ; Cass., 30 juil. 1847, S. 1847.1, p. 863 (« Attendu qu'aux termes de l'article 381 du code de procédure civile, les causes de récusation relatives aux juges ne sont applicables au ministère public que lorsqu'il est partie jointe, et qu'il n'est pas récusable lorsqu'il est partie principale ; qu'il est partie principale lorsque, comme dans l'espèce, il poursuit une action publique devant la chambre criminelle ») ; V., ég., Cass., 18 août 1860, S. 1861.1, p. 400 ; Cass., 2 mai 1867, S. 1867.1, p. 343 ; Cass., 6 juil. 1889, S. 1889. 1, p. 399.

¹²²⁹ La partie qui conteste l'impartialité d'un juge d'instruction (il en va de même pour tout autre juge, à l'image du JLD) en raison – notamment – d'une ou de plusieurs causes énumérées à l'article 668 du CPP peut adresser au premier président de la cour d'appel, à tout moment de l'information, une requête motivée le désignant nommément. Cette requête n'a pas, en principe, pour effet de dessaisir immédiatement le magistrat visé. Le premier président peut néanmoins, « après avis du procureur général, ordonner qu'il sera sursis [...] à la continuation de l'information » (C.P.P., article 670). Après avoir « notifi[é] en la forme administrative la requête dont il est saisi au président de la juridiction à laquelle appartient le magistrat visé » (*ibid.*), reçu le mémoire complémentaire du demandeur, le cas échéant, ainsi que celui du magistrat mis en cause et recueilli l'avis du procureur général (C.P.P., article 671), il statue sur la demande de récusation par une ordonnance insusceptible d'appel (*Ibid.*), pas même d'un pourvoi en cassation (Cass. crim., 14 mars 2001, *Bull. crim.* n°69). Si la récusation est accordée, le président du tribunal de grande instance procède au remplacement du juge d'instruction, en application des articles 83, 83-1 et 84 du CPP. Si la demande est rejetée, la partie s'expose à une amende civile (C.P.P., article 673). Pour une étude complète de ce mécanisme préventif, V. not., *J. Cl. Procédure pénale*, Articles 668 à 674-2, Fasc. 20 « Récusation », mai 2017, F. DEFFERRARD.

¹²³⁰ Le renvoi pour cause de suspicion légitime (C.P.P., articles 662, 666 et 667) se distingue de la récusation puisqu'il vise à mettre en cause l'impartialité de l'ensemble de la juridiction saisie, qu'elle soit d'instruction (Cass. crim., 21 août 1990, *Bull. crim.* n°305 ; Cass. crim., 16 mai 2000, *Bull. crim.* n°392) ou de jugement (Cass. crim., 30 nov. 1994, *Bull. crim.* n°392) et non d'un magistrat en particulier, et donc à obtenir, le cas échéant, le dessaisissement de celle-ci au profit d'autres magistrats. Pour une étude plus complète de ce mécanisme préventif, et notamment la question particulière du renvoi pour cause de suspicion légitime dans l'hypothèse d'une cosaisine, V. not., *J. Cl. Procédure pénale*, Articles 662 à 667-1, Fasc. 20 « Renvoi d'un tribunal à un autre », mai 2017, par H. ANGEVIN, actualisé par F. DEFFERRARD.

¹²³¹ CA Colmar, ord. prem. prés., 16 juill. 2002, *Juris-Data* n° 2002-203274, *JCP éd. G.* 2003, II, 10069, note E. BRAUN et Y. STRICKLER.

¹²³² Cass. crim., 10 déc. 1987, *JCP éd. G.* 1988, II, n° 20988, note W. JEANDIDIER ; Cass. crim., 5 janv. 2005, *Bull. crim.* n° 10.

¹²³³ V. *Infra*, n°807.

¹²³⁴ V. *Infra*, n°806.

¹²³⁵ L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* 19 nov. 2016, texte n°1, *Dalloz actualité*, 25 nov. 2016, obs. E. ALLAIN ; *D.* 2017, p. 873, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; V. ég., MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Dossier de présentation Justice21, spéc. p. 15.

22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, ou estime en conscience devoir s'abstenir» (C.O.J., article L. 111-7, al. 2). Cette précision s'est inspirée du projet de loi relatif au renforcement des obligations déontologiques des magistrats de l'ordre judiciaire, déposé concomitamment à l'adoption de la loi du 25 juillet 2013¹²³⁶, et dont l'ambition originelle était d'organiser le remplacement des magistrats du parquet, selon des « principes similaires » à ceux applicables aux juges du siège tout en faisant cas de la spécificité du ministère public¹²³⁷.

411. Il n'en reste pas moins vrai que, lorsque les personnes concernées par la procédure supposent, en la personne du procureur de la République, un motif de partialité, elles ne disposent d'aucun mécanisme préventif pour initier son remplacement.

412. L'absence persistante de sanction procédurale -. Ce qui peut ainsi apparaître comme une carence de la loi du 25 juillet 2013 aurait probablement pu être comblé par la jurisprudence. La chambre criminelle juge invariablement que « *le ministère public ne décidant pas du bien-fondé de l'accusation en matière pénale, le moyen pris de la partialité éventuelle de ce magistrat est inopérant* »¹²³⁸ de sorte que si l'absence de déport lorsque son impartialité est sujette à caution peut, certes, être sanctionnée disciplinairement, elle ne peut être à l'origine d'une sanction procédurale. En d'autres termes, le fait que le magistrat du parquet ait été intéressé à titre personnel dans une affaire qu'il a eu à connaître n'est pas de nature, en l'absence de déport, à remettre en cause la validité de ses actes dans les procédures concernées. Seule une limite à cette position radicale de la Cour pouvait être observée, qui tient à l'interdiction issue de l'article L. 111-10, alinéa 3, du COJ pour des magistrats conjoints, parents et alliés jusqu'au troisième degré inclus de siéger dans une même cause. Sur ce fondement, la Haute juridiction a cassé un arrêt d'une chambre d'accusation confirmatif de l'ordonnance de non-lieu rendue sur les réquisitions du conjoint de l'un de ses conseillers¹²³⁹.

¹²³⁶ Projet de loi n°1322 relatif au renforcement des obligations déontologiques des magistrats de l'ordre judiciaire, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2013, Présenté par Mme C. TAUBIRA.

¹²³⁷ *Ibid.*, Exposé des motifs.

¹²³⁸ Cass. crim., 6 mai 1996, *Bull. crim.* n° 187, *L.P.A.* 1997, n° 102, p. 8, note S. JOSSELAND ; Cass. crim., 6 janv. 1998, *Bull. crim.* n°1, *D.* 1999. 246, note G. YILDIRIM ; *Procédures*, 1998, comm. 96, note J. BUISSON ; *Gaz. Pal.* 1998. 1. Chron. 79, note DOUCET ; *Dr. pénal* 1998, comm. 40, obs. A. MARON (à propos d'allégations suivant lesquelles l'avocat général était le parrain du fils du principal prévenu) ; V. ég., Cass. crim., 27 juin 2000, n°00-80.571 ; Cass. crim., 22 mai 2001, n°00-83.793 (En l'espèce, le nom du substitut du procureur général qui représentait le ministère public à l'audience avait été cité dans l'ouvrage incriminé) ; Cass. crim., 22 janv. 2002, n°00-87.322, n°00-87.323 et n°00-87.324 (En l'espèce, le représentant du ministère public s'était opposé violemment à plusieurs reprises à l'un des co-accusés, qui l'avait cité plusieurs fois dans l'ouvrage litigieux) ; Ass. plén., 15 juin 2012, *Bull.* n°1 (Le procureur de la République qui avait rendu ses réquisitions à l'issue de l'information, et dont l'ordonnance de renvoi s'était largement inspirée, était un proche d'une des parties civiles, ce qui faisait peser, au moins en apparence, un manque d'impartialité sur sa décision).

¹²³⁹ Cass. crim., 29 févr. 1996, n° 95-82648 et 95-84967, *Bull.* n° 99.

413. L'espoir d'une évolution de la jurisprudence -. Au lendemain de la loi de 2013, certains auteurs avaient présagé que le devoir d'impartialité des magistrats du parquet, désormais explicitement affirmé, aurait une incidence sur l'analyse de la Haute juridiction. En ce sens, Messieurs les Professeurs Guinchard et Buisson estimaient que l'inscription de cette exigence à l'article 31 du CPP n'était que la traduction du précepte européen suivant lequel « il ne suffit pas que la justice soit rendue, il faut encore que l'on ait le sentiment qu'elle ait été rendue », ce qui devait inviter la Cour à infléchir sa jurisprudence et à admettre, lorsque les doutes sur l'impartialité du parquetier sont avérés, que ce motif puisse être opérant¹²⁴⁰.

414. Tel n'a pas été le parti pris par la Haute juridiction, qui a une nouvelle fois confirmé sa position habituelle dans un arrêt du 9 mars 2016¹²⁴¹. Le demandeur au pourvoi, mis en cause pour avoir modifié ses notes sur la base de données de l'université, celles de sa sœur et celles d'une amie, avait excipé de la nullité de la procédure au motif que les deux procureurs près le tribunal devant lequel il avait été poursuivi dispensaient des enseignements au sein de cette université et, qu'en conséquence, leur impartialité était sujette à caution. Au soutien de la solution rendue, on convient que l'exigence d'impartialité, explicitement formulée à l'article 6§1 de la Convention européenne, sur lequel s'était fondé le requérant, a été développée à propos du « *tribunal* » et non de l'autorité qui enquête et qui poursuit. Aussi, cet impératif n'est-il pas extensible aux magistrats du ministère public¹²⁴². La confirmation de cette solution participe toutefois de la relativisation de l'exigence de l'article 31 du CPP puisque, en l'état de la jurisprudence, une méconnaissance de ce devoir ne semble pouvoir emporter aucune sanction procédurale.

¹²⁴⁰ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n°434, p. 400.

¹²⁴¹ Cass. crim., 9 mars 2016, n°14-86.795 (inédit), *RSC* 2016. 540, obs. J. FRANCILLON ; *Ibid.* 2017, p. 87, obs. A. GIUDICELLI.

¹²⁴² V. not., P. NERSAC, « Les garanties d'impartialité du juge répressif », *JCP* 1978, I, 2890, n° 5 ; J. PRADEL, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *RSC* 1990, p. 696 ; G. YILDIRIM, « Avocat général et parrain ou pourquoi la garantie d'impartialité de l'article 6§1 de la Convention EDH ne vise que les juges », *D.* 1999. 246 ; S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction » *in Code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Université Panthéon-Assas (Paris II), p. 256, spéc., p. 282 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n°434, p. 400.

415. « Symbolique »¹²⁴³, « incantatoire »¹²⁴⁴, « parcellaire »¹²⁴⁵ voire « inutile »¹²⁴⁶ ont été autant de qualificatifs employés à propos de la loi du 25 juillet 2013. Elle ne ferait que s'ajouter aux nombreuses autres lois « qui n'agissent pas sur les “comportements concrets” mais sur les “représentations psychologiques”, et dont on se demande si elles ne sont pas précisément adoptées parce qu'elles seront dénuées d'efficacité réelle. [...] Ni l'indépendance, ni l'impartialité des magistrats en charge du ministère public [conclut l'auteur] ne sortent renforcées après l'entrée en vigueur de ce texte »¹²⁴⁷, puisque leur affirmation plus explicite ne s'est pas accompagnée des garanties nécessaires à leur effectivité. En dépit des améliorations récentes, la marginalisation de l'information judiciaire et donc de son juge engendrerait nécessairement un affaiblissement des garanties du justiciable qui ne trouve pas dans le parquetier un magistrat présentant les qualités exigées du magistrat instructeur. Cette conclusion ne peut être tempérée par l'intervention d'un juge du siège au cours de l'enquête car l'effectivité de son contrôle sur les actes de l'enquête demeure sujette à discussion.

¹²⁴³ J. ALIX, « Les hésitations de la politique criminelle », préc.

¹²⁴⁴ A. GIUDICELLI, « Principe d'impartialité : comment l'appliquer au ministère public ? », préc.

¹²⁴⁵ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institutions du ministère public. Etude comparative France-Angleterre*, *op. cit.*, n°490, p. 482.

¹²⁴⁶ E. BONIS-GARÇON et O. DECIMA, « Grâce et disgrâce des instructions hiérarchiques. - À propos de la loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique », préc.

¹²⁴⁷ J. ALIX, « Les hésitations de la politique criminelle », préc.

§2^d- La question persistante de l'effectivité du contrôle du juge des libertés et de la détention sur les actes de l'enquête

416. La doctrine dépeint classiquement le JLD comme un « alibi universel »¹²⁴⁸, une « caution judiciaire »¹²⁴⁹, un « béni-oui-oui [plutôt qu'un] terminator »¹²⁵⁰, un « trompe l'œil »¹²⁵¹, un « juge de papier »¹²⁵², un « mythe »¹²⁵³ ou encore un « imposteur »¹²⁵⁴. Elle souligne ainsi le manque d'efficacité et d'effectivité du contrôle de ce juge dont les attributions, essentiellement cantonnées à la détention provisoire à l'origine, se sont multipliées au rythme du renforcement des moyens d'investigation dans l'enquête de police. Il serait plutôt un moyen de légitimer, conformément aux exigences constitutionnelles, l'édiction de nouvelles atteintes aux libertés individuelles qu'un moyen de protéger ces dernières¹²⁵⁵, « une simple chambre d'enregistrement apposant son cachet sur les requêtes qui lui sont transmises »¹²⁵⁶. Il faut probablement convenir que le contrôle du JLD sur les actes de l'enquête n'a pas été placé sous les meilleurs auspices. Ni les conditions matérielles de son intervention, ni les obligations mises à sa charge n'autorisent un contrôle pleinement effectif. Les précisions récemment apportées par le législateur et la Cour de cassation en la matière, censées donner à ce contrôle davantage d'effectivité (A), n'ont qu'une portée toute relative (B).

¹²⁴⁸ P. CONTE, « Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. pén.* 2009, ét. 11.

¹²⁴⁹ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention*, thèse préc., n°543, p. 257.

¹²⁵⁰ B. LAVIELLE et F. LEBUR, « Le juge des libertés et de la détention : béni-oui-oui ou terminator ? », *Gaz. Pal.* 27-28 juil. 2001, II, doct. p. 1168.

¹²⁵¹ B. DE LAMY, « Le juge des libertés et de la détention : un trompe l'œil ? », *Dr. pén.* 2007, étude 13.

¹²⁵² Y. GAUDEMET, in MINISTÈRE DE LA JUSTICE ET DES LIBERTÉS, Rapport du Groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale, mai 2010, [En ligne], disponible sur le site www.u-paris2.fr, spéc., p. 38.

¹²⁵³ Selon l'expression de M^e Pascale Pouille-Deldicque, in Rapport n°1325, fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 juin 2006, Présenté par P. HOUILLON et A. VALINI, spéc. p. 224.

¹²⁵⁴ J. VERGES, propos rapporté par Madame Le Monnier de Gouville, in P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention*, thèse préc.

¹²⁵⁵ V. not. P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention*, thèse préc., n°535 et s., pp. 251 et s. et n°1729, p. 677 (L'auteur indique que « [l]a compétence du juge des libertés, fruit d'accumulations éparses, semble en définitive davantage souligner la possibilité pour le législateur d'édicter une nouvelle atteinte aux libertés que la volonté de garantir une protection effective des libertés ») ; Y. CAPDEPON, « Quelle place pour le suspect ? », préc. n°22 et s., pp. 109 (L'auteur souligne que la juridictionnalisation de l'enquête « est orientée vers l'efficacité de l'enquête de police », c'est-à-dire conçue comme un outil au service de la manifestation de la vérité et non pas au service des intérêts du suspect. L'intervention du JLD est, ajoute-t-il, « à la fois la cause et la contrepartie de l'atteinte aux libertés individuelles des personnes suspectées ». En d'autres termes, « si l'on se sert du juge lors de l'enquête, c'est moins par égard pour les libertés individuelles que pour légitimer des procédures d'enquête qui sont de plus en plus attentatoires à ces mêmes libertés ») ; P. CONTE, « Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », préc. (L'auteur fait observer que l'hypertrophie de l'enquête et donc la possibilité de recourir, dans ce cadre, à des actes d'investigation qui n'apparaissaient jusqu'alors concevables que lorsqu'ils étaient confiés au juge d'instruction, s'est réalisée grâce à l'intervention du JLD, « alibi universel » de cette révolution procédurale).

¹²⁵⁶ S. CARRERE, « Le juge des libertés et de la détention : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.* 2014, n°233, p. 27 (L'auteur s'opposant cependant à cette vision du JLD).

A. Les améliorations récentes

417. Ni le législateur, ni la chambre criminelle ne sont restés insensibles à l'ineffectivité, souvent dénoncée, du contrôle du JLD sur les mesures décidées lors d'une enquête. L'un a cherché à pallier l'inadaptation des conditions matérielles de son intervention (1). L'autre s'est attachée à renforcer son degré d'exigence, précisant les obligations mises à sa charge (2).

1) *L'amélioration des conditions matérielles de son intervention*

418. L'inadaptation des conditions dans lesquelles le JLD intervient a été largement mise au jour (a). Le législateur n'est pas demeuré insensible à cette problématique, en adaptant le statut du JLD à la progression de ses attributions, les fragilités de cette seule évolution ont déjà été soulignées (b).

a) La mise au jour de l'inadaptation des conditions matérielles de son intervention

419. Dans sa thèse de doctorat, consacrée au juge des libertés et de la détention, Madame Le Monnier de Gouville offre un état des lieux détaillé des conditions matérielles dans lesquelles le JLD exerce ses missions et des répercussions qui en découlent sur l'effectivité du contrôle que le juge est en mesure d'opérer, avant d'appeler à une réforme d'ensemble de son statut et de son rôle¹²⁵⁷.

420. Le choix initial d'une fonction accessoire, exercée par un juge de rang élevé -. Le législateur a initialement opté, malgré la technicité du contentieux relevant de son office, pour un juge désigné parmi ceux ayant le rang de président, de premier président ou de vice-président (C.P.P., *anc.* article 137-1) et exerçant donc la fonction de « juge de la détention »¹²⁵⁸ à titre accessoire. L'ambition avait été, conformément au projet de loi déposé par Madame Guigou¹²⁵⁹, de s'assurer que les décisions relatives à

¹²⁵⁷ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention, entre présent et avenir*, thèse, Paris II, 2011, n°939 et s., pp. 430 et s.

¹²⁵⁸ C. LAZERGES, Rapport n°1478, préc., spéc., p. 35.

¹²⁵⁹ E. GUIGOU, Projet de loi n°1079 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, préc., Exposé des motifs, p. 8.

la détention provisoire, « mesure considérée à juste titre comme la plus attentatoire à la présomption d'innocence », reviennent à un magistrat expérimenté et, ainsi, de soumettre la demande du juge d'instruction « à une personnalité disposant d'une certaine autorité morale »¹²⁶⁰. Ce devait être un gage « d'impartialité et d'objectivité » de la décision prise¹²⁶¹.

421. Les conséquences insidieuses de l'incompatibilité fonctionnelle insérée à l'article 137-1 du CPP sur la désignation du magistrat exerçant ces fonctions -. Justifié, le choix du législateur avait cependant rapidement montré ses limites. Par souci de satisfaire à l'exigence européenne d'impartialité qui peut être mise en doute lorsqu'un magistrat est amené à exercer différentes fonctions au cours d'une même procédure¹²⁶², le législateur avait parallèlement instauré une incompatibilité fonctionnelle¹²⁶³, circonscrite, par la jurisprudence, à l'intervention du JLD dans le cadre de la détention provisoire au cours d'une information¹²⁶⁴ (C.P.P., article 137-1, *in fine*). Si nous ne pouvons reprocher au législateur d'avoir voulu satisfaire aux exigences européennes – bien que la jurisprudence de la Cour paraisse moins intransigente¹²⁶⁵ parce qu'elle fait davantage cas des circonstances concrètes de l'affaire, en particulier de l'impression d'un « préjugement »¹²⁶⁶ -, ces dispositions avaient une incidence

¹²⁶⁰ C. LAZERGES, Rapport n°1478, préc., spéc., p. 35.

¹²⁶¹ *Ibid.*, p. 127.

¹²⁶² Ainsi, notamment, lorsqu'un juge participant au jugement d'une affaire est préalablement intervenu en qualité de juge d'instruction et a notamment décerné un mandat d'arrêt contre l'intéressé (CEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber c. Belgique*, req. n°9186/80 (§§ 8 et s., 15 et s., 29 et s.)). De même, l'impartialité fonctionnelle du juge est sujette à caution lorsqu'ayant statué sur la détention du requérant et exprimé « un préjugement sur la réalité et l'ampleur de la culpabilité » de l'intéressé à cette occasion, il connaît ultérieurement du bien-fondé de l'accusation en tant que juge de jugement (CEDH, 22 avr. 2010, *Chesne c. France*, req. n°29808/06 (§§34 et s.)).

¹²⁶³ Ces dispositions rappellent celles insérées à l'article 49 du CPP.

¹²⁶⁴ V. not., Cass. crim. 16 mai 2007, *Bull. crim.* n°128, *AJ pén.* 2007. 386, obs. C. SAAS ; *Dalloz actualité*, 21 juin 2007, obs. A. DARSONVILLE. Relevons cependant que cette incompatibilité ne joue pas lorsque le JLD se prononce sur la détention d'un prévenu détenu dans l'attente de sa comparution selon la procédure de comparution immédiate. Dans une circulaire du 3 mai 2002, la Chancellerie a en effet précisé que « rien de ne s'oppose à ce que le JLD ayant statué sur la détention puisse siéger par la suite dans la formation de jugement qui connaîtra de l'affaire au fond », ce qui est vivement discuté par une partie de la doctrine au regard de l'exigence d'impartialité (V. en ce sens, M. HUYETTE, « JLD, comparution immédiate et procès équitable », *D.* 2003, chron. p. 1453 ; P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention, entre présent et avenir*, thèse préc., p. 436).

¹²⁶⁵ Initialement, la Cour avait adopté une conception intransigente de l'impartialité fonctionnelle, en ce sens que tout magistrat ayant eu à connaître d'une affaire à un quelconque titre durant la phase préparatoire du procès devait se voir interdire de siéger en tant que juge de jugement (V. not., CEDH, *Piersack c. Belgique*, Req. n°8692/79, *JDI* 1985.210, obs. M. ROLLAND et P. TAVERNIER ; CEDH, *De Cubber c. Belgique*, Req. n°9186/80 (§§ 8 et s., 15 et s., 29 et s.)). Dès l'arrêt *Hanschildt contre Pays-Bas*, qui constitua un tournant dans la jurisprudence de la Cour, les juges européens ont abandonné cette conception au profit d'une analyse plus fine des circonstances concrètes (CEDH, 24 mai 1989, *Hanschildt c. Pays-Bas*, req. n°10486/83 (§50), *JDI* 1990.727, obs. ROLLAND ET TAVERNIER). Sur cette évolution, V. not., R. DE GOUTTES, « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité », *RSC* 2003, p. 63.

¹²⁶⁶ Ainsi a-t-elle estimé que la participation de deux juges qui avaient eu à connaître de la remise en liberté du requérant en tant que membres de la chambre d'accusation n'a pas porté atteinte à l'impartialité de la chambre des appels correctionnels dans laquelle ils ont par la suite siégé, dès lors que les juges s'étaient bornés « à apprécier sommairement les données disponibles » (CEDH, 16 déc. 1992, *Sainte-Marie c. France*, req. n°12981/87 (§§32 et s.), *D.* 1993, somm. 384, obs. J.-F. RENUCCI). En revanche, elle jugé que lorsqu'une décision prise par un juge dans le

pratique considérable. Elles posaient en effet d'incontestables difficultés dans les juridictions ne comptant pas « au moins trois magistrats de ce rang [:] deux pour accomplir une permanence alternée en qualité de juge de la [sic] liberté et de la détention, et un pour juger l'audience au fond »¹²⁶⁷. Le législateur a modifié l'article 137-1 du CPP en conséquence¹²⁶⁸, précisant qu'« [e]n cas d'empêchement du juge des libertés et de la détention désigné et d'empêchement du président ainsi que des premiers vice-présidents et des vice-présidents, le juge des libertés et de la détention est remplacé par le magistrat du siège le plus ancien dans le grade le plus élevé, désigné par le président du tribunal de grande instance ». Aussi, la fonction de JLD, initialement dévolue à des magistrats de rang élevé afin de garantir un contrôle plus serein, pouvait désormais l'être à des magistrats d'un rang moins élevé, ce qui a tempéré les ambitions initiales de la loi du 15 juin 2000.

422. Par ailleurs, si le caractère accessoire de l'exercice de la fonction de JLD était supportable lorsque ses attributions étaient circonscrites, elle est devenue moins soutenable à mesure de la diversification de ses missions dans et en dehors de la matière pénale¹²⁶⁹. Les conséquences insidieuses du caractère accessoire de cette fonction devaient surtout être soulignées.

423. Les conséquences d'une fonction exercée à titre accessoire -. Différents rapports ont relevé que les juges des libertés et de la détention en activité sont souvent des magistrats récemment arrivés au sein de la juridiction et n'ayant pas nécessairement une connaissance approfondie de la procédure pénale¹²⁷⁰. Ceci paraissait s'expliquer tant par l'incompatibilité fonctionnelle rappelée que par le peu d'attrait des magistrats à l'égard de cette fonction. En effet, celle-ci est généralement considérée comme peu attrayante, voire ingrate, puisqu'elle impose au juge de trancher rapidement des dossiers qu'il ne peut pleinement maîtriser faute de temps et de suivi. Le rapport du Groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement

cadre de l'exercice de ses fonctions antérieures manifeste un « préjugement », il y a violation de l'article 6§1 de la Convention (CEDH, *Chesne c. France*, préc.).

¹²⁶⁷ J.-M. COULON, « Entrée en vigueur de la loi 'présomption d'innocence', interview par. P. Rance », *D.* 2000, n° 42, Act. 5 ; V. ég., B. LAVIELLE et F. LEBUR, « Le juge des libertés et de la détention : béni-oui-oui ou terminator », préc.

¹²⁶⁸ J.-L. WARSMANN, Rapport n°856, t. 1, préc., p. 26.

¹²⁶⁹ Etude d'impact préalable à la loi n°2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats, ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, NOR : JUSB1514050L/Bleue-1 ; V. ég., D. REBUT, « La nécessaire reconnaissance du statut du JLD », *JCP éd. G.*, 15 fév. 2017, doct. 209.

¹²⁷⁰ J.-O. VIOUT (sous la dir. de), *Rapport du Groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite « d'Outreau »*, La Documentation française, fév. 2005, p. 37 ; V. ég., J. DRAY (sous la dir. de), *Rapport d'évaluation de l'application et des conséquences sur le déroulement de la procédure diligentée par les services de police et de gendarmerie des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes*, Rapport pour le Premier ministre, La Documentation française, 19 déc. 2001, p. 39 (Il y est constaté que les JLD « ne sont pas toujours spécialisés en droit pénal alors qu'ils se prononcent sur des affaires de ce type, souvent complexes »).

judiciaire de l'affaire dite d'Outreau avait déjà observé que, dans ces circonstances, l'attribution de cette fonction donnait lieu « à des négociations entre les vice-présidents et le chef de juridiction aux termes desquelles garantie [était] donnée qu'une priorité sera accordée au juge des libertés et de la détention pour changer de fonction et obtenir une affectation conforme à ses vœux, dès la nomination d'un nouveau vice-président dans la juridiction »¹²⁷¹. Plus récemment, le rapport sur *Le juge du XXI^e siècle* établi sous la direction du conseiller Delmas-Goyon a dressé le même constat¹²⁷². Or, si l'exercice d'une fonction « subie » est en soi dérangeant, l'intervention de juges peu aguerris à la matière pénale n'était pas non plus sans risque sur la procédure en cours : faute de connaissances et de maîtrise suffisantes, la procédure pouvait devenir le terrain privilégié des avocats puisant dans ses éventuelles irrégularités, les failles nécessaires à la défense de leurs clients¹²⁷³.

424. En outre, faute de spécialisation de la fonction, les juridictions avaient dû organiser le fonctionnement du service du JLD. Or, à défaut de précision dans la loi, elles y avaient procédé de différentes façons. Madame Le Monnier de Gouville a fait observer que les unes avaient opté pour un système de roulement (les quelques magistrats investis de cette fonction intervenaient en début de semaine, les autres en milieu de semaine, chacun étant d'astreinte en fin de semaine par roulement), d'autres pour un système de segmentation des contentieux, voire d'un même contentieux (dans certaines juridictions, certains magistrats intervenaient pour le placement en détention, d'autres pour le suivi ultérieur du dossier), d'autres, enfin, pour un système mixte mêlant roulement et segmentation. Or, tous ces systèmes d'organisation, commandés par les nécessités de la pratique, suscitaient un évident scepticisme. Au-delà de la variabilité de ces modalités, qui pose la question de la cohérence d'ensemble, toutes impliquaient l'éclatement du contrôle du JLD au détriment d'une vision globale de la procédure¹²⁷⁴, déjà mise à mal par le caractère sporadique de l'intervention de ce juge¹²⁷⁵.

425. Dans ces circonstances, le constat de l'insuffisante effectivité du contrôle du JLD était unanime. Il avait été dressé à propos du contrôle du juge des libertés et de la détention sur le placement et le maintien en détention puisque « qui mieux que le juge d'instruction, connaît le dossier, évalue à sa juste mesure la nécessité de recourir à une

¹²⁷¹ J.-O. VIOU (sous la dir. de), *Rapport du Groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite « d'Outreau »*, pp. 37-38.

¹²⁷² P. DELMAS-GOYON (sous la prés. de), « Le juge du 21^e siècle » Un citoyen acteur, une équipe de justice, déc. 2013, spéc. pp. 53 et s.

¹²⁷³ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention*, thèse préc., n°955, p. 435.

¹²⁷⁴ *Ibid.*, n°974 et s., pp. 441 et s.

¹²⁷⁵ V. not., P. DELMAS-GOYON (sous la prés. de), « Le juge du 21^e siècle » Un citoyen acteur, une équipe de justice, déc. 2013, spéc., p. 53.

mesure privative de liberté, généralement soutenue par des réquisitions en ce sens du procureur »¹²⁷⁶. En définitive, l'intervention du JLD ne pouvait être de nature à cantonner le recours excessif à la privation de liberté¹²⁷⁷, ni à freiner une machine judiciaire qui s'emballe¹²⁷⁸. Cette observation paraissait confortée par le taux de confirmation particulièrement élevé des demandes de placement en détention¹²⁷⁹. Le même constat a été formulé à propos du contrôle du JLD sur les actes de l'enquête de police puisque « comment ce(s) juge(s) « isolé(s) », investi(s) de missions nombreuses et hétérogènes dans et en dehors du contentieux pénal, souvent peu aguerri(s) à la matière pénale, sollicité(s) en urgence, de façon intermittente et n'ayant, en pratique, qu'un accès limité au dossier de la procédure, pouva(en)t-il(s) être « autre chose » qu'une chambre d'enregistrement des sollicitations du parquet¹²⁸⁰, maître d'œuvre de l'enquête ?

426. Il faut probablement relativiser l'idée que le taux de confirmation ou d'acceptation des demandes du juge d'instruction ou du procureur de la République, selon le cas, est révélateur de l'insuffisante efficacité du contrôle opéré par le JLD. Il peut, à notre avis, aussi bien révéler le bon fonctionnement de la « chaîne pénale ». Dans l'enquête, qui nous préoccupe ici davantage, le procureur de la République occupe, il est vrai, une place particulière puisqu'il est à ce stade une autorité de poursuite « en puissance » en principe tenue, conformément à l'aspect procédural du principe de présomption d'innocence, d'apporter la preuve des accusations portées. Il n'en reste pas moins un magistrat, recruté dans les mêmes conditions que ses pairs du siège, formé au sein de la même école, tenu par le même serment, soumis aux mêmes obligations déontologiques et aux mêmes principes directeurs. Aussi, le taux d'acceptation de ces sollicitations peut-il également révéler la juste application des principes au respect desquels le procureur est naturellement obligé, en particulier les principes de nécessité et de proportionnalité des mesures pour lesquelles il sollicite l'autorisation du JLD. Il y aurait à nos yeux autant matière à s'interroger si le JLD s'opposait constamment aux demandes du parquet. Face à la constance de la critique et au peu d'attrait pour cette fonction, le législateur est intervenu pour améliorer les conditions dans lesquelles ce juge exerce ses attributions, suivant en cela la position de la doctrine majoritaire¹²⁸¹.

¹²⁷⁶ P. HOUILLON et A. VALLINI, Rapport n°1325, préc., p. 223.

¹²⁷⁷ *Ibid.*, p. 263.

¹²⁷⁸ *Ibid.*, p. 223.

¹²⁷⁹ *Ibid.* (Les auteurs du rapport relevaient que le taux de confirmation des demandes de placement en détention atteignait, selon les données communiquées par la Chancellerie, 92% en 2001, 89,9 en 2003 et 89,7% en 2004).

¹²⁸⁰ V. not., CNCCH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, préc., n°13 ; V. ég. (entre autres), B. DE LAMY, « Le juge des libertés et de la détention : un trompe l'oeil ? », préc.

¹²⁸¹ V. not., CNCCH, *Avis sur la réforme de la procédure pénale*, 10 juin 2010, spéc. p. 7, et *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, 29 avr. 2014, spéc. pp. 7-8 ; J. LEBLOIS-HAPPE, « Enquête pénale. Avis sur la refondation de l'enquête pénale »,

b) Les adaptations récentes

427. Les conséquences insidieuses de l'absence de spécialisation statutaire du JLD -. Les implications du caractère accessoire de l'exercice de la fonction de JLD sur l'effectivité du contrôle ont encouragé une évolution en ce sens. Les conséquences insidieuses de l'absence de spécialisation statutaire y ont également participé. Dans le dispositif initial instauré à l'article 137-1 du CPP, le JLD était désigné par une décision du président de la juridiction. Corrélativement, il pouvait être déchargé de cette fonction dans les mêmes conditions, ce qui avait laissé entrevoir le risque d'un dévoiement du pouvoir d'affectation pour tenter d'influer sur les décisions du magistrat¹²⁸². Le Syndicat de la magistrature tout comme l'Union syndicale des magistrats avaient ainsi souligné que le statut du JLD était insatisfaisant puisqu'il ne lui conférait pas les garanties d'indépendance qui devraient être attachées aux fonctions qu'il exerçait¹²⁸³. Le premier ajoutait que « [s]i le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège les protège [certes] contre le risque d'un déplacement arbitraire dans une autre juridiction, [les JLD] restent en revanche singulièrement démunis face au risque d'un changement d'affectation au sein de la juridiction à laquelle ils appartiennent »¹²⁸⁴, invitant alors le législateur à spécialiser la fonction.

428. La spécialisation de la fonction par les lois des 8 août et 18 novembre 2016 -. L'évolution s'est opérée avec la loi organique n°2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats, ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature¹²⁸⁵, complétée par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Celles-ci ont fait de la fonction de JLD une fonction statutaire ou « un “vrai” juge »¹²⁸⁶, nommé, comme les autres magistrats spécialisés, par décret du président de la République après avis de la formation compétente du CSM parmi les magistrats du premier grade ou hors hiérarchie (art. 28-3, Ord. n°58-1270, 22 déc. 1958 relative au

in C. LAZERGES (sous la dir.), *Les grands avis de la CNDCH*, Dalloz, n°28, p. 360 ; P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention*, thèse préc., n°989 et s., pp. 445 et s.

¹²⁸² SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, Observations devant la mission relative à l'enquête pénale, *in* J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale, op. cit.*, Annexe 15 ; Etude d'impact préalable à la loi n°2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats, ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, préc., p. 57.

¹²⁸³ SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, Observations devant la mission relative à l'enquête pénale, *in* J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., Annexe 15 ; USM, Mission visant à réformer l'architecture de l'enquête pénale, *in* J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., Annexe 18.

¹²⁸⁴ SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, Observations devant la mission relative à l'enquête pénale, *in* J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., Annexe 15.

¹²⁸⁵ JORF, 11 août 2016, texte 1, RSC 2016, p. 828, com. G. BEAUSSONIE.

¹²⁸⁶ J. LEBLOIS-HAPPE, « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et la mise en état des affaires pénales - *quo vadis ?* », *D.* 2017, p. 873.

statut de la magistrature), pour une durée de dix ans au plus dans le même ressort (*ibid.*). En cas d'absence, il est remplacé par l'un de ses collègues ou par un juge non spécialisé du même tribunal conformément au nouvel article 137-1-1 du CPP.

429. L'apport attendu de la spécialisation du JLD -. Ces nouvelles modalités doivent lui assurer l'indépendance requise dans l'exercice de ses fonctions et rompre avec la pratique courante consistant à affecter à ces postes les derniers magistrats arrivés¹²⁸⁷. Elle doit ainsi garantir que la fonction de JLD n'est plus une fonction « subie » mais une fonction choisie, dévolue aux seuls magistrats ayant postulé pour l'occuper¹²⁸⁸. La spécialisation doit encore assurer « la permanence des fonctions du JLD »¹²⁸⁹, considérée, à la lecture du dossier de présentation de la loi, comme « la suite logique de l'accroissement continu des pouvoirs qui lui sont donnés depuis sa création » et le signe d'une « véritable reconnaissance du rôle central de la fonction dans les juridictions »¹²⁹⁰. Elle suppose corrélativement que les magistrats concernés puissent se spécialiser dans leur fonction et bénéficier, à cette fin, d'une formation adéquate obligatoire¹²⁹¹. Il s'agit donc, d'une manière générale, de donner à ce juge la « sérénité [indispensable] à l'exercice de ses missions »¹²⁹² et à un contrôle plus certain et plus effectif. La loi de modernisation de la Justice du XXI^e siècle n'a toutefois pas clarifié son rôle, ni les obligations mises à sa charge. Or, cette précarité participe autant de l'observation selon laquelle le contrôle exercé par le JLD serait plutôt artificiel.

2) *Le renforcement des obligations mises à sa charge*

430. C'est au constat de la précarité des obligations mises à la charge du JLD que conduit la lecture des dispositions encadrant les attributions de ce juge et de la jurisprudence rendue en la matière (a). La chambre criminelle a néanmoins récemment renforcé ses exigences (b).

¹²⁸⁷ *Ibid.*

¹²⁸⁸ *Ibid.*

¹²⁸⁹ *Ibid.*

¹²⁹⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Dossier de présentation Justice21*, [En ligne], accessible à l'adresse [www.justice.gouv.fr/publication/j21_dossier_de_presentation.pdf], préc., spéc. p. 15.

¹²⁹¹ *Ibid.*

¹²⁹² Etude d'impact préalable à la loi n°2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats, ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, préc., p. 56.

a) Le constat de la précarité des obligations mises à la charge du juge des libertés et de la détention

431. La jurisprudence n'a pas pallié (β), dans un premier temps, la précarité des obligations légales mises à la charge du JLD (α).

α) La précarité des obligations légales

432. La lecture des dispositions du Code de procédure pénale inspire un sentiment de précarité des obligations mises à la charge du juge des libertés et de la détention, la plupart se révélant imprécises.

433. Le laconisme de la plupart des dispositions relatives aux attributions du JLD -. Certaines d'entre elles ne soumettent l'autorisation du JLD qu'à l'observation des « *nécessités de l'enquête* ». Elles n'apportent aucune autre précision sur ces « *nécessités* », ni ne font référence à la proportionnalité de la mesure envisagée. Les dispositions relatives aux interceptions de télécommunications (C.P.P., article 706-95¹²⁹³) ou encore à la géolocalisation (C.P.P., article 230-32) l'illustrent. Celles-ci se bornent à reproduire une formule sibylline selon laquelle la mesure concernée peut être mise en œuvre avec l'autorisation du JLD, saisi par le procureur de la République, lorsque les nécessités de l'enquête l'exigent. Elles n'astreignent donc pas le juge à apprécier, par exemple, la proportionnalité entre les conséquences du recours à la mesure au regard de la gravité de l'infraction ou à s'assurer qu'une mesure moins intrusive permettrait d'obtenir le résultat souhaité, s'inscrivant là en retrait de certains instruments européens¹²⁹⁴. Finalement, le seul encadrement procède du domaine d'application des mesures les plus intrusives ou coercitives, limité à certaines infractions graves et/ou complexes relevant de la délinquance et de la criminalité organisée ou de la délinquance économique et financière (C.P.P., articles 706-1-1 et 706-73¹²⁹⁵) ou à certaines infractions énumérées (C.P.P., article 230-32).

¹²⁹³ Calqué sur le régime des interceptions de télécommunications dans le cadre d'une information judiciaire auquel l'article 706-95 renvoie, la loi ajoute simplement que l'autorisation du juge doit comporter « *les éléments d'identification de la liaison à intercepter, l'infraction qui motive le recours à l'interception ainsi que la durée de celle-ci* » (C.P.P., article 100-1).

¹²⁹⁴ Recommandation 2005(10) relative aux « techniques spéciales d'enquête » en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme, préc., points 5 et 6.

¹²⁹⁵ Saisis de la constitutionnalité des dispositions de la loi Perben 2 instaurant la procédure dérogatoire en matière de criminalité et de délinquance organisées, le Conseil constitutionnel a été amené à apprécier la gravité et la complexité des infractions alors mentionnées à l'article 706-73 du CPP. Il a estimé sous les réserves énoncées à propos de certaines d'entre elles, que « *les infractions retenues par l'article 706-73 sont suffisamment graves et complexes pour que le législateur ait pu fixer, en ce qui les concerne, des règles spéciales de procédure pénale* » (Cons. const., Déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, préc., consid. 17 à 19).

434. D'autres ne font pas même référence aux « *nécessités de l'enquête* ». Les articles 60-2 et, par renvoi, 77-1-2 du CPP relatifs aux réquisitions adressées aux opérateurs de télécommunications aux fins de la conservation des contenus consultés par les utilisateurs des services qu'ils fournissent en sont révélateurs. Ceux-ci prévoient simplement que « *[l']officier de police judiciaire, intervenant sur réquisition du procureur de la République préalablement autorisé par ordonnance du juge des libertés et de la détention, peut requérir des opérateurs de télécommunications [...] de prendre, sans délai, toutes mesures propres à assurer la préservation, pour une durée ne pouvant excéder un an, du contenu des informations consultées [...]* ».

435. Les précisions, variables, contenues dans certaines dispositions seulement -. Seules certaines dispositions s'avèrent plus explicites en la matière, imposant une autorisation motivée. L'examen de ces différents textes témoigne cependant qu'au-delà de l'évocation de cette exigence, les conditions prévues par la loi varient significativement. Ainsi, les articles relatifs aux perquisitions sans l'assentiment de l'occupant des lieux en enquête préliminaire (C.P.P., article 76, al. 4) ou de nuit (C.P.P., 706-92) sont les plus précis. Ces dispositions soumettent le JLD à une exigence de motivation spéciale, précisant que la décision doit être motivée « *par référence aux éléments de fait et de droit* » justifiant la nécessité de la mesure envisagée. D'autres, en revanche, si elles formulent cette exigence de motivation, ne précisent pas les éléments au regard desquels le juge doit se prononcer. Les articles relatifs à l'accès à distance aux correspondances stockées par la voie de communications électroniques accessibles au moyen d'un identifiant informatique (C.P.P., article 706-95-1), à l'ISMI-catcher (C.P.P., article 706-95-6), aux sonorisations de lieux et fixation d'images (C.P.P., article 706-97¹²⁹⁶) ou encore à la captation de données informatiques (C.P.P., article 706-102-1¹²⁹⁷) l'illustrent. Les dispositions relatives à la prolongation exceptionnelle d'une garde à vue au-delà de quarante-huit heures ne sont pas plus précises, prévoyant uniquement que « *[c]es prolongations [exceptionnelles] sont autorisées, par décision écrite et motivée [...] à la requête du procureur de la République, par le juge des libertés et de la détention* » (C.P.P., article 706-88, al. 2). Le seul encadrement légal ressort donc de son domaine d'application tel que précisé par le Conseil constitutionnel¹²⁹⁸, et des précisions sommaires de l'article préliminaire du Code de procédure pénale.

¹²⁹⁶ Dans sa rédaction issue de la loi du 3 juin 2016.

¹²⁹⁷ L'article 706-102-3 prévoit uniquement, sur le modèle de ce qui est prévu en matière d'interception de télécommunications, qu'« *[à] peine de nullité, la décision du juge des libertés et de la détention ou du juge d'instruction prise en application des articles 706-102-1 et 706-102-2 précise l'infraction qui motive le recours à ces opérations, la localisation exacte ou la description détaillée des systèmes de traitement automatisé de données ainsi que la durée des opérations* ».

¹²⁹⁸ Cons. Const., Déc. n° 2013-679 DC, 4 déc. 2013, préc., (consid. 77) ; Cons. Const., Déc. n° 2014-420/421 QPC du 9 octobre 2014, préc., (consid. 13) ; Cons. Const., Déc. n° 2015-508 QPC du 11 décembre 2015, préc., (consid. 14).

436. La chambre criminelle, qui aurait pu trouver dans les exigences conventionnelles le moyen de préciser les obligations du JLD lorsqu'il autorise une mesure intrusive ou particulièrement coercitive, n'a pas immédiatement remédié à ces imprécisions. Au contraire, elle a parfois témoigné d'une certaine indulgence dans des hypothèses où la loi semblait être plus stricte. A la précarité des obligations légales, s'est donc adjointe, dans un premier temps, la bienveillance de la chambre criminelle.

β) L'indulgence initiale de la chambre criminelle

437. Deux arrêts ont spécifiquement illustré la bienveillance de la Haute juridiction à l'égard des prévisions légales et de leur application.

438. L'absence de toute obligation de motivation là où la loi ne la prévoit pas -. Dans le premier arrêt, rendu le 27 septembre 2011¹²⁹⁹, la Cour de cassation est demeurée fidèle à une interprétation littérale des textes. Le demandeur au pourvoi faisait grief à l'arrêt attaqué, s'appuyant notamment sur les exigences de l'article 8 de la Convention européenne, d'avoir rejeté une exception de nullité tirée l'absence de motivation, par le JLD, de ses décisions autorisant à ce qu'il soit procédé à différentes interceptions de télécommunications dans le cadre d'une enquête portant sur un trafic de stupéfiants. La chambre de l'instruction avait rappelé qu'en application de l'article 706-95 du CPP, le juge des libertés et de la détention pouvait, à la requête du procureur de la République, autoriser l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances téléphoniques selon les modalités prévues par les articles 100, alinéa 2, 100-1 et 100-3 à 100-7 du CPP, pour une durée de quinze jours, renouvelable une fois dans les mêmes conditions de formes et de durée et qu'il n'avait pas à motiver sa décision. Elle rappelait d'ailleurs que sa décision n'avait pas de caractère juridictionnel et n'était susceptible d'aucun recours, avant d'ajouter que « *les deux conditions à l'ingérence que constitue une écoute téléphonique, c'est-à-dire 'être prévue par la loi' et 'poursuivre un but légitime nécessaire dans une société démocratique'* » imposées par l'article 8 de la Convention européenne avaient « *été en l'espèce respectées* ». En effet, « *les modalités des articles 100 à 100-7 du code de procédure pénale ont été respectées et [...] l'on se trouvait, en présence d'un trafic de stupéfiants, dans le champ d'application de l'article 706- 73 3° du même code* ».

Devant la chambre criminelle, le requérant avait argué, d'une part, qu'en rejetant l'exception de nullité au motif que la décision du JLD n'avait pas de caractère

¹²⁹⁹ Cass. crim., 27 sept. 2011, *Bull.* n°186 ; *D.* 2012. 263, note (critique) T. POTASZKIN ; *Ibid.*, 2118, obs. J. PRADEL (L'auteur approuve cette solution, estimant qu'outre l'inexistence d'une obligation de motivation explicite, "qu'en fait, la motivation ferait perdre trop de temps (dans des affaires par hypothèse graves) et risquerait d'être stéréotypée") ; *AJ pén.* 2012. 43, obs. C. GIRAULT.

juridictionnel et n'était donc susceptible d'aucun recours, la chambre de l'instruction avait méconnu les articles 6, 8 et 13 de la Convention ainsi que les articles préliminaire, 706-95, 100, 100-1, 100-3 à 100-7, 591 à 593 du CPP, imposant que « *la décision par laquelle le juge des libertés et de la détention autorise l'interception des correspondances émises par la voie des télécommunications doit être soumise à un recours efficace* ». Il avait estimé, d'autre part, qu'en relevant que les autorisations critiquées étaient suffisamment motivées par le respect des articles 100 à 100-7 et 706-73 du CPP alors qu'elles ne précisaient pas la nécessité d'effectuer les actes sollicités au regard de constatations précises et circonstanciées, la chambre de l'instruction avait violé les textes applicables.

L'argument développé par le requérant n'a pas convaincu la Haute juridiction, qui a jugé qu'en se déterminant comme ils l'ont fait, les juges du fond ont « *fait une exacte application des textes légaux susvisés, qui ne prévoient pas une telle motivation* ». Ainsi s'est-elle refusée à imposer au JLD une exigence de motivation particulière alors que la loi ne l'y obligeait pas. Un autre arrêt, il est vrai, pouvait témoigner que la Haute juridiction veillait, au contraire, au respect de l'exigence de motivation lorsqu'elle celle-ci s'imposait à la lecture des dispositions concernées¹³⁰⁰.

439. La bienveillance de la chambre criminelle lorsque la loi impose une autorisation motivée -. Un autre arrêt, rendu le 6 mars 2013¹³⁰¹, a manifesté la bienveillance de la chambre criminelle à l'égard de la mise en œuvre de l'exigence de motivation expressément prévue par la loi. Dans celui-ci, appelée à se prononcer sur le respect de l'exigence de motivation spéciale mise à la charge du JLD par l'article 76, alinéa 4 du CPP, la Cour a considéré qu'« *aucune disposition ne fait obstacle à ce que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention se réfère expressément à la requête présentée par le procureur de la République* » pour autant que « *celle-ci comporte toutes les indications exigées par le texte à peine de nullité* ». Si en se prononçant ainsi, la Cour a offert un solide argument à ceux qui dénoncent le caractère artificiel du contrôle du JLD, il reste cependant permis de nuancer cette conclusion. L'indulgence de la Haute juridiction à l'égard de l'exigence de

¹³⁰⁰ V., T. POTASZKIN, « Des écoutes téléphoniques placées sous le contrôle restreint du juge », *D.* 2012. 263 (à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 13 février 2008 (n° 07-87.458, *Bull.* n°40 ; *D.* 2008. 787 ; *AJ pén.* 2008, p. 193, obs. S. LAVRIC ; *RSC* 2008, p. 364, obs. R. FINIELZ ; *Ibid.*, p. 661, obs. J. BUISSON) rendu sur le fondement de l'article 706-96 du CPP, dans sa rédaction issue de la loi du 9 mars 2004, soumettant explicitement le juge à une exigence de motivation. En l'espèce, la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel qui, pour rejeter le moyen d'annulation pris de l'irrégularité des opérations de sonorisation effectuées dans une information distincte en raison de l'absence de commission rogatoire, avait estimé que les OPJ avaient régulièrement accompli les actes en exécution d'une commission rogatoire précédente. La Haute juridiction juge « *qu'en statuant ainsi, alors que ladite commission rogatoire, à laquelle l'opération de sonorisation du domicile d'André Z... était étrangère, ne répondait pas aux conditions fixées par l'article 706-96 du code de procédure pénale, qui impose au juge d'instruction non seulement de rendre une ordonnance motivée autorisant la sonorisation mais également de délivrer aux officiers de police judiciaire qu'il désigne une commission rogatoire spéciale, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision* ». Dans cette espèce cependant, l'insuffisante motivation de l'autorisation n'était pas précisément en cause.

¹³⁰¹ Cass. crim., 6 mars 2013, *D.* 2013, pan. 1993, obs. J. PRADEL ; *AJ pén.* 2013, p. 349, obs. J. PRONIER.

motivation ne signifie pas que le contrôle du JLD n'a pas, dans les faits, revêtu une certaine intensité¹³⁰². Et, il n'est pas non plus certain que le fait que le juge use d'autres formules ou d'autres termes que la requête du procureur atteste d'un meilleur contrôle. La chambre criminelle a toutefois accru son degré d'exigence sur ce point.

b) L'esquisse d'un renforcement de son degré d'exigence par la chambre criminelle

440. Plusieurs arrêts ont manifesté un renforcement du niveau d'exigence de la chambre criminelle à propos de l'impératif de motivation de l'ordonnance du JLD, lorsqu'il y est explicitement tenu. Si les deux arrêts rendus par la Haute juridiction le 23 novembre 2016¹³⁰³ sont les plus éclairants, un arrêt du 8 juillet 2015¹³⁰⁴ avait déjà initié ce mouvement.

441. Un premier mouvement en faveur d'un renforcement de ses exigences par la Cour : l'arrêt du 8 juillet 2015 -. S'il porte sur la motivation d'une ordonnance autorisant une perquisition de nuit prise par un juge d'instruction, les indications de la Cour n'en sont pas moins intéressantes. La Haute juridiction a censuré le raisonnement d'une chambre de l'instruction qui, pour rejeter le moyen de nullité pris de l'insuffisante motivation de l'ordonnance au regard des conditions prévues par le texte, s'était appuyée sur un rapport rédigé par un officier de police judiciaire dans lequel il était relaté qu'une livraison de stupéfiants était imminente. La chambre criminelle a rappelé « *qu'il résulte de ces textes que l'ordonnance [du juge] doit être spécialement motivée, en droit et en fait, au vu de l'urgence et au regard des conditions prévues aux 1° à 3° de l'article 706-91 de ce code* ». Aussi, « *en justifiant l'autorisation donnée par le juge d'instruction par des considérations extérieures à cet acte, alors que l'ordonnance n'était pas motivée au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure* » les juges du fond ont méconnu les articles 706-91 et 706-92 du CPP. L'absence d'une telle motivation qui, précise la Cour, « *interdit tout contrôle réel et effectif de la mesure* » fait, en effet, nécessairement grief aux intérêts de la personne concernée.

¹³⁰² S. CARRERE, « Le juge des libertés et de la détention : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », préc.

¹³⁰³ Cass. crim., 23 nov. 2016, n°15-83.649, à paraître au bulletin ; Cass. crim., 23 nov. 2016, n°16-81.904, à paraître au bulletin ; D. 2016. 2402 ; *Dalloz actualité*, 23 déc. 2016, obs. C. FONTEIX ; *AJ pénal* 2017, p. 43, obs. J.-B. THIERRY ; *Ibid.*, p. 76, obs. J.-B. THIERRY ; *Dr. pén.* 2017, comm. 13, obs. A. MARON et M. HAAS ; *JCP éd. G.*, 23 janv. 2017, 82, obs. J. PRADEL ; *Lexis Nexis 360°*, Dossiers d'actualité, 15 déc. 2016, obs. J.-Y. MARECHAL. V. ég., Note explicative jointe, accessible à l'adresse sur le site de la Cour de cassation.

¹³⁰⁴ Cass. crim., 8 juil. 2015, *Bull.* n°174, *Dalloz actualité*, 24 juil. 2015, obs. S. FUCINI.

442. La confirmation du renforcement de ses exigences : les arrêts du 23 novembre 2016 -. Deux arrêts rendus le 23 novembre 2016 manifestent plus nettement un relèvement du degré d'exigence de la Cour¹³⁰⁵. Dans le premier, relatif à l'exigence de motivation spéciale prévue par l'article 76, alinéa 4 du CPP, la Cour a en effet estimé nécessaire d'infléchir sa jurisprudence, jugeant que la simple référence à la requête du procureur de la République, qui n'est pas toujours jointe à l'ordonnance du juge, ne constituait pas une garantie suffisante contre une atteinte disproportionnée à la vie privée des personnes concernées et ne permettait donc pas de s'assurer de l'effectivité du contrôle du juge imposé par la loi. C'est pourquoi, elle a considéré que pour répondre aux exigences formulées, l'ordonnance du JLD devait être spécialement motivée, en droit et en fait, par des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure et justifiant de la nécessité des opérations autorisées. Pour la Haute juridiction, cette « *motivation adaptée et circonstanciée [prévue par l'article 76 du CPP] s'impose au regard des droits protégés par la Convention européenne [...]* ». Le renforcement de ses exigences se justifie également par « *l'évolution du statut et du rôle juridictionnel du juge des libertés et de la détention voulue par le législateur* »¹³⁰⁶.

443. Dans la seconde affaire, le demandeur au pourvoi a excipé de la nullité de l'ordonnance du JLD autorisant la prolongation d'une garde à vue au motif qu'elle n'était pas suffisamment motivée¹³⁰⁷. Statuant pour la première fois sur la conformité de la pratique consistant, pour le JLD, à se référer - pour les adopter -, aux motifs de la requête du procureur sur le fondement de l'article 706-88, la chambre criminelle a jugé que l'ordonnance ne pouvait se borner à renvoyer à ces derniers mais devait être motivée par le juge des libertés et de la détention. Pour la Cour, « *une telle motivation constitue [en effet] une garantie essentielle contre le risque d'une atteinte disproportionnée à la liberté individuelle, en ce qu'elle permet de s'assurer de l'effectivité du contrôle imposé au juge par la loi, et permet à l'intéressé de connaître les raisons précises pour lesquelles la prolongation a été autorisée* »¹³⁰⁸. La Haute juridiction a, là aussi, insisté sur la *ratio* de sa solution indiquant qu'une telle motivation « *s'impose au regard des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme et en raison de l'évolution du statut et du rôle juridictionnel du juge des libertés et de la détention voulue par le législateur* ».

444. Si la Cour se montre donc plus exigeante en fustigeant les reproductions ou références sommaires à la requête du procureur, elle n'indique toutefois pas quels

¹³⁰⁵ Cass. crim., 23 nov. 2016, n°15-83.649, préc. ; Cass. crim., 23 nov. 2016, n°16-81.904, préc.

¹³⁰⁶ Cass. crim., 23 nov. 2016, n°15-83649, préc.

¹³⁰⁷ Cass. crim., 23 nov. 2016, n°16-81.904, préc.

¹³⁰⁸ Note explicative jointe, précitée, p. 3.

doivent être les éléments pris en compte par le juge. Dans le premier arrêt, elle ne fait référence qu'aux « *éléments de fait et de droit justifiant de [la] nécessité [de la mesure]* » - ce qui ressortait déjà de la loi - et à une « *motivation adaptée et circonstanciée* », sans plus d'indications¹³⁰⁹. Elle se fait d'autant moins explicite dans le second arrêt ce qui s'explique sans doute par le caractère plus lacunaire de l'article 706-88 du CPP¹³¹⁰. Il n'en reste pas moins vrai que, si comme le souligne Monsieur le Professeur Perrier, le JLD ne dispose que de la requête du ministère public pour apprécier la nécessité de la mesure et motiver son ordonnance¹³¹¹, les implications réelles de ces solutions restent incertaines. Dans de telles circonstances, il est à craindre que ces solutions n'imposent guère autre chose qu'une paraphrase de la requête adressée. Or, le contrôle du JLD, que la Cour semble ainsi vouloir intensifier, ne peut être, par ce seul fait, plus effectif qu'il ne l'était jusqu'alors.

445. Les dernières évolutions législatives et jurisprudentielles reflètent une volonté d'asseoir le contrôle du juge des libertés et de la détention tant par l'amélioration des conditions matérielles dans lesquelles il intervient que par le renforcement du niveau d'exigence concernant l'obligation de motivation à laquelle le soumettent parfois les dispositions y afférentes. Aussi, vont-elles, sans doute, dans le bon sens en laissant espérer un contrôle plus certain. Leurs apports peuvent néanmoins être d'emblée relativisés.

B. La relativité de ces apports

446. La portée de ces apports reste contrastée. D'abord, si la loi de modernisation de la Justice du XXI^e siècle a procédé à la spécialisation de la fonction de JLD, elle n'a, en revanche, pas épuisé toutes les questions suscitées par l'inefficacité du contrôle de ce juge. Ensuite, quoique les récents arrêts de la chambre criminelle attestent d'un renforcement de son degré d'exigence, celui-ci doit, nous semble-t-il, être relativisé. Encore circonstanciés, ils ne permettent probablement pas d'espérer une normalisation des obligations mises à la charge du JLD lorsqu'il autorise une mesure fortement intrusive ou coercitive. A l'observation des carences de la loi « Justice 21 » (1), succèdera donc celle de la circonscription de la jurisprudence actuelle (2).

¹³⁰⁹ Cass. crim., 23 nov. 2016, n°15-83649.

¹³¹⁰ Remarquons que dans ce second arrêt, il n'est ni question des « *éléments de fait et de droit* », ni fait référence à une motivation « *adaptée et circonstanciée* ».

¹³¹¹ J.-B. PERRIER, « Motivation du JLD pour une perquisition sans assentiment », *AJ pén.* 2017, p. 43.

1) *Les carences de la loi « Justice 21 »*

447. La loi de modernisation de la justice du XXI^e s'illustre par ses silences, qui étonnent à plus forte raison que son ambition était, à la lecture de son intitulé, de poser les « jalons de la justice du siècle »¹³¹².

448. **L'absence de clarification du rôle du JLD** -. Elle n'a apporté aucune clarification sur le rôle de ce juge¹³¹³. En effet, aucune disposition de la loi ne retouche le droit en vigueur sur ce point. Aussi, comme le relèvent Monsieur Daoud et Madame Jacquin, son rôle au stade de la mise en état ne fait, pas plus qu'hier, l'objet d'une définition précise dans le Code de procédure pénale, à la différence de celui du procureur ou du juge d'instruction. Si les rôles dévolus au parquet et au magistrat instructeur sont clairement définis¹³¹⁴, « aucun chapitre ni aucune section du code de procédure pénale ne définit symétriquement le rôle du juge des libertés et de la détention »¹³¹⁵. Seules demeurent des dispositions éparses, toujours plus nombreuses, relatives à ses diverses attributions.

449. **La disharmonie persistante des dispositions relatives à ses attributions** -. Le législateur ne s'est pas davantage soucié du sentiment d'incohérence que peut nourrir la lecture des dispositions relatives à ses missions. Celles-ci s'apparentent plutôt à un patchwork, construit à mesure des besoins de la pratique. Les contours de l'intervention du JLD varient toujours selon la nature de la mesure et le cadre procédural de leur mise en œuvre, parfois sans logique évidente. Certes, la mise en œuvre de la plupart des mesures les plus attentatoires aux droits substantiels protégés implique l'autorisation préalable du JLD. Certaines mesures n'y sont cependant soumises que lorsqu'elles se prolongent dans le temps, à l'image des géolocalisations (C.P.P., article 230-33). D'autres, doivent être préalablement autorisées par le juge sauf à ce qu'il existe une urgence d'y procéder immédiatement¹³¹⁶. D'autres, enfin, ne sont pas subordonnées à cette autorisation - ni à celle du procureur de la République - lorsqu'il faut « battre le fer tant qu'il est chaud ». Elles y sont en revanche soumises en dehors de la flagrance et à défaut du consentement de l'occupant des lieux, quelles que

¹³¹² J. LEBLOIS-HAPPE, « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et la mise en état des affaires pénales - *quo vadis ?* », préc.

¹³¹³ *Ibid.*

¹³¹⁴ Le ministère public « *exerce l'action publique et requiert l'application de la loi, dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu* » (C.P.P., article 31). Il est représenté par le procureur de la République qui « *met en œuvre la politique pénale définie par les instructions générales du ministère de la justice précisées et, le cas échéant, adaptées par le procureur général* » (C.P.P., articles 39 et 39-1). Le juge d'instruction « *est chargé de procéder aux informations* » (C.P.P., article 49).

¹³¹⁵ E. DAOUD (avec A. JACQUIN), « Le juge des libertés et de la détention, avatar ou résurrection ? », *Dalloz actualité*, 8 juil. 2016.

¹³¹⁶ C.P.P., article 706-95-4.

soient les circonstances concrètes, en particulier l'urgence d'y procéder immédiatement. Le régime des perquisitions, variant selon le cadre de l'enquête, est révélateur de ces distinctions, qui perdent en cohérence à l'observation d'autres règles prenant en considération le « *risque imminent de dépérissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens* » (C.P.P., article 706-95-4).

450. L'absence de moyens appropriés -. Il est surtout surprenant que le législateur ne se soit pas davantage préoccupé de donner au JLD les moyens d'exercer effectivement et efficacement ses attributions, comme il y avait pourtant été invité par la Conférence des premiers présidents de cours d'appel en mai 2016¹³¹⁷. Celle-ci l'avait encouragé à étendre la compétence de ce juge, rebaptisé à l'occasion « juge des libertés » pour manifester l'ampleur de ses attributions actuelles, ainsi qu'à des évolutions à la hauteur de celles-ci. Elle l'avait incité à lui octroyer le budget et les moyens nécessaires au bon exercice de ses fonctions¹³¹⁸. Or, comme l'a notamment observé Madame le Professeur Leblois-Happe, à l'exception de la spécialisation de la fonction qui facilitera certainement son intervention, rien dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle ne va précisément en ce sens¹³¹⁹. Aucune de ses dispositions ne tend, par exemple, à lui impartir le temps nécessaire à l'étude et à l'analyse des dossiers qui lui sont soumis¹³²⁰.

451. L'essai d'une justification -. L'origine de la création de ce juge et de l'essor de ses attributions en matière pénale, fournit peut-être une explication à la retenue du législateur. Celle-ci s'est surtout justifiée par le refus de trancher définitivement deux questions importantes : « [d]un côté, la lenteur et la lourdeur des procédures d'instruction, diligentées par un juge d'instruction surpuissant ayant une double casquette d'enquêteur et de juge, et que l'on souhaiterait cantonner aux affaires les plus complexes, quand la question de sa suppression n'est pas directement envisagée » ; « [d]e l'autre, l'impossible réforme du parquet, à cheval entre la magistrature et l'exécutif, dont on ne parvient pas à déterminer le véritable statut et conduisant à l'adoption de réformes ayant un impact très limité sur le statut du ministère public »¹³²¹. En d'autres termes, la création d'un juge de l'enquête, promue par la Commission Justice pénale et Droits de l'Homme dans le cadre d'une réforme globale, et la multiplication de ses attributions ne se sont pas imposées dans la perspective d'une

¹³¹⁷ E. DAUD (avec A. JACQUIN), « Le juge des libertés et de la détention, avatar ou résurrection ? », préc.

¹³¹⁸ *Ibid.*

¹³¹⁹ J. LEBLOIS-HAPPE, « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et la mise en état des affaires pénales - *quo vadis ?* », préc. ; V. ég., E. DAUD (avec A. JACQUIN), « Le juge des libertés et de la détention, avatar ou résurrection ? », préc.

¹³²⁰ E. DAUD (avec A. JACQUIN), « Le juge des libertés et de la détention, avatar ou résurrection ? », préc.

¹³²¹ *Ibid.*

refonte du système en vigueur mais pour répondre à différentes problématiques, tout en conservant la structuration. Or, asseoir le rôle du JLD en le clarifiant, en développant ses attributions et en affirmant sa visibilité, ne pourrait être qu'un dernier signe annonciateur de la généralisation d'un schéma processuel - qui s'impose progressivement -, reposant exclusivement sur le couple procureur/JLD.

Les apports de la jurisprudence la plus récente peuvent être relativisés en considération de leur caractère encore circonstancié.

2) La circonscription du relèvement de ses exigences par la chambre criminelle

452. La portée des arrêts actant un renforcement de son degré d'exigence -. Si elle est intéressante, la jurisprudence récente laisse certaines interrogations entières. Les prochains arrêts de la chambre criminelle, rendus sur d'autres fondements, devront donc être scrutés pour saisir pleinement les perspectives que paraissent profiler les arrêts du 23 novembre 2016 précités. La manière dont la Cour insiste sur la *ratio* de ses solutions est en effet intéressante. Elle peut, à première vue, laisser présager un dépassement des exigences légales, en phase avec les standards européens et les aspirations actuelles du législateur¹³²². Aussi, nous pourrions espérer une sorte de normalisation des obligations mises à la charge du JLD.

453. La portée, pour l'heure, relative de ces arrêts -. Il convient toutefois ne pas aller trop vite. Ces deux solutions ont concerné des dispositions légales imposant la motivation des décisions concernées. Il est aussi à relever que la Cour s'est montrée plus laconique lorsque la loi est elle-même moins précise. Aussi, s'il n'est pas inimaginable que la chambre criminelle confirme, à l'avenir, sa solution lorsque la loi exige une autorisation motivée, l'extension de sa solution à des articles plus lacunaires à cet égard reste incertaine. Pour l'heure, à la seule lecture de ces arrêts, il s'avère donc délicat de déterminer tant l'étendue du rehaussement de ses exigences, que son degré lorsque les dispositions en cause sont moins précises que l'article 76, alinéa 4, du CPP.

¹³²² J.-B. PERRIER, « Motivation du JLD pour une perquisition sans assentiment », préc.

454. Conclusion de la seconde section -. En dépit des améliorations récemment apportées, qui concernent tant le procureur que le JLD, le constat actuel reste celui de la fragilité du contrôle *in situ*. Si, d'une part, le législateur s'est attelé à l'autonomie fonctionnelle et à l'impartialité du procureur, ces garanties restent chancelantes. Si, d'autre part, le législateur, comme la chambre criminelle, se sont attachés à renforcer le contrôle du juge des libertés et de la détention, celui-là reste néanmoins vacillant. La procédure pénale étant un processus continu, qui doit donc être considéré dans son ensemble, il n'est pas sans intérêt d'envisager la compensation que peut offrir le contrôle juridictionnel *a posteriori*, à défaut de l'ouverture d'une information. Quoiqu'en théorie il puisse être considéré comme un palliatif aux insuffisances, le droit en vigueur inspire plutôt, comme nous le verrons, une impression de fragilité.

Seconde Section. L'insuffisante compensation de ce déficit à un stade ultérieur de la procédure

455. L'enquête de police n'offre pas aux personnes concernées le bénéfice des mêmes dispositifs de contrôle que l'information. L'intervention du juge dans l'enquête se résume, pour l'essentiel, à celle du JLD dont les attributions sont strictement délimitées. Une vision d'ensemble de la procédure devrait cependant permettre de nuancer la conclusion suivant laquelle la garantie judiciaire est insuffisamment assurée. Toutefois, la tardiveté de ce contrôle et, surtout, l'éviction fréquente de l'audience classique, invite à considérer que le contrôle *a posteriori* ne peut qu'imparfaitement y procéder. Les limites usuelles du contrôle du juge au stade de l'enquête doivent être rappelées (§1^{er}) préalablement à l'observation des failles du contrôle *a posteriori* (§2^d).

§1^{er} - Les limites usuelles du rôle du juge au stade de l'enquête

456. Conçue plus restrictivement que dans l'information judiciaire, l'intervention du juge au stade de l'enquête a surtout, et depuis l'origine, « une vocation attributive de coercition »¹³²³. Il intervient essentiellement à la demande du parquet aux fins d'autoriser les mesures d'investigation les plus intrusives ou la prolongation d'une mesure privative de liberté, de telle sorte que son contrôle se réalise la plupart du temps *a priori* et *ex parte* (A). Si tels demeurent les contours usuels de l'intervention du juge au cours de l'enquête de police, plusieurs hypothèses particulières témoignant d'une évolution de son rôle, sous la pression des exigences constitutionnelles, doivent néanmoins être relevées (B).

A. Les contours usuellement circonscrits du rôle du juge

457. La juridictionnalisation de l'enquête a été envisagée selon une conception restrictive, qui se comprend surtout à la lumière de la nature de ce cadre d'investigation. Elle puise sa principale justification dans un impératif de protection des droits substantiels de la personne concernée par l'enquête, lequel suppose l'intervention d'un juge du siège à partir d'un certain degré d'atteinte à ces droits. L'essentiel de son rôle consiste donc à autoriser la mise en œuvre de mesures particulièrement coercitives ou intrusives. Cette vision s'observait déjà, avant la création du JLD, dans les interventions sporadiques du président du TGI en amont de mesures exceptionnellement autorisées dans le cadre d'une enquête portant sur des faits graves et complexes (terrorisme, trafics de stupéfiants...)¹³²⁴.

¹³²³ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, *op. cit.*, spéc. n°313, p. 292.

¹³²⁴ L'ancien article 706-24 du CPP, issu de la loi n°86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme, avait prévu que « [p]ar dérogation aux dispositions de l'article 76, si les nécessités de l'enquête relatives [à une infraction en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur], le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui, [pouvait], à la requête du procureur de la République, décider que les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction pourront être faites sans l'assentiment de la personnes chez laquelle elles ont lieu » (L. n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme, JORF du 10 sept. 1986, p. 10956). De même en matière de trafic de stupéfiants, l'ancien article 706-28 du CPP, issu de la loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 (L. n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, JORF du 23 déc. 1992, p. 17568) et inspiré de dispositions jusqu'alors insérées dans le Code de la santé publique (C. san. pub., article L. 627), prévoyait, avant la création du régime dérogatoire applicable aux infractions relevant de la délinquance et de la criminalité organisées (C.P.P., articles 706-73 et s.), que « [p]our la recherche et la constatation [de ces infractions], les visites, perquisitions et saisies prévues par l'article 59 peuvent être opérées en dehors des heures prévues par cet article à l'intérieur des locaux où l'on use en société de stupéfiants ou dans lesquels sont fabriqués, transformés ou entreposés

458. Sous les importantes réserves rappelées concernant l'effectivité du contrôle du JLD, il est permis de voir dans cette forme de juridictionnalisation un moyen de protection des droits substantiels de la personne concernée. On en perçoit cependant les limites. Le contrôle s'exerce surtout en amont de la réalisation de l'acte que le juge autorise et, on le comprend aisément, essentiellement *ex parte*¹³²⁵. En d'autres termes, il n'a pas d'autre égard pour le suspect qui est, le plus souvent, « totalement étranger au processus [de son] intervention »¹³²⁶, l'objectif de cette forme de juridictionnalisation n'étant pas de lui assurer une défense plus effective – comme il en va dans le cadre de l'information judiciaire¹³²⁷ – mais de pallier l'insuffisance, au regard des exigences supralégislatives, du seul regard du procureur de la République sur la mise en œuvre des mesures les plus attentatoires aux droits substantiels protégés. Certaines hypothèses, néanmoins circonscrites, attestent toutefois d'exceptions à un contrôle uniquement *a priori* et *ex parte*.

B. Les exceptions circonscrites aux modalités usuelles du contrôle *in situ*

459. Différents exemples peuvent être recherchés dans les dispositions qui concernent l'intervention du JLD (1). Les plus importantes se constatent, toutefois, dans les dispositions récentes donnant, dans certaines situations limitées, un rôle à la chambre de l'instruction sur l'initiative de la personne concernée par une mesure attentatoire à ses droits (2).

illicitement des stupéfiants », ces opérations étant « autorisées, sur requête du procureur de la République, par le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui, lorsqu'il s'agit de les effectuer dans une maison d'habitation ou un appartement, à moins qu'elles ne soient ordonnées par le juge d'instruction ». Les prolongations dérogatoires d'une garde à vue, dans les affaires portant sur des faits de terrorisme ou de trafic de stupéfiants notamment, imposaient également l'intervention du président du TGI ou d'un juge délégué par lui (C.P.P., *anc.* articles 706-23 et 706-29).

¹³²⁵ L'efficacité de l'acte d'enquête qu'il autorise suppose, évidemment, que l'acte projeté ne soit pas préalablement connu de l'intéressé.

¹³²⁶ Y. CAPDEPON, « Quelle place pour le suspect ? », n°12, p. 105.

¹³²⁷ *Ibid.*, n°16 et s., pp. 106 et s.

1) *L'intervention du juge des libertés et de la détention au-delà des modalités classiques*

460. L'article 77-2 du CPP, tel qu'introduit par la loi du 15 juin 2000, a sans doute constitué la principale exception aux modalités usuelles de l'intervention du JLD dans le cadre de l'enquête. Cette disposition, qui reflétait la soumission de l'enquête à l'exigence européenne du délai raisonnable – elle ne trouvait jusqu'alors aucune expression à ce stade de la procédure¹³²⁸, avait en effet instauré un dispositif ambitieux confiant au JLD, nouvellement créé, le pouvoir d'autoriser ou non, après un débat contradictoire, le cas échéant au cours d'une audience publique, la continuation d'une enquête préliminaire au-delà d'un certain délai suivant la garde à vue. Ce dispositif qui, à son initiative, permettait au suspect d'accéder au juge pour qu'il contrôle la durée de l'enquête et ses suites a toutefois été abrogé par la loi du 9 septembre 2002 en raison de son excessive lourdeur¹³²⁹. Il n'a laissé place qu'à une obligation d'information à la charge du parquet en cas de sollicitation du suspect en ce sens. Les exceptions au contrôle *a priori* et *ex parte* du JLD qui demeurent en l'état du droit en vigueur sont plus en retrait.

461. Un contrôle plutôt *in situ* que simplement *a priori* -. Plusieurs dispositions permettent ou imposent, suivant le cas, le contrôle du JLD durant la mise en œuvre de la mesure et non pas uniquement en amont par le biais de l'autorisation d'y procéder. Le contrôle du JLD sur l'exécution de la mesure semble même devenir la règle tant sont aujourd'hui rares les dispositions qui envisagent l'autorisation préalable sans se soucier du déroulement de la mesure autorisée¹³³⁰.

462. L'article 76, alinéa 4, du CPP dans sa rédaction issue de la loi du 9 mars 2004¹³³¹, en témoigne. Celui-ci prévoit que les perquisitions qu'il régit « *sont effectuées sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées, et qui peut se déplacer sur les lieux pour*

¹³²⁸ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°804, p. 605.

¹³²⁹ Sur ce dispositif, V. not., J. PRADEL, « Les personnes suspectées ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000, évolution ou révolution ? » ; Sur ses lourdeurs, V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°1596, p. 1072.

¹³³⁰ Tel est encore le cas de l'article 60-2, alinéa 2 du CPP (et, par renvoi, de l'article 77-1-2) qui dispose que « [l]'officier de police judiciaire, intervenant sur réquisition du procureur de la République préalablement autorisé par ordonnance du juge des libertés et de la détention, peut requérir des opérateurs de télécommunications [...], de prendre, sans délai, toutes mesures propres à assurer la préservation, pour une durée ne pouvant excéder un an, du contenu des informations consultées par les personnes utilisatrices des services fournis par les opérateurs ».

¹³³¹ Si la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne avait multiplié les hypothèses dans lesquelles des perquisitions coercitives pouvaient être réalisées dans le cadre d'une enquête préliminaire sous réserve de l'autorisation du JLD, l'ancien article 76-1 du CPP n'avait pas prévu de telles dispositions.

veiller au respect des dispositions légales ». Les dispositions relatives aux perquisitions de nuit en enquête de flagrance ou préliminaire, également introduites par la loi du 9 mars 2004, contenaient une formule identique à l'origine (C.P.P., *anc.* article 706-92, al. 1^{er}). Celles-ci ont été précisées par la loi du 3 juin 2016, l'article 706-92 du CPP prévoyant désormais que « [l]e magistrat qui les a autorisées est informé dans les meilleurs délais par le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire des actes accomplis ». Il s'agissait alors, selon les termes des rapporteurs du projet de loi devant l'Assemblée nationale, de donner au juge la possibilité « d'exercer un réel contrôle sur les opérations auxquelles il est ainsi procédé, à l'instar de ce qui existe en matière d'interception de correspondances »¹³³². Cet ajout ne fait effectivement que reproduire, en matière de perquisitions, les exigences de l'article 706-95 du CPP issu la loi du 9 mars 2004 qui avait placé l'exécution des interceptions de télécommunications sous le contrôle du JLD, « *informé sans délai par le procureur de la République des actes accomplis, [...] notamment des procès-verbaux dressés en exécution de [celle-ci] par application des articles 100-4 et 100-5* » (C.P.P., article 706-95, *in fine*).

463. Les modalités de ce contrôle doivent cependant être rappelées tant elles en tempèrent la portée. La Haute juridiction a en effet précisé, à propos de cette dernière disposition, qu'elle n'impose pas un contrôle immédiat sur le déroulement de la mesure mais seulement que le juge soit informé sans délai par le parquet, à l'issue des opérations d'interception, d'enregistrement et de transcription prévues par les articles 100-3 à 100-5 du CPP réalisées en application de son autorisation¹³³³. S'il s'agit d'une application stricte de la loi¹³³⁴, l'article 706-95 disposant par ailleurs que le contrôle de l'exécution de la mesure est assuré par le procureur de la République (C.P.P., article 706-95, al. 2), cette solution laisse surtout à penser que le contrôle exercé revêt essentiellement un « caractère formel »¹³³⁵. La Cour a également jugé que l'article 706-95 n'exigeait pas la transmission des procès-verbaux d'exécution au JLD, estimant que les informations communiquées ne portaient que sur les diligences effectuées et non sur leur contenu¹³³⁶. L'ambition louable du législateur pourrait donc être tempérée par l'analyse de la chambre criminelle.

¹³³² C. CAPDEVEILLE et P. POPELIN, Rapport n°3515, préc., p. 87.

¹³³³ Cass. crim., 23 mai 2006, *Bull.* n° 139, *D.* 2006. 2836, note J. PRADEL ; *AJ pén.* 2006, p. 367, obs. C. GIRAULT ; *RSC* 2006, p. 853, note R. FINIELZ ; *Dr. pén.* 2006, comm. 31, obs. A. MARON.

¹³³⁴ En ce sens, V. not., R. FINIELZ, « Criminalité organisée - Interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications ordonnées par le juge des libertés et de la détention - Conditions de régularité », *RSC* 2006, p. 853 ; J. LEBLOIS-HAPPE, « Autorisation et contrôle des écoutes téléphoniques : le rôle du JLD », *AJ pén.* 2008, p. 380.

¹³³⁵ J. LEBLOIS-HAPPE, « Autorisation et contrôle des écoutes téléphoniques : le rôle du JLD », préc.

¹³³⁶ Cass. crim., 26 mars 2008, *Bull.* n°74, *RSC* 2008, obs. R. FINIELZ ; *AJ pén.* 2008, p. 380, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *Dr. pén.* 2008, comm. 74, obs. A. MARON et M. HAAS.

464. D'autres dispositions sont dans le même esprit, précisant que l'exécution des mesures qu'elles règlementent¹³³⁷, est placée « *sous l'autorité et le contrôle du magistrat qui les a autorisées* » (C.P.P., articles 230-37, 706-95-3, 706-95-7, 706-98-1, 706-102-4). Elles n'apportent toutefois aucune autre précision sur les conditions de ce contrôle.

465. L'ensemble de ces dispositions a pour objectif affiché de renforcer le contrôle du JLD sur l'exécution des mesures particulièrement intrusives, ce qui devrait participer à la prévention de la méconnaissance des règles encadrant leur mise en œuvre. Les règles en vigueur laissent toutefois un sentiment de flottement. Certaines précisent que le magistrat doit être immédiatement (C.P.P., article 706-95) ou rapidement (C.P.P., articles 76, al. 4 et 706-92) informé des actes accomplis sur le fondement de son autorisation, qu'il peut se transporter sur les lieux de leur exécution (C.P.P., articles 76, al. 4 et 706-92) ou qu'il a le pouvoir de les interrompre à tout moment (C.P.P., article 706-102-4). D'autres se bornent en revanche à reproduire la formule suivant laquelle la mesure est placée sous l'autorité et le contrôle du JLD. Faute de plus amples précisions et au regard de la jurisprudence, la règle paraît plutôt incantatoire d'autant qu'aucune disposition ne précise quels sont les pouvoirs du JLD lorsque, informé de l'exécution de la mesure, il constate son irrégularité.

466. Des dispositions ménageant parfois l'accès du suspect au JLD -. D'autres articles du CPP ménagent au suspect un accès au JLD, nuancant ainsi l'idée suivant laquelle il n'intervient qu'*ex parte*.

Une première atténuation de cette caractéristique usuelle, faisant également exception à un contrôle *a priori*, peut être recherchée dans les dispositions relatives aux perquisitions au sein d'un cabinet d'avocat. En application de l'article 56-1 du CPP, le bâtonnier ou son délégué est informé dès le début de la mesure par le magistrat y procédant. Il est alors le seul autorisé à prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur saisie et peut s'opposer à celle-ci s'il l'estime irrégulière. Cette opposition impose la mise sous scellé des documents ou objets litigieux et l'établissement d'un procès-verbal distinct les mentionnant. Le Code donne alors compétence au JLD pour statuer sur la contestation. Cela étant, comme le souligne Monsieur Capdepon, outre le caractère résiduel de cette exception, elle n'a pas précisément pour objectif d'assurer une plus ample protection du suspect mais vise

¹³³⁷ Ainsi des géolocalisations, de l'accès à une messagerie électronique à distance, au recours à l'ISMI-catcher, des sonorisations de lieux et fixations d'image et de la captation de données informatiques.

surtout la sauvegarde du secret professionnel de l'avocat¹³³⁸ et cela, conformément aux exigences conventionnelles¹³³⁹.

Les dispositions relatives aux gardes à vue dérogatoires constituent une autre exception à un contrôle exclusivement *ex parte*. L'article 706-88 du CPP exige la comparution de l'intéressé devant le JLD (C.P.P., article 706-88, al. 3), au moins en amont de la première prolongation exceptionnelle¹³⁴⁰. Certes, le juge reste saisi par le parquet. Dans cette situation particulière cependant, la personne mise en cause n'est pas pleinement étrangère à son intervention. Elle ne dispose cependant d'aucune réelle garantie de la défense à ce stade, la loi ne prévoyant ni l'assistance de son avocat, ni l'accès à l'ensemble des éléments du dossier lui permettant de contester effectivement la prolongation de la mesure. *In fine*, le JLD se prononce sur la base des seuls éléments transmis par le ministère public et sans que le suspect ne puisse véritablement faire valoir son point de vue¹³⁴¹. Monsieur Capdepon souligne néanmoins les améliorations apportées par la loi du 27 mai 2014 qui imposent aux enquêteurs d'informer le suspect de son droit « *de présenter des observations au [...] juge des libertés et de la détention, lorsque ce magistrat se prononce sur l'éventuelle prolongation de la garde à vue, tendant à ce qu'il soit mis fin à cette mesure* » et prévoient que ces observations peuvent prendre la forme d'une déclaration orale retranscrite dans un procès-verbal d'audition en l'absence de présentation physique de l'intéressé (C.P.P., article 63-1, 3°). Pour l'auteur, il y a là l'amorce de l'idée suivant laquelle, lorsque l'efficacité de l'enquête ne justifie pas (ou plus) le secret, la défense ne saurait être écartée¹³⁴². Elles pourraient ainsi profiler la tenue d'un débat véritablement contradictoire à ce stade¹³⁴³. Dans le même esprit, mais poussant l'idée à son paroxysme, Monsieur Jeanne envisage une juridictionnalisation progressive de la phase préparatoire du procès, qui inclurait, sur le modèle de la requête unilatérale civile, la restauration du contradictoire dès que l'effet de surprise n'est plus nécessaire¹³⁴⁴. Cette proposition, qui est déclinée à l'égard des mesures probatoires portant atteinte à la vie privée et à la propriété¹³⁴⁵ et des mesures privatives de liberté,

¹³³⁸ Y. CAPDEPON, « Quelle place pour le suspect ? », préc., n°14, p. 106.

¹³³⁹ V. not., CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz c. Allemagne*, Req. n°13710/88 (§37) ; CEDH, 24 juil. 2008, *André et autre c. France*, Req. n° 18603/03, (§41).

¹³⁴⁰ L'article 706-88 du CPP permet en effet que la seconde prolongation dérogatoire de vingt-quatre heures soit décidée, de manière exceptionnelle, sans présentation de l'intéressé au JLD « *en raison des nécessités des investigations en cours ou à effectuer* ».

¹³⁴¹ Y. CAPDEPON, « Quelle place pour le suspect ? », préc., n°18, p. 107.

¹³⁴² *Ibid.*, n°33, p. 112.

¹³⁴³ *Ibid.*, n°33, p. 107 (L'auteur indique que « lorsque le secret ne se justifie pas, il n'y a, semble-t-il, aucune raison d'écartier la défense avant que le juge ne prenne sa décision. On devrait, par exemple, admettre un véritable débat contradictoire devant le juge en matière de prolongation de la garde à vue réclamée par le parquet. A ce moment-là, le suspect et son avocat devraient obligatoirement être entendus par le juge et pourraient notamment soutenir l'irrégularité initiale du placement en garde à vue »).

¹³⁴⁴ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, *op. cit.*, spéc. n°629, p. 616.

¹³⁴⁵ Les perquisitions et saisies pourraient donner lieu, selon l'auteur, à un recours devant le juge « de l'enquête » pour en contester immédiatement la régularité (*Ibid.*, n°631, p. 617).

impliquerait notamment que toute prolongation d'une garde à vue soit précédée d'un débat contradictoire devant le juge, ainsi mis en mesure d'apprécier la régularité de la privation de liberté et de s'assurer que la garde à vue constitue effectivement l'*ultima ratio*¹³⁴⁶.

C'est surtout dans l'affirmation récente des attributions de la chambre de l'instruction que se constatent les exceptions les plus remarquables aux caractéristiques usuelles du contrôle juridictionnel de certains actes de l'enquête, à l'initiative de la personne concernée par ceux-ci.

2) *L'intervention délimitée de la chambre de l'instruction à l'initiative de la personne concernée*

467. Plusieurs dispositions offrent aujourd'hui à la personne concernée par une mesure concernant ses biens, la faculté de contester la décision préjudiciant à son droit devant la chambre de l'instruction.

468. Tel est d'abord le cas des recours désormais prévus par les articles 41-4 et 41-5 du CPP, substantiellement modifiés par la loi n°2015-177 du 16 février 2015¹³⁴⁷. Le premier de ces textes, relatif à la restitution d'objets saisis, prévoit désormais que le procureur de la République ou le procureur général est « *au cours de l'enquête ou lorsqu'aucune juridiction n'a été saisie ou que la juridiction saisie a épuisé sa compétence sans avoir statué sur la restitution des objets placés sous-main de justice [...] compétent pour décider, d'office ou sur requête, de la restitution de ces objets lorsque la propriété n'en est pas sérieusement contestée* »¹³⁴⁸.

¹³⁴⁶ *Ibid.*, n°630, p. 616.

¹³⁴⁷ L. n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, *JORF* du 17 fév. 2015, p. 2961 ; V. not, Rapport n°2200 sur le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieure, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 septembre 2014, présenté par C. CAPDEVIELLE.

¹³⁴⁸ Si la Commission Beaume s'est opposée à la généralisation d'un recours contre l'ensemble des décisions prises par le parquet ou autorisations du JLD au cours de l'enquête, elle s'était cependant dite « sensible », à la suite des décisions du Conseil constitutionnel consacrant la reconnaissance d'un droit à un recours juridictionnel effectif en cas d'atteintes disproportionnées ou irréparables aux droits des personnes concernées, à l'absence, « au regard des conséquences qui résultent de l'exécution de la mesure » [...] de recours contre les décisions de saisies – souvent consécutives à une perquisition – qui peuvent porter sur des objets, des outils ou des biens dont des personnes étrangères à l'infraction peuvent être légitimes propriétaires et/ou dont la disponibilité peut avoir une importance capitale (par exemple un ordinateur comportant des informations comptables ou de clientèle, un compte bancaire d'entreprise, un véhicule spécialement aménagé pour une fonction sanitaire ou professionnelle déterminée...). Elle avait estimé qu'« il pourrait être opportun, évidemment sans interrompre le cours de l'enquête, et avant même la décision de classement ou d'évocation au fond par le juge, d'autoriser « toute personne intéressée » à formuler un recours auprès du juge des libertés et de la détention en invoquant un « préjudice irréparable » (risque de dépôt de bilan, problème de santé ou de sécurité...). Le juge pourrait ainsi statuer sur la main-levée de la saisie avant la survenue d'un préjudice irréversible » (J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale, op. cit.*, p. 43).

La décision de non-restitution prise, pour l'un des motifs explicitement énoncés¹³⁴⁹ ou tout autre motif, qui jusqu'à présent pouvait faire l'objet d'un recours devant le tribunal correctionnel ou la chambre des appels correctionnels, peut aujourd'hui, corrélativement à la réécriture de ces dispositions, être « *déférée par l'intéressé à la chambre de l'instruction, dans un délai d'un mois suivant sa notification, par déclaration au greffe du tribunal ou de la cour ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception* »¹³⁵⁰.

Le second, réécrit sous la contrainte du Conseil constitutionnel¹³⁵¹, aménage un recours contre les décisions de destruction et d'aliénation des biens meubles durant l'enquête. Dans leur décision n°2014-390 QPC du 11 avril 2014, les Sages avaient en effet jugé les dispositions en vigueur contraires aux exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 impliquant le droit à un recours effectif. Ils ont observé que « *la destruction de biens saisis, sur décision du procureur de la République, sans que leur propriétaire ou les tiers ayant des droits sur ces biens et les personnes mises en cause dans la procédure en aient été préalablement avisés et qu'ils aient été mis à même de contester cette décision devant une juridiction afin de demander, le cas échéant, la restitution des biens saisis* », n'était assortie d'aucune garantie appropriée (consid. 5)¹³⁵². Le législateur a réécrit les dispositions applicables. L'article 41-5 du CPP dispose dorénavant que, si au cours d'une enquête, la restitution des biens meubles saisis, dont la conservation n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité, s'avère impossible soit parce que le propriétaire du bien ne peut être identifié, soit parce que l'objet n'est pas réclamé dans un délai d'un mois à compter de la mise en demeure adressée à son dernier domicile connu, le procureur de la République peut, sous réserve des droits des tiers, autoriser la destruction ou leur remise à l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués aux fins d'aliénation.

La loi de 2015 a surtout ajouté deux nouveaux alinéas. Tel que réécrit, l'article 41-5 du Code de procédure pénale prévoit qu'« *au cours de l'enquête* », « *le procureur [...] peut ordonner la destruction des biens meubles saisis dont la conservation n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité, s'il s'agit d'objets qualifiés par la loi de dangereux ou de nuisibles, ou dont la détention est illicite* ». Sa décision, est motivée et notifiée « *par tout moyen aux personnes*

¹³⁴⁹ Ainsi, lorsque la restitution « est de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens ou lorsqu'une disposition particulière prévoit la destruction des objets placés sous main de justice ».

¹³⁵⁰ Sur l'évolution de ce texte, V. not., J.-Cl. *Procédure pénale*, « Fasc. 30 : Ministère public – Attribution. Compétence », mars 2015, par P. LEMOINE, spéc. n°158 ; P. BELLOIR, « Chambre de l'instruction », n°667.

¹³⁵¹ Cons. Const., Décision n°2014-390 QPC du 11 avril 2014, M. Antoine H. [Destruction d'objets saisis sur décision du procureur de la République] (consid. 5 et 8), *Dalloz actualité*, 9 mai 2014, obs. S. FUCINI ; *AJ pén.* 2014, p. 368, obs. P. BELLOIR ; *Procédures* 2014, comm. 183, obs. J. BUISSON.

¹³⁵² La déclaration d'inconstitutionnalité a pris effet dès la publication de la décision. Le Conseil avait toutefois précisé que cette décision n'ouvrait droit à aucune demande en réparation du fait de la destruction des biens opérée antérieurement à cette date et que les poursuites engagées dans des procédures dans lesquelles des destructions avaient été ordonnées en application de cette disposition ne pouvaient être contestées sur le fondement de cette décision (consid. 8).

ayant des droits sur le bien, si elles sont connues, et aux personnes mises en cause », qui peuvent la contester devant la chambre de l'instruction et solliciter, le cas échéant, la restitution du bien saisi selon les formes prévues par le dernier alinéa¹³⁵³.

469. Les impératifs constitutionnels ont également impliqué la réécriture de dispositions relatives à la saisie conservatoire des navires pour y prévoir une voie de recours appropriée. Dans sa décision du 21 mars 2014¹³⁵⁴, le Conseil constitutionnel avait en effet estimé, « *au regard des conséquences qui résultent de l'exécution [d'une telle] mesure* » – la saisie portant sur un bien qui peut être d'une valeur importante et qui constitue l'outil de travail de la personne concernée –, que la procédure en vigueur, non contradictoire et exclusive de voie de droit permettant la remise en cause de la décision du juge, méconnaissait le droit à un recours juridictionnel effectif tel qu'il découle de l'article 16 de la DDHC et privait « *de garanties légales la protection constitutionnelle de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété* » (consid. 14)¹³⁵⁵. La loi n°2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt¹³⁵⁶ a apporté les modifications nécessaires à la satisfaction des exigences constitutionnelles. Les ordonnances prises par le JLD en la matière peuvent dorénavant être déférées devant la chambre de l'instruction par un appel interjeté dans les cinq jours suivant la notification de l'ordonnance par déclaration au greffe. La chambre de l'instruction statue dans le même délai (C. rur., article L. 943-6-1).

470. Dans le même esprit, le législateur a ouvert à la personne concernée un recours à l'encontre des décisions prises par le JLD en application du titre XXIX du CPP. Ces décisions par lesquelles le JLD peut désormais ordonner, dans le cadre d'une enquête de flagrance ou préliminaire, la saisie de biens susceptibles de confiscation afin d'éviter leur dissimulation dans l'attente d'une décision définitive, peuvent être déférées

¹³⁵³ La contestation doit en principe intervenir dans les cinq jours qui suivent la notification de la décision par déclaration au greffe du tribunal ou à l'autorité qui a procédé à cette notification. En cas de notification orale d'une décision de destruction de produits stupéfiants, le délai de contestation est de vingt-quatre heures. Ces délais et l'exercice du recours sont suspensifs.

¹³⁵⁴ Cons. Const., 21 mars 2014, n°2014-375 et autres QPC du 21 mars 2014, *M. Bertrand L. et autres* [Régime de saisie des navires utilisés pour commettre des infractions en matière de pêche maritime], *RFDC*, avr. 2015, p. 202, obs. S. FUCINI.

¹³⁵⁵ En substance, en application des dispositions contestées, en cas de saisie de navires ou de tout autre matériel ayant servi à la commission d'infractions en matière de pêche maritime par les agents spécialement habilités à cet effet, l'autorité compétente disposait d'un délai de trois jours pour adresser une requête au JLD pour qu'il confirme la saisie. Dans ce cas, il était tenu de fixer un cautionnement dont le versement emportait mainlevée de la saisie. La procédure en vigueur était dépourvue de caractère contradictoire et aucune voie de recours n'était prévue contre cette décision. Aussi, pendant toute l'enquête, la personne pouvait être privée de biens indispensables à l'exercice de sa profession, sauf à ce qu'elle s'acquitte du cautionnement. En outre, dans le cas où l'enquête s'achevait par un classement sans suite ou une alternative aux poursuites ou ne donnait pas lieu à la saisine d'une juridiction compétente pour statuer au fond, le JLD ne pouvait qu'être saisi d'office par le procureur de la République, afin de statuer sur le sort du bien saisi. Les dispositions applicables n'imposaient aucun délai.

¹³⁵⁶ L. n°2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt, *JORF* du 14 octobre 2014, p. 16601.

à la chambre de l'instruction par déclaration au greffe dans un délai de dix jours à compter de la notification de la décision (C.P.P., articles 706-148, al. 2, 706-150, al. 2, 706-153, al. 2, 706-154, al. 2 et 706-158, al. 2). L'appel, instruit selon les formes ordinaires, n'est pas suspensif dans un souci, bien compris, d'efficacité.

471. En dehors de ces situations résiduelles, la personne n'acquiert la possibilité de faire valoir son point de vue et de discuter de la qualité du dossier qui la concerne qu'à un stade ultérieur, lorsqu'elle a acquis la qualité de partie à la procédure, c'est-à-dire à défaut de l'ouverture d'une information judiciaire, au stade du jugement. Ce contrôle ultérieur du juge doit, dans l'optique d'une vision d'ensemble de la procédure, participer de l'équilibre global qu'elle ménage. La réalité apparaît cependant plus contrastée.

§2^d - Les failles du contrôle juridictionnel a posteriori

472. Alors que l'information judiciaire ménage aux parties privées un accès au juge durant la phase d'investigation pour faire valoir leur point de vue, discuter la qualité du dossier, contester la manière dont le juge mène ses investigations et la régularité des décisions qu'il prend ou des actes exécutés sous son autorité, cet accès au juge est, à défaut d'instruction, reporté au stade du jugement. Il revient alors à la juridiction saisie, avant d'examiner le bien-fondé de l'accusation portée, d'apprécier l'état du dossier et la régularité de la procédure antérieure¹³⁵⁷, à l'image des actes de l'enquête¹³⁵⁸ (C.P.P., article 385). Le contrôle est en principe soumis à une initiative de la partie en ce sens et à la condition qu'elle ait la qualité¹³⁵⁹ et un intérêt à exciper de l'irrégularité de l'acte concerné. La Haute juridiction juge, en effet qu'il résulte de l'article 385 du CPP que les exceptions de nullité ne peuvent être relevées d'office par le juge, même lorsqu'elles sont substantielles et d'ordre public¹³⁶⁰, sauf à ce que les irrégularités affectent la compétence de la juridiction¹³⁶¹.

¹³⁵⁷ Cass. crim., 14 avr. 1961, *Bull.* n°199 ; Cass. crim., 11 juin 1975, *Bull.* n°151.

¹³⁵⁸ V. not., Cass. crim., 29 déc. 1964, *Bull.* n°349 (en l'occurrence, il s'agissait des actes d'une enquête préliminaire).

¹³⁵⁹ V. not., Cass. crim., 9 nov. 2004, *Bull.* n°276.

¹³⁶⁰ Cass. crim., 15 juin 1987, *Bull.* n°251 ; Cass. crim., 21 mars 1989, *Bull.* n°138, *D.* 1989, somm. 394, obs. J. PRADEL ; Cass. crim., 25 fév. 1991, *Bull.* n°341 ; Cass. crim., 17 nov. 1992, *Dr. pén.* 1993, comm. 54, obs. A. MARON.

¹³⁶¹ Cass. crim., 25 fév. 1991, *Bull.* n°94 ; Cass. crim., 14 oct. 1991, *Bull.* n°246, *Dr. pén.* avr. 1994, p. 3, obs. V. LESCLOUS et C. MARSAT ; Cass. crim., 10 déc. 2003, *Bull.* n°243, *JCP* 2004, IV. 1233 ; *AJ. pén.* 2004, p. 120, obs. C. GIRAULT ; Cass. crim., 10 oct. 2006, *Bull.* n°246, *D.* 2006, IR 2752 ; *Procédures* 2007, comm. 45, obs. J. BUISSON ; Cass.

473. Ce report du contrôle juridictionnel révèle toutefois des imperfections intrinsèques. En outre, l'évolution de la procédure pénale française, qui fait de l'audience « classique » une voie parmi d'autres des modalités de la réponse pénale apportée à une infraction, nuance l'idée d'équilibre qui pourrait jaillir d'une vision d'ensemble de la procédure. L'éviction du juge ou de l'audience contradictoire « classique » engendre l'exclusion de certains contrôles juridictionnels parce qu'ils sont surtout l'accessoire du débat sur la culpabilité¹³⁶².

474. L'absence consécutive d'un contrôle sur la qualité de l'enquête -. Si le report du contrôle de la complétude de l'enquête ne compense pas nécessairement les fragilités du contrôle *in situ* – l'affaire ayant donné lieu au jugement du tribunal correctionnel de Créteil en témoigne –, l'éviction de ce contrôle en fonction des modalités procédurales choisies, relativise aussi l'assurance d'une enquête menée à décharge puisque c'est dans l'audience qu'elle trouve sa principale garantie.

475. L'éviction corrélative du contrôle de la régularité de l'enquête -. Dans l'optique européenne qui est la nôtre et au regard du débat qui s'est noué entre les Hautes juridictions françaises sur cette question particulière, nous nous concentrerons sur le contrôle de la régularité des investigations. S'il nous faut envisager les imperfections intrinsèques de ce contrôle (A), il nous faut donc également aborder l'aléa qui le caractérise (B).

A. Les imperfections intrinsèques de ce contrôle

476. Deux imperfections de ce contrôle *a posteriori* peuvent être relevées, qui trouvent toutes deux leur origine, à défaut de l'ouverture d'une information, dans le report de cette garantie judiciaire à la phase de jugement. La première en est une implication directe. Si, en cas de saisine du magistrat instructeur, le contrôle de la régularité s'opère, sous réserve de la recevabilité de la requête, durant l'information et à mesure de l'avancée de la procédure, il revêt, à défaut, un caractère plus tardif, posant la question des incidences pratiques de ce report. La seconde en est une conséquence implicite. Alors qu'au cours de l'information judiciaire, ce contrôle est exercé par la

crim., 6 juin 2012, *Bull.* n°145, *Dalloz actualité*, 27 juin 2012, obs. C. FLEURIOT ; *Gaz. Pal.* 26 et 27 oct. 2012, p. 45, obs. F. FOURMENT. Pour une étude plus complète, V. not., *J.-Cl. Procédure pénale*, v° « Fasc. 15 : Tribunal correctionnel - Compétence et saisine », mai 2014, par A. MARON, n°81 et s.

¹³⁶² N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public, op. cit.*, spéc. n°632, p. 617.

chambre de l'instruction - pour autant que la requête ait passé le filtre de son président¹³⁶³-, il est opéré, à défaut, par la juridiction de jugement, ce qui nourrit des interrogations sur sa pleine effectivité. Après avoir observé les interrogations que suscitent la tardiveté du contrôle de la légalité à défaut de l'ouverture d'une information (1), on s'attachera donc aux discussions qu'alimente la concentration des compétences de trancher la question de l'irrégularité et de statuer sur la culpabilité (2).

1) *La tardiveté du contrôle*

477. Une question classique -. Loin d'être une question isolée, cette problématique a, au contraire, irrigué le contentieux de l'annulation et ses évolutions. Sur ce point, la manière dont cette question a façonné les règles applicables durant l'information judiciaire n'est pas inintéressante puisqu'elle facilite l'observation des implications du report du contrôle de la régularité au stade du jugement, à défaut de la saisine d'une juridiction d'instruction.

478. Jusqu'à la loi du 4 janvier 1993, le législateur avait fait le choix de ne confier qu'au juge d'instruction et au procureur de la République la possibilité de saisir la chambre d'accusation d'une requête en nullité au cours de l'instruction, l'inculpé et la partie civile n'étant admises à contester la régularité de la procédure qu'à l'issue de l'instruction. Plus précisément, en matière criminelle, la contestation pouvait être portée devant la chambre d'accusation lorsqu'elle était saisie du règlement de la procédure. En matière correctionnelle, elle ne pouvait l'être que devant le tribunal correctionnel, sauf à ce que la chambre d'accusation ait été saisie du règlement. Ce choix avait eu pour effet

¹³⁶³ Sauf les exceptions spécifiques essentiellement prévues à l'article 175 du CPP, lorsqu'une information a été ouverte, la chambre de l'instruction est en principe seule compétente pour connaître des demandes d'annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure (Cass. crim., 13 oct. 2004, *Bull. n°242, D. 2004. IR 2833 ; JCP 2004. IV. 3270*), dont elle peut être saisie tant par le juge d'instruction et le procureur de la République, que par les parties privées (L. n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale) et le témoin assisté (L. n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité). Aussi, si le juge d'instruction peut saisir la chambre de l'instruction, il ne saurait, en revanche, retirer lui-même du dossier un acte qu'il jugerait irrégulier, sauf à excéder ses pouvoirs. Cette solution, retenue à propos des ordonnances rendues en matière de détention provisoire (Cass. crim., 4 nov. 1986, *Bull. crim., n°326*) peut être transposée à l'ensemble des actes de l'information (En ce sens, V. F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°2047, p. 1370). Il est en revanche admis que le juge d'instruction procède lui-même à la rectification d'une erreur matérielle (Cass. crim., 22 mars 1995, *Bull. n°122 ; V.*, en revanche, Cass. crim., 27 juin 2001, *Bull. crim., n°163*). Deux autres exceptions peuvent être relevées qui tiennent à l'existence de procédures particulières, écartant la compétence de la chambre de l'instruction. Elle concerne, pour l'une, l'audition d'un témoin sous couvert d'anonymat (C.P.P., article 706-60, V., cep. Cass. crim., 12 juil. 2006, *Bull. crim., n°201*). Elle concerne, pour l'autre, les règles particulières prévues en matière de perquisitions au sein d'un cabinet d'avocat qui, dans le souci d'assurer une protection renforcée au secret professionnel de l'avocat et donc une protection avancée des droits de la défense, autorise le bâtonnier à s'opposer à la saisie de certains documents. La contestation est portée devant le JLD qui peut décider de la restitution du document, de la destruction du procès-verbal des opérations et, le cas échéant, de la cancellation de toute référence à ce document ou à son contenu (C.P.P., article 56-1).

de laisser « cette procédure [...] quelque peu en sommeil »¹³⁶⁴ et les parties privées démunies lorsque le magistrat refusait de répondre à leur demande ou répondait négativement¹³⁶⁵.

479. Dans son rapport sur la mise en état des affaires pénales, la Commission Delmas-Marty avait souligné l'insuffisance du droit en vigueur, observant qu'était alors portée une atteinte au principe de l'égalité des armes¹³⁶⁶. Elle faisait observer que « de manière à peu près unanime, les juridictions [étaient] favorables à ce que, dans les structures actuelles, les parties privées puissent invoquer les nullités et exercer les voies de recours dans les mêmes conditions que le ministère public »¹³⁶⁷. Aussi, proposait-elle, dans le cadre d'une refonte globale de l'avant-procès, une réforme du contentieux de l'annulation¹³⁶⁸, encourageant notamment le législateur à « rétablir l'équilibre des parties » en permettant, sauf dans l'hypothèse d'une citation directe¹³⁶⁹, aux parties privées, comme au ministère public, d'invoquer directement les nullités des actes et pièces de la procédure devant un juge « de l'enquête » et la chambre d'accusation¹³⁷⁰. Pour les membres de la Commission, l'ordonnance de clôture délivrée par le juge « de l'enquête » à l'issue de celle-ci devait purger toutes ses nullités de manière à tenir en échec les stratégies dilatoires et à débarrasser l'audience de jugement du contentieux chronophage des nullités¹³⁷¹. La proposition répondait donc également à un souci pratique puisqu'il se pouvait, en l'état du droit, que l'annulation intervînt plusieurs mois voire plusieurs années après le début de l'information¹³⁷² et emporte l'effondrement de la procédure tout entière¹³⁷³. Il s'agissait alors d'éviter que les contestations de la régularité de la procédure interviennent à un stade trop avancé et, par là même, de permettre la reprise de l'acte d'investigation vicié tant qu'il était encore temps¹³⁷⁴.

480. Le législateur a partiellement suivi ces préconisations¹³⁷⁵ en ouvrant aux parties privées à l'information judiciaire, le droit de saisir directement la chambre de

¹³⁶⁴ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°2053, p. 1372.

¹³⁶⁵ M. DELMAS-MARTY (sous la dir.), *La mise en état des affaires pénales*, rapport de la Commission Justice pénale et Droits de l'Homme, *op.cit.*, pp. 56-57.

¹³⁶⁶ *Ibid.*, p. 57 et p. 114.

¹³⁶⁷ *Ibid.*, p. 114.

¹³⁶⁸ *Ibid.*, Fiche n°7, pp. 165-167.

¹³⁶⁹ *Ibid.*, p. 166 (Dans ce cas, les nullités pouvaient être excipées devant le tribunal correctionnel).

¹³⁷⁰ *Ibid.*

¹³⁷¹ *Ibid.*

¹³⁷² F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°1992, p. 1329.

¹³⁷³ S. LAVISGNES et M. LEMONDE, « Le procès pénal en France », in M. DELMAS-MARTY (sous la dir.), *Procès pénal et droit de l'homme. Vers une conscience européenne*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1992, Paris, p. 61, spéc. p. 71 (qui indiquent : on voit « souvent des procédures rondement menées conduire à une impasse parce que l'irrégularité formelle dont elles étaient entachées n'a été soulevée que devant la juridiction de jugement »).

¹³⁷⁴ *Ibid.*

¹³⁷⁵ *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Nullité de la procédure », 2017, par M. GUERRIN, spéc. n°16 et s.

l'instruction et en l'encadrant de mécanismes de filtre et de purge, afin de circonscrire les demandes dilatoires et les annulations tardives. Il avait, en particulier, imposé aux parties privées de soulever leurs éventuels moyens de nullité avant le règlement de la procédure dans un délai de vingt jours à compter de l'avis de fin d'information (C.P.P., *anc.* article 175, al. 2¹³⁷⁶), ce qui conférait corrélativement à l'ordonnance de renvoi un effet de purge des nullités.

481. Les lois du 15 juin 2000 et du 4 mars 2002 ont pallié les insuffisances des premiers mécanismes instaurés qui permettaient aux parties d'exciper de la nullité de l'un des actes initiaux de la procédure quelques jours seulement avant l'avis de fin d'information. La première a exigé des parties qu'elles soulèvent les exceptions tirées de la nullité des actes de la procédure antérieure dans un délai de six mois à compter de leur premier interrogatoire ou de leur première audition. La seconde a resserré les conditions, en faisant courir le délai de forclusion à compter de chacun des interrogatoires ou auditions (C.P.P., article 173-1). Ces dispositifs qui assurent la « sécurisation des procédures », ont été depuis étendus au témoin assisté, admis à soulever la nullité des actes de l'information le concernant par la loi Perben 2 (C.P.P., article 173-1, al. 2).

482. Les évolutions législatives et jurisprudentielles mettent en relief la prévalence de la sécurité des procédures sur le respect des formalités prescrites¹³⁷⁷. En atteste d'ailleurs l'opposabilité de la forclusion lorsque le moyen de nullité excipé s'appuie sur une évolution jurisprudentielle que la partie ne pouvait connaître avant son expiration¹³⁷⁸. L'effet secondaire est toutefois qu'« en enfermant les parties dans des délais rigoureux, le législateur les incite à présenter des requêtes en nullité afin d'éviter la forclusion. Le risque existe ainsi que certaines informations soient 'polluées' par d'incessantes requêtes qui, même si elles sont en définitive rejetées, peuvent ralentir le cours de la procédure en raison de l'incertitude qu'elles entretiennent sur sa validité »¹³⁷⁹. La complexité du dispositif est en outre source de contentieux » et donc dispendieux¹³⁸⁰.

¹³⁷⁶ Ce délai a depuis été porté à un mois ou trois mois, selon que la personne est placée en détention provisoire ou non, par la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale (C.P.P., article 175, al. 3).

¹³⁷⁷ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°1992, p. 1329.

¹³⁷⁸ Il a été soutenu devant la Haute juridiction que la requête par laquelle un mis en examen qui n'a acquis connaissance du moyen de nullité que postérieurement à l'expiration du délai de forclusion de six mois ne pouvait être irrecevable. La chambre criminelle a écarté cette argumentation (Cass. crim., 20 juil. 2011, *Bull.* n°163 ; Cass. crim., 13 sept. 2011, n°11-82.857 ; Cass. crim., 27 sept. 2011, *Bull.* n°186). Elle a d'ailleurs ajouté que le respect de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'était pas entaché dès lors que le demandeur a, le cas échéant, la faculté de discuter la valeur probante de ses auditions devant la juridiction de jugement (Cass. crim., 14 fév. 2012, *Bull.* n°42).

¹³⁷⁹ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°1992, pp. 1329-1330.

¹³⁸⁰ *Ibid.*

483. La mise au jour des imperfections à défaut d'information -. Le législateur a ainsi remédié aux conséquences préjudiciables d'un contrôle trop tardif de la régularité des actes et des pièces de la procédure lorsqu'une information judiciaire est ouverte. Il n'a en revanche fait que préciser les contours de la compétence du tribunal correctionnel lorsqu'à l'enquête succède directement la phase de jugement, se contentant d'assortir la recevabilité des exceptions de nullité soulevées d'une forclusion. En application de l'article 385 du CPP, « *[d]ans tous les cas, les exceptions de nullités doivent être présentées avant toute défense au fond* ». La chambre criminelle juge que cette règle est applicable à toutes les nullités, seraient-elles substantielles et touchant à l'ordre public¹³⁸¹, à l'exception de celles affectant sa seule compétence juridictionnelle¹³⁸². Ainsi, est tardive, et donc irrecevable, l'exception de nullité soulevée lors de l'interrogatoire du prévenu puisqu'il s'est déjà engagé dans le débat au fond¹³⁸³. L'est également l'exception de nullité soulevée pour la première fois devant la cour d'appel,¹³⁸⁴ sauf, a précisé la Haute juridiction, à ce que le prévenu ni excusé, ni comparant ait été jugé contradictoirement dans les conditions prévues à l'article 410 du CPP¹³⁸⁵. Une même règle s'applique, d'ailleurs, à l'égard des exceptions préjudicielles, par application de l'article 386, al. 1^{er} du CPP.

484. Si ces forclusions circonscrivent l'extrême tardiveté de la présentation des exceptions de nullité et préjudicielles, la limite fixée demeure toutefois bien relative. La règle posée n'a pas pour effet de délester la phase de jugement du contentieux chronophage de l'annulation. Au surplus, elle ne remédie pas à la problématique de la tardiveté des exceptions de nullité, susceptibles d'être soulevées plusieurs mois (voire plusieurs années) après la réalisation de l'acte avec ce que cela peut emporter, au stade avancé de l'audience, sur la survie de la procédure. Le report du contentieux de l'annulation pose ainsi la question de sa tardiveté et de ses implications pratiques. Il en alimente une autre qui se rapporte à l'efficacité du contrôle réalisé à ce stade.

¹³⁸¹ Cass. crim. 6 juill. 1993, *Bull. crim.* n°243.

¹³⁸² Cass. crim., 13 nov. 1996, *Bull. crim.*, n°405 ; Cass. crim., 7 juin 2000, *Bull. crim.*, n°219, *D.* 2000, IR 224 ; *D.* 2001, *Somm.* 518, obs. J. PRADEL ; *Dr. pén.* 2001, *Chron.* 6, obs. C. MARSAT. Cette règle jurisprudentielle s'applique à l'égard de la seule compétence juridictionnelle. Aussi, la chambre criminelle a-t-elle jugé qu'est irrecevable l'exception de nullité invoquant, pour la première fois devant la cour d'appel, l'incompétence territoriale d'un agent de police judiciaire intervenu lors de l'enquête préliminaire (Cass. crim., 7 juin 2000, préc.).

¹³⁸³ Cass. crim., 29 mars 1995, *Bull. crim.*, n°137.

¹³⁸⁴ V. not., Cass. crim. 11 déc. 2002, n°02-83.648 ; Cass. crim. 19 oct. 2004, *Bull. crim.*, n°246 ; Cass. crim. 22 nov. 2011, *Bull. crim.*, n°237 ; Cass. crim., 14 mars 2012, *Bull. crim.*, n° 73, *D.* 2012. *Actu.* 1063 ; *RSC* 2012 p. 631, obs. J. DANET ; *Dr. pén.* 2012. *Chron.* 7, obs. V. LESCLOUS ; Cass. crim. 13 févr. 2013, *AJ pén.* 2013, p. 352, obs. J.-B. PERRIER.

¹³⁸⁵ Cass. crim. 10 févr. 1986, *Bull. crim.*, n°51 ; Cass. crim., 29 janv. 1992, *Bull. crim.*, n°39, *D.* 1992. *Somm.* 321, obs. J. PRADEL ; Cass. crim., 6 juin 2007, *Bull. crim.*, n°153, *AJ pén.* 2007, p. 388 ; CA Toulouse, 1^e avr. 1999, *JCP éd. G.*, 1999. IV. 2811. La chambre criminelle a cependant précisé que cette règle ne vaut que pour autant qu'aucune défense au fond n'ait encore été présentée, ni en première instance, ni devant les juges du second degré (Cass. crim., 24 oct. 1991, *Bull.* n°376).

2) L'effectivité discutée du contrôle

485. L'efficacité contestée du contrôle -. Le report du contrôle de la régularité au stade du jugement a corrélativement pour effet de confier au juge appelé à statuer sur la culpabilité, l'appréciation de la légalité de la procédure antérieure, ce qui peut poser la question de l'efficacité du contrôle opéré. En ce sens, certains auteurs estiment « difficile de ne pas voir dans un tel cumul une atteinte sévère à l'effectivité du droit des nullités, puisque le juge de la culpabilité aura bien connaissance des pièces qu'il aura lui-même annulées »¹³⁸⁶. Ceci revient à interroger la compatibilité de la concentration des fonctions du juge de l'action et de juge de l'exception entre les mains d'un même organe¹³⁸⁷.

486. Le rejet explicite de cet argument par la chambre criminelle -. La chambre criminelle demeure insensible à cet argument. C'est, au moins, ce qui se déduit d'un arrêt du 12 janvier 2016¹³⁸⁸. Le requérant rappelait qu'à défaut de prévoir un recours immédiat contre l'ordonnance d'autorisation des visites domiciliaires, perquisitions et saisies sur un lieu de travail dans le cadre d'une enquête préliminaire (C. trav., article L. 8271-13), le droit français n'ouvrait à la personne concernée, en cas de poursuites, qu'un recours en nullité. Or, il estimait que le recours *a posteriori* organisé par l'article 385 du CPP ne satisfaisait pas aux impératifs ressortant des articles 6 de la Convention européenne et 16 de la Déclaration de 1789. Pour le requérant « *l'examen, par la même formation de jugement que celle appelée à statuer sur le bien-fondé des poursuites, de l'existence de présomptions d'infractions autorisant les visites, perquisitions et saisies, est de nature à faire naître un doute raisonnable sur l'impartialité de la juridiction* ». La Haute juridiction a jugé ce grief inopérant. Elle estimait que « *l'intéressé a[vait] pu, à l'occasion des poursuites devant la juridiction correctionnelle, faire effectivement contrôler, en fait comme en droit, par une juridiction indépendante et impartiale, la régularité, d'une part, de ladite autorisation de visite, notamment le fait que le juge ait fondé sa décision sur des éléments recueillis régulièrement et laissant présumer l'existence des infractions aux interdictions de travail dissimulé dont la preuve était recherchée, d'autre part, des opérations diligentées en exécution de cette autorisation, la cour d'appel n'a pas méconnu le droit du prévenu à un recours juridictionnel effectif* ». Par cette formule – qui excède les termes de la question posée, puisqu'elle embrasse également la problématique de l'examen de la régularité de leur exécution –, la chambre criminelle paraît *in fine* admettre que le

¹³⁸⁶ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, op. cit., n°370, p. 340.

¹³⁸⁷ *Ibid.*

¹³⁸⁸ Cass. crim., 12 janv. 2016, n°13-83.217.

contrôle exercé par le tribunal correctionnel, dont elle reconnaît explicitement l'impartialité, satisfait aux standards conventionnels et constitutionnels. Elle balaie, par la même occasion et d'un trait de plume, la question de l'incompatibilité de la concentration des fonctions. Si, à défaut de l'ouverture d'une information judiciaire, un contrôle de la régularité de la procédure ultérieure est effectivement organisé par l'article 385 du CPP, l'équilibre de la procédure auquel il doit participer reste toutefois sujet à caution. Sa tardivité de même que son efficacité incertaine alimentent les discussions. La principale pierre d'achoppement tient toutefois aux possibilités nombreuses d'éviction de ce contrôle, qui tempèrent l'équilibre que l'on voudrait trouver dans ces dispositions.

B. Le caractère aléatoire de ce contrôle

487. Les exigences de forme, et les conséquences éventuelles de leur méconnaissance, sont souvent mal perçues. Elles ne seraient « pour beaucoup que des chausse-trappes, des pièges tendus aux parties étourdies ou mal informées »¹³⁸⁹. L'opinion publique les percevrait plutôt comme des chicanes susceptibles d'être exploitées par la défense au détriment de la vérité judiciaire et de ses implications éventuelles. La forme est cependant, selon la célèbre formule de Rudolf von Jhering, « l'ennemie jurée de l'arbitraire [.] la sœur jumelle de la liberté »¹³⁹⁰. Elle est la garantie d'une justice exacte et impartiale, estimait René Garraud¹³⁹¹. Elle « protège la liberté en ce qu'elle tend à encadrer les pouvoirs des magistrats » et « assure l'égal traitement des justiciables [prévenant] ainsi les discriminations arbitraires »¹³⁹². Elle constitue encore « un gage de sécurité juridique car pour préserver leurs droits, les parties doivent connaître la règle du jeu et celle-ci doit être aussi claire que possible et intangible », ajoutent Madame Lazerges-Cousquer et Monsieur Desportes.

488. La contestation de la légalité des actes et l'obtention, le cas échéant, de leur annulation sont toutes entières dominées par les impératifs contradictoires, qui se dégagent de ces diverses perceptions : assurer, d'une part, la protection des intérêts des parties et la bonne administration de la justice, sans, d'autre part, entraver inutilement le déroulement des procès répressifs¹³⁹³. Cette quête d'équilibre éloigne toute aspiration à un système maximaliste qui impliquerait que tout acte vicié soit retranché du dossier

¹³⁸⁹ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°947, p. 671.

¹³⁹⁰ R. VON JHERING, *Esprit du droit romain*, vol. III., trad. De Meulenaere, p. 164.

¹³⁹¹ R. GARRAUD, *Traité d'instruction criminelle*, t. 3, 15^e éd., 1929, Sirey, n° 1099.

¹³⁹² F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°947, p. 671.

¹³⁹³ M. GUERRIN, « Nullité de la procédure », préc., n°6.

ou, à l'inverse de n'attacher aucun effet destructeur aux irrégularités. Comme le souligne Madame Guerrin, seul paraît acceptable un système qui concilie ces différents impératifs, en obéissant à des considérations plures : « limiter les cas de nullités aux seules hypothèses où les garanties de la défense et l'application des principes d'ordre public sont en cause, réduire les effets des annulations prononcées, imposer, enfin, que les irrégularités puissent être invoquées et constatées aussi rapidement que possible et les actes nuls refaits dans les plus brefs délais »¹³⁹⁴. C'est à cette conciliation que s'essaient le législateur contemporain¹³⁹⁵ et le juge, auquel est confié de larges pouvoirs d'appréciation en la matière¹³⁹⁶. La politique jurisprudentielle est, en effet, volontiers qualifiée de pragmatique, la Haute juridiction se gardant de se lier par des solutions trop abstraites et par l'énoncé de principes trop radicaux, pour « adapter en permanence sa jurisprudence à l'évolution du contentieux »¹³⁹⁷. Si le système en vigueur n'est probablement pas parfait puisqu'il laisse parfois un sentiment d'un « impressionnisme judiciaire »¹³⁹⁸, qui instille un certain aléa et nuance la prévisibilité de la règle¹³⁹⁹, l'éviction de ce contrôle paraîtrait d'autant plus contestable. Car, à défaut de pouvoir discuter la régularité de la procédure et, par conséquent, de rechercher la sanction d'une méconnaissance éventuelle des formalités imposées, l'effet préventif des formes prescrites par le Code de procédure pénale serait plus incertain et l'efficacité de celles-ci sujette à caution. Or, ce contrôle devient aléatoire à mesure que les réponses pénales et leurs modalités se diversifient (1). Cet état du droit inspire des questionnements tant au sein de la doctrine que des Hautes juridictions internes (2).

1) *L'exclusion récurrente du contrôle*

489. Puisqu'à défaut de l'ouverture d'une information judiciaire, le contrôle de la régularité est confié, en application de l'article 385 du CPP, au tribunal correctionnel, il se trouve par définition lié à l'exercice d'une poursuite (a). Plus strictement encore, l'analyse des règles en vigueur conduit à observer qu'il ne s'exerce avec certitude que lorsque la culpabilité du prévenu est effectivement discutée (b).

¹³⁹⁴ *Ibid.*

¹³⁹⁵ *Ibid.* ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°1991 et s., pp. 1327 et s.

¹³⁹⁶ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°1993, pp. 1330-1331.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, p. 1330.

¹³⁹⁸ *Ibid.*

¹³⁹⁹ *Ibid.*, pp. 1330-1331 ; M. GUERRIN, « Nullité de la procédure », préc., n°5 et 7.

a) La dépendance de ce contrôle à l'exercice de poursuites

490. La conception limitée de la juridictionnalisation de l'enquête et, consécutivement, le report du contrôle de la régularité de la procédure antérieure au stade du jugement a pour premier effet de l'évincer dans les hypothèses, désormais plurielles, dans lesquelles l'action publique n'est pas mise en mouvement.

491. Il en va d'abord ainsi lorsque la procédure fait *in fine* l'objet d'un classement sans suite « sec ». Il en va également ainsi lorsque le procureur recourt, avec succès¹⁴⁰⁰, à l'une des mesures qualifiées d'« alternatives aux poursuites » par l'article 40-1, 2° du CPP¹⁴⁰¹ : « mesures alternatives au classement sans suite “sec” »¹⁴⁰² ou d'« aide à la décision »¹⁴⁰³ énumérées à l'article 41-1 du CPP, dont la médiation¹⁴⁰⁴, la composition

¹⁴⁰⁰ Exception faite, en théorie, des mesures prévues à l'article 41-1 du CPP (V., *Infra.*), l'exécution de l'intégralité des obligations prescrites sur ces fondements dans les délais impartis éteint l'action publique et fait donc obstacle à l'exercice ultérieur de poursuites.

¹⁴⁰¹ Leur qualification d'« alternatives aux poursuites » est cependant discutée en doctrine, malgré la lettre de l'article 40-1, II° du CPP. Différents auteurs la contestent car l'exécution des obligations prescrites sur ce fondement ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de poursuites, comme il en ressort de la jurisprudence de la chambre criminelle (Cass. crim., 21 juin 2011, *Bull. crim.* n°141, *RSC* 2011, p. 660, obs. J. DANET ; *AJ pén.* 2011, p. 584, obs. L. BELFANTI ; *D.* 2011, p. 2349, obs. J.-B. PERRIER ; *D.* 2011, p. 2379, obs. F. DESPREZ ; *JCP éd. G.* 2011. 1453, obs. F. LUDWICZACK ; *Procédures* 2011, comm. 312, obs. J. BUISSON ; V. ég., pour un commentaire critique de cet arrêt, O. SAUTEL, « Les alternatives aux poursuites. Un exemple de 'dérive' » in *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur de C. Lazerges*, Dalloz, Coll. « Études, mélanges et travaux », 2014, p. 797 ; V., dans le même sens, CA Paris, 17 janv. 2012, n°10/10997 ; CA Douai, 21 oct. 2015, n°14/04189 ; V. ég., Cass. crim., 17 janv. 2012, *Bull.* n°12). Or, puisque théoriquement au moins, et surtout selon les observations de Madame Lazerges-Cousquer et Monsieur Desportes (F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op.cit.*, n°1175, p. 812), la mesure peut *in fine* se cumuler avec une poursuite malgré son succès, d'autres auteurs y voient plutôt un « préalable à la décision » (N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public. Etude comparative France-Angleterre, op. cit.*, n°231, p. 219) ou un « préambule » aux poursuites (J. DANET, « Le rappel à la loi, préambule ou « alternative » aux poursuites, au choix du ministère public », *RSC* 2011, p. 660).

¹⁴⁰² Selon l'expression de Madame Lazerges-Cousquer et de Monsieur Desportes, in F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op.cit.*, n°1161, p. 803.

¹⁴⁰³ Selon l'expression emprunté à Monsieur Jeanne, in N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public. Etude comparative France-Angleterre, op. cit.*, n°56, p. 70.

¹⁴⁰⁴ Pour des études complètes, V. not., J. LEBLOIS-HAPPE, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *RSC* 1994, p. 525 ; G. BLANC, « La médiation pénale. (Commentaire de l'article 6 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale), *JCP éd. G.*, 1994, I, 3760 ; C. LAZERGES, « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », *RSC* 1997, p. 186 ; V. ég., T. LEBEHOT, « Le cadre juridique de la médiation pénale », *AJ pén.* 2011, p. 216 ; E. MAUREL, « Le recours à la médiation pénale par le procureur de la République, *ibid.* p. 219 ; V. DANDONNEAU, « Retour sur une expérimentation européenne de médiation pénale post-sententielle », *ibid.*, p. 225 ; D. L'HOUE, « Le secteur associatif : un acteur incontournable mais méconnu des mutations judiciaires », p. 228.

pénale (C.P.P., article 41-2)¹⁴⁰⁵ et, depuis la loi dite « Sapin 2 » du 9 décembre 2016¹⁴⁰⁶, la convention judiciaire d'intérêt public (C.P.P., article 41-1-2)¹⁴⁰⁷. Bien que sa nature d'alternative aux poursuites soit sujette à discussions¹⁴⁰⁸, la transaction par officier de police judiciaire (« TOPJ »¹⁴⁰⁹), dont l'existence a été suspendue par le Conseil d'Etat¹⁴¹⁰, peut y être associée.

¹⁴⁰⁵ Madame Lazerges-Cousquer et Monsieur Desportes discutent sa qualification d'alternative aux poursuites et la traitent, d'ailleurs, dans une section distincte des « mesures alternatives aux poursuites » énumérées à l'article 41-1 du CPP. Ils considèrent qu'elle revêt une nature « hybride » puisqu'elle « ne peut plus être véritablement considérée comme [une alternative aux poursuites] » malgré son énumération par l'article 40-1, 2° du CPP. Ils l'estiment, par certains de ses aspects au moins, « plus proche d'un mode de poursuites » (*ibid.*, n°1178, p. 814), qui constituerait plutôt un diminutif de la CRPC. En ce sens, ils soulignent l'intervention d'un juge du siège aux fins de la validation des mesures proposées, de même que l'inscription de la composition pénale au bulletin n°1 du casier judiciaire (C.P.P., article 768, 9°). Ils observent néanmoins son caractère composite puisque la mesure exécutée ne peut être assimilable à une condamnation faute de mise en mouvement de l'action publique, ce qui interdit notamment de la prendre en considération comme le premier terme de la récidive (F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op.cit.*, n°1177, p. 813).

¹⁴⁰⁶ L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, préc.

¹⁴⁰⁷ Pour une étude plus complète de cette procédure, V. not., E. DEZEUZE et G. PELLEGRIN, « Extension du domaine de la transaction pénale : la convention judiciaire d'intérêt public - - À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 », *JCP éd. G.* 2017, doct. 64 ; A. HUKKELAAS GAUSTAD et M.-A. NICOLAS, « La convention judiciaire d'intérêt public », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2017, n°2, p. 32 ; B. QUENTIN, « L'avènement d'une justice répressive "négociée" en matière financière », *JCP éd. G.* 2017, n°6, 282 ; A. MIGNON-COLOMBET, « La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ? », *AJ pén.* 2017, p. 68 ; M. SEVE et M. PEREZ, « Sapin II : Is the era of Compliance and criminal settlements upon France ? », *RTDF* 2017, p. 130, spéc. p. 133.

¹⁴⁰⁸ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public. Etude comparative France-Angleterre, op. cit.*, n°392, p. 361, et, « Réflexions sur la transaction pénale par officier de police judiciaire », *RSC* 2016, p. 1. L'auteur relève, d'abord, que l'article 40-1, 2° du CPP, qui énumère les procédures qualifiées d'alternatives aux poursuites n'a pas été réécrit en conséquence. Il relève surtout, envisageant les ressemblances et les dissemblances entre cette nouvelle procédure et la composition pénale, dont elle constituerait une « variante » selon l'expression de Monsieur le Professeur Robert (J.-H. ROBERT, « Réforme pénale - Punir dehors. Commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *Dr. pén.* 2014, étude 16, n° 13), que la nature de la TOPJ est « ambivalente » puisqu'elle semble varier selon ses suites : si, comme la composition pénale, l'exécution de l'intégralité des obligations résultant de l'acceptation de la transaction dans les délais impartis éteint l'action publique (C.P.P., article 41-1-1, III°, al. 2), leur inexécution oblige le procureur de la République à recourir à l'une des mesures prévues par l'article 41-1 du CPP, à mettre en œuvre une composition pénale ou à engager des poursuites (C.P.P., article 41-1-1, III°, al. 3). En cela, elle se distingue de la composition pénale, dont l'inexécution oblige le parquetier, dans un objectif de systématisation de la réponse pénale (J.-L. WARSMANN, Rapport n°856, 2^e partie, préc., p. 90), à mettre en mouvement l'action publique, « sauf élément nouveau » (C.P.P., article 41-2, al. 7) pour se rapprocher des mesures énumérées à l'article 41-1 du CPP. Elle laisse, en effet, au procureur une liberté plus grande quant au choix des suites données à l'inexécution de la mesure. L'auteur en conclut que la TOPJ est, selon son issue, soit une « véritable alternative aux poursuites », soit une « aide à la décision du procureur », la qualifiant *in fine* « d'alternative aux poursuites sous condition résolutoire d'inexécution des mesures et de mesure préalable à la décision sur l'action publique sous condition suspensive d'inexécution des mesures fixées ».

¹⁴⁰⁹ La TOPJ, créée par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales (*JORF* 17 août 2014, p. 13647, *Dr. pén.* 2014, étude 16, J.-H. ROBERT ; *AJ Pén.* 2015, p. 469, obs. C. MIANSONI ; *D.* 2014. 2182, obs. J.-B. PERRIER ; V. ég., N. JEANNE, « Réflexions sur la transaction pénale par officier de police judiciaire », préc.) permet à l'officier de police judiciaire, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement et sur autorisation du procureur de la République, de transiger avec les personnes physiques ou morales sur la poursuite pour différentes infractions énumérées à l'article 41-1-1 du code de procédure pénale. La proposition de transaction – dont les termes sont fonction des circonstances et de la gravité de l'infraction, de la personnalité de l'auteur et de sa situation matérielle, familiale ou sociale et de ses ressources –, fixe le montant de l'amende transactionnelle et, le cas échéant, l'obligation de réparer le dommage ayant résulté de l'infraction, ainsi que les délais impartis pour le paiement et l'exécution de l'obligation de réparation. Lorsque la proposition de l'OPJ, autorisée par le procureur, est acceptée par l'auteur de l'infraction, elle fait l'objet d'une homologation par le président du tribunal, à la manière d'une composition pénale (C.P.P., article 41-1-1, III°).

¹⁴¹⁰ CE, 24 mai 2017, n°395321 et 395509, Syndicat de la magistrature et autres Syndicat national des magistrats force ouvrière. Le Conseil d'Etat a jugé que la procédure instaurée, qui ne prévoit pas que la personne à qui est proposée la transaction soit dûment informée de la nature des faits reprochés et de leur qualification juridique,

492. Or, à la différence du classement sans suite « sec » qui, dans la loi, a longtemps constitué, la seule alternative à la mise en mouvement de l'action publique, ces différentes mesures appartiennent à une catégorie – plus générale – des réponses pénales, rendant l'éviction du contrôle de la légalité des investigations probablement plus discutable. L'exclusion de tout contrôle juridictionnel est d'autant plus sujette à controverse que leur vocation rétributive s'affirme à mesure que ces réponses se diversifient ce qui inspire, par là même, certaines interrogations sur leur parfaite constitutionnalité¹⁴¹¹. Plusieurs observateurs ont en effet souligné qu'à force de leur multiplication les mesures alternatives énumérées à l'article 41-1 du CPP, qui constituent un « premier palier dans l'échelle des réponses pénales apportées à la délinquance »¹⁴¹², ont une vocation punitive plus marquée, s'apparentant pour certaines à des peines complémentaires ou alternatives prévues par le Code pénal. Le stage de sensibilisation à la sécurité routière¹⁴¹³ ou de citoyenneté¹⁴¹⁴, l'interdiction de paraître dans certains lieux¹⁴¹⁵ ou encore de la sanction-réparation¹⁴¹⁶, qui figurent parmi les mesures susceptibles d'être décidées en application de l'article 41-1 du CPP, constituent toutes de véritables peines lorsqu'elles sont prononcées par un tribunal¹⁴¹⁷. Or, on se souvient que saisi de la question de la constitutionnalité de l'injonction pénale¹⁴¹⁸, les

méconnaissait l'article 6 de la Convention (consid. 6). En conséquence, il a annulé le décret n°2015-1272 pris pour son application.

¹⁴¹¹ P.-J. DELAGE, « La constitutionnalité évincée (à propos de la mesure d'éviction du domicile de l'article 41-1 6° du code de procédure pénale », préc., *Arch. pol. crim.*, 2007, p. 59, spéc. p. 67 ; N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public. Etude comparative France-Angleterre*, op. cit., n°215, p. 208.

¹⁴¹² F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op.cit., n°1161, p. 803.

¹⁴¹³ Cette mesure a été ajoutée à la liste des mesures prévues à l'article 41-1 du CPP (2°) par la loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière. Elle constitue, en application des articles 131-16, 221-8, 222-44 et 223-18, une peine complémentaire correctionnelle ou contraventionnelle.

¹⁴¹⁴ Cette mesure a été adjointe à la liste des mesures énumérées par l'article 41-1 du CPP (2°) par la loi du 9 mars 2004. Elle constitue, en application des articles 131-5-1, 131-16, 222-45, 225-19, 312-13, 311-14 ou encore 322-15, une peine complémentaire.

¹⁴¹⁵ Cette mesure a été ajoutée à la liste des mesures alternatives aux poursuites mentionnées à l'article 41-1 par la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, dans le contexte spécifique des infractions intrafamiliales. L'article 41-1, 6° du CPP dispose en effet qu'« [e]n cas d'infraction commise soit contre son conjoint ou son concubin, soit contre ses enfants ou les enfants de ce dernier, [il peut être] demand[é] à l'auteur des faits [...] de s'abstenir de paraître dans [l]e domicile ou [la] résidence [du couple] ou aux abords immédiats de celui-ci ». L'interdiction de paraître dans certains lieux constitue, par application de l'article 131-6, 12° du Code pénal une peine alternative à l'emprisonnement.

¹⁴¹⁶ Elle constitue une peine alternative à l'emprisonnement en application de l'article 131-8-1 du Code pénal.

¹⁴¹⁷ En ce sens, V. not., P.-J. DELAGE, « La constitutionnalité évincée (à propos de la mesure d'éviction du domicile de l'article 41-1 6° du code de procédure pénale », préc., p. 59 (L'auteur estime que « la mesure d'éviction du domicile – en tout cas considérée dans le cadre de l'article 41-1 du code de procédure pénale – est anticonstitutionnelle : parce qu'elle implique une restriction de liberté et porte atteinte à un droit fondamental (le droit au respect de la vie privée et de son domicile), son prononcé devrait nécessairement appeler l'intervention d'un juge du siège ») ; V. ég., N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public. Etude comparative France-Angleterre*, op. cit., n°215, pp. 207-208.

¹⁴¹⁸ L. n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, *JORF* 9 fév. 1995, p. 2175 ; V. not., B. BOURDEAU, « L'injonction pénale avortée : scories sur une question de confiance », *ALD* 1995.45 ; J. PRADEL, « D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale », *D.* 1995, chron. 171 ; J. VOLFF, Un coup pour rien ! L'injonction pénale et le Conseil constitutionnel, *D.* 1995, chron. 201.

Sages l'avaient jugée contraire aux exigences constitutionnelles aux motifs que les mesures susceptibles d'être décidées dans ce cadre, par le seul procureur¹⁴¹⁹, constituant de véritables « *sanctions pénales* » lorsqu'elles sont prononcées par un tribunal, « *[leur] prononcé et [leur] exécution [...], même avec l'accord de la personne susceptible d'être pénalement poursuivie, ne [pouvaient], s'agissant de la répression de délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais re[quéraient] la décision d'une autorité de jugement* » (consid. 5 et 6)¹⁴²⁰.

493. Le législateur a certes suivi ces exigences à l'occasion de la loi du 23 juin 1999, qui a créé la composition pénale¹⁴²¹. Cette procédure dont l'objectif est, comme l'injonction pénale dont elle s'inspire, de « donner une réponse pénale à des faits qu'on ne pouvait pas classer tout en évitant d'alourdir les audiences »¹⁴²², autorise le procureur, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, à proposer ou à faire proposer par une personne habilitée, au délinquant ou au contrevenant qui reconnaît avoir commis les faits, une ou plusieurs mesures mentionnées à l'article 41-2 du CPP. Les mesures envisagées, que le législateur a considérablement diversifiées depuis la création de cette procédure pour adapter la réponse pénale susceptible d'être apportée à l'infraction et à la personnalité de l'auteur, doivent, en cas d'accord de l'intéressé, faire l'objet d'une validation par le président du tribunal compétent, saisi à cet effet par le procureur de la République.

¹⁴¹⁹ Cette procédure, imaginée « pour mordre sur le classement sans suite en accroissement constant » (Avis n° 1427 de J.-P. BASTIANI, P. HOUILLON et M. PORCHER, fait au nom de la commission des lois, déposé le 22 juin 1994, p. 11 ; P. FAUCHON, Rapport n°30, préc. pp. 30 et s.) devait en effet permettre au procureur d'enjoindre à la personne soupçonnée d'être l'auteur d'une infraction de verser une certaine somme d'argent au Trésor public, de réparer le dommage causé à la victime, de remettre la chose ayant servi à la commission des faits ou de participer à une activité non rémunérée au profit d'une personne morale de droit public ou d'une association habilitée dans la limite de quarante heures. L'exécution de ces obligations dans le délai imparti devait emporter extinction de l'action publique.

¹⁴²⁰ Cons. Const., Déc. 95-360 DC du 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, D. 1995. 41, obs. J.-P. MENABE ; *Ibid.*, 45, obs. B. BOURDEAU ; *Ibid.* 171, obs. J. PRADEL ; *Ibid.*, 201, obs. J. VOLFF ; *Ibid.*, 340, obs. T.-S. RENOUX ; *Justices*, 1995, p. 302, obs. Y. MAYAUD.

¹⁴²¹ Sur cette procédure, V. not., *Répert. Dalloz, Droit pénal et procédure pénale*, v° « Composition pénale », oct. 2014, par J.-P. CERE ; V. ég., J. PRADEL, « Une consécration du 'plea-bargaining' à la française : la composition pénale », D. 1999, chron. 379 ; J. LEBLOIS-HAPPE, « De la transaction pénale à la composition pénale », *JCP éd. G.*, 2000, I, 198 ; J. VOLFF, « La composition pénale : un essai manqué », *Gaz. Pal.* 2000, *Doctr.* 559 ; P. PONCELA, « Quand le procureur compose avec la peine », *RSC* 2002, p. 638 ; J.-P. CERE, « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *AJ Pén.* 2003, p. 45 ; J. HEDERER, « Un an d'expérimentation de la composition pénale dans un tribunal de grande instance », *Ibid.* p. 53 ; J.-D. REGNAULT, « Composition pénale : l'exemple du Tribunal de Cambrai », *Ibid.*, p. 55 ; J. DANET et S. GRUNVALD, « Brèves remarques tirées d'une première évaluation de la composition pénale », *AJ Pén.* 2004, p. 196 ; C. SAAS, « De la composition pénale au plaider coupable, le pouvoir de sanction du procureur », *RSC* 2004, p. 827.

¹⁴²² J. PRADEL, « Une consécration du 'plea-bargaining' à la française : la composition pénale », préc.

494. Suivant les mêmes exigences, la nouvelle convention judiciaire d'intérêt public, circonscrite dans son domaine d'application¹⁴²³, s'inspire de ce mécanisme¹⁴²⁴, à l'exception notable que¹⁴²⁵, décidée à la suite d'une enquête, la reconnaissance des faits ne constitue pas une condition *sine qua non* à la possibilité d'y recourir¹⁴²⁶. Celle-ci, dont l'objectif est de « réprimer de façon effective et rapide des faits de corruption [...] en se dispensant d'une enquête longue et aléatoire, sans certitude de condamnation »¹⁴²⁷ – l'inefficacité des dispositifs français existants avait d'ailleurs été soulignée par l'OCDE¹⁴²⁸ –, autorise le procureur à proposer à une personne morale mise en cause pour une ou plusieurs infractions de corruption, assimilées à l'une d'elles ou s'y rapportant, à conclure une convention judiciaire d'intérêt public, imposant une ou différentes obligations, précisées par l'article 41-1-2 du CPP¹⁴²⁹. L'acquiescement de la personne morale mise en cause donne lieu, sur le modèle de la composition pénale, à la saisine du président du TGI aux fins de validation de la convention (C.P.P., article 41-1-2, II°). Le succès de cette procédure entraîne l'extinction de l'action publique. En revanche « *[s]i le président du tribunal ne valide pas la proposition de convention, si la personne morale mise en cause décide d'exercer son droit de rétractation [prévu par l'article 41-1-2, II°, al. 3]*

¹⁴²³ Elle ne peut être proposée qu'à une personne morale mise en cause pour un ou plusieurs délits prévus aux articles 433-1, 433-2, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 445-1, 445-1-1, 445-2 et 445-2-1, à l'avant-dernier alinéa de l'article 434-9 et au deuxième alinéa de l'article 434-9-1 du code pénal, pour le blanchiment des infractions prévues aux articles 1741 et 1743 du code général des impôts, ainsi que pour des infractions connexes, à l'exclusion de celles prévues aux mêmes articles 1741 et 1743 (C.P.P., article 41-1-2, I°).

¹⁴²⁴ Elle s'inspire surtout de procédures étrangères analogues, applicables aux personnes morales suspectées de corruption, notamment des Deferred Prosecution Agreements américain et anglais. V. not., A. HUKKELAAS GAUSTAD et M.-A. NICOLAS, « La convention judiciaire d'intérêt public », préc. ; M. SEVE et M. PEREZ, « Sapin II : Is the era of Compliance and criminal settlements upon France ? », préc.

¹⁴²⁵ A la différence de la composition pénale également, qui donne lieu à une inscription au bulletin n°1 du casier judiciaire, la CJIP n'y est pas inscrite. L'article 41-1-2 du CPP prévoit, en revanche, qu'elle « fait l'objet d'un communiqué de presse du procureur de la République » et que « [l']ordonnance de validation, le montant de l'amende d'intérêt public et la convention sont publiés sur le site internet de l'Agence française anticorruption » (C.P.P., article 41-1-2, II°, al. 5 et 6).

¹⁴²⁶ Se calquant sur les dispositions introduites à l'article 180-1 du CPP par la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles et ajustées par la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière à propos de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, l'article 180-2 du Code, inhérent à la convention judiciaire d'intérêt public, fait de la reconnaissance de culpabilité une condition du recours à cette procédure à l'occasion d'une information judiciaire. Il dispose, en effet, que « lorsque le juge d'instruction est saisi de faits qualifiés constituant un des délits mentionnés au I de l'article 41-1-2, que la personne morale mise en examen reconnaît les faits et qu'elle accepte la qualification pénale retenue, il peut, à la demande ou avec l'accord du procureur de la République, prononcer, par ordonnance, la transmission de la procédure au procureur de la République aux fins de mise en œuvre de la procédure prévue au même article 41-1-2 ».

¹⁴²⁷ Rapport n°712 sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique et sur la proposition de loi relative à la compétence du Défenseur des droits pour la protection des lanceurs d'alerte, Enregistré à la Présidence du Sénat le 22 juin 2016, présenté par F. PILLET, spéc. p. 86 ; V. ég., Rapport n°3785 et 3786 sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique et sur la proposition de loi relative à la compétence du Défenseur des droits pour la protection des lanceurs d'alerte, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 26 mai 2016, présenté par S. DENAJA, spéc. p. 157.

¹⁴²⁸ F. PILLET, Rapport n°712, préc., p. 86.

¹⁴²⁹ Soit, le versement d'une amende d'intérêt public, dont le montant, fixé en fonction des avantages tirés des manquements constatés, ne peut excéder 30% du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements d'une part, et/ou l'application d'un programme de conformité visant la mise en œuvre des mesures et procédures prévues à l'article 131-39-2 du Code pénal, sous le contrôle de l'Agence anti-corruption, nouvellement créée.

ou si, dans le délai prévu par la convention, [elle] ne justifie pas de l'exécution intégrale des obligations prévues, le procureur de la République met en mouvement l'action publique, sauf élément nouveau »¹⁴³⁰.

495. Si l'intervention d'un juge du siège est prévue, le rôle qui lui est dévolu est toutefois sans égal avec celui qui est le sien en cas de renvoi en jugement. Si, par définition, faute de poursuite, le recours à l'une d'elles évince le contrôle organisé par l'article 385 du CPP, les dispositions relatives à son intervention dans le cadre de ces procédures n'y pallient pas. Son rôle est en effet plus limitativement conçu.

En application de l'article 41-2 du CPP, le président du tribunal aux fins de la validation de la composition pénale « *peut procéder à l'audition de l'auteur des faits et de la victime, assistés, le cas échéant de leur avocat* », avant de valider ou de rejeter la proposition. Sa décision, notifiée à l'auteur des faits et, le cas échéant, à la victime, n'est pas susceptible de recours. En cas de validation, les mesures décidées sont mises à exécution. Dans le cas contraire, la proposition devient caduque.

Les dispositions relatives à la convention judiciaire d'intérêt public ne s'écartent que partiellement de ces dernières. Aux termes de l'article 41-1-2, II° du CPP, en cas d'accord de la personne morale à la proposition de convention, le procureur saisit le président du TGI aux fins de sa validation. La proposition est jointe à sa requête, laquelle contient « *un exposé précis des faits ainsi que la qualification juridique susceptible de leur être appliquée* ». Le juge procède à l'audition, en audience publique, de la personne mise en cause et de la victime assistées, le cas échéant, de leurs avocats. A l'issue de celle-ci, il valide ou non la proposition de convention après avoir vérifié, précise le texte, « *le bien-fondé du recours à cette procédure, la régularité de son déroulement, la conformité du montant de l'amende [proposée] et la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements* ». Sa décision, qui se résume donc à valider ou à rejeter la proposition de convention, sans pouvoir en modifier les termes, est notifiée aux personnes concernées. Elle n'est pas susceptible de recours. Si le législateur s'est fait plus précis sur le rôle dévolu au juge de la validation en lui imposant de s'assurer du bien-fondé du recours à cette procédure de CJIP, de la régularité du déroulement de celle-ci et de la conformité des mesures mises à la charge de la personne morale avant de valider la convention, le contrôle de la légalité de la procédure antérieure à la proposition ne fait pas l'objet de plus amples précisions que dans les dispositions relatives à la composition pénale. De même, le

¹⁴³⁰ Lorsqu'il est décidé de recourir à la procédure de convention judiciaire d'intérêt public dans le cadre d'une information judiciaire, « *le procureur de la République transmet la procédure au juge d'instruction, accompagnée des réquisitions aux fins de reprise de l'information* » (C.P.P., article 180-2, *in fine*).

législateur n'a-t-il pas expressément exigé du juge de s'en assurer d'office ni, consécutivement, fait de la constatation d'un vice un motif de rejet de la convention judiciaire d'intérêt public¹⁴³¹.

496. Ce laconisme trouve une justification dans le caractère plus consensuel de ces procédures. Quel intérêt il y aurait-il à permettre à la personne mise en cause de discuter de la régularité de la procédure et de rechercher l'annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure antérieure – et, par contagion, de tout ou partie de celle-ci – ou d'imposer au juge de s'en assurer d'office alors que l'intéressé reconnaît parallèlement les faits ou consent à la réponse pénale proposée selon les formes d'une procédure simplifiée ? L'exclusion de ce contrôle ne se résume cependant pas à ces hypothèses dans lesquelles aucune poursuite n'est *in fine* exercée. Elle se constate également dans des procédures qui constituent une modalité d'exercice des poursuites « alternatives à l'audience pénale classique »¹⁴³², lorsque la culpabilité n'est pas discutée.

b) La dépendance de la certitude du contrôle aux modalités de la poursuite

497. Différents cas d'éviction du contrôle de la légalité peuvent être distingués. Le premier résulte d'une mécanique procédurale qui, par souci de gain de temps et de moyens, bouleverse « le schéma classique de la réalisation du droit de punir »¹⁴³³ et évince l'audience ordinaire, à défaut d'opposition du prévenu : l'ordonnance pénale¹⁴³⁴. L'autre, qui peut donner lieu à des observations assez semblables à la composition pénale et à la CJIP, l'évade au profit d'une audience d'homologation d'une peine

¹⁴³¹ Une particularité de la CJIP, en comparaison de la composition pénale, est cependant à relever puisqu'en application de l'article 180-2, il est possible de recourir à cette procédure dans le cadre d'une information judiciaire. Cette disposition, qui s'inspire de celle introduite pour la CRPC (C.P.P., article 180-1), prévoit en effet que « lorsque le juge d'instruction est saisi de faits qualifiés constituant un des délits mentionnés au I de l'article 41-1-2, que la personne morale mise en examen reconnaît les faits et qu'elle accepte la qualification retenue, il peut, à la demande ou avec l'accord du procureur de la République, prononcer, par ordonnance, la transmission de la procédure au procureur de la République aux fins de la mise en œuvre [d'une convention judiciaire d'intérêt public] ». Ces dispositions peuvent surprendre tant elles permettent, de manière encore inédite, de recourir à une procédure alternative aux poursuites à la suite de la mise en mouvement de l'action publique. Mais, théoriquement donc, il n'est pas exclu que la régularité des actes d'investigation puisse, dans un premier temps, faire l'objet d'un contrôle juridictionnel selon les formes prévues dans le cadre de l'information judiciaire.

¹⁴³² COMMISSION SUR LA REPARTITION DES CONTENTIEUX (sous la Prés. de S. GUINCHARD), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au garde des Sceaux, La Documentation française, 2008, Paris, spéc. p. 121.

¹⁴³³ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public. Etude comparative France-Angleterre*, *op. cit.*, n°373 et s., p. 342 (« Le schéma classique de la réalisation du droit de punir, qui veut que la sanction ne soit prononcée qu'après que le ministère public ait saisi le juge [...] et que la contestation ait été vidée par le débat contradictoire, [est ici] bouleversé. [Alors que classiquement] le débat précède [...] l'ordre du juge [...] c'est [ici] l'ordre qui précède le débat »).

¹⁴³⁴ Pour une étude complète de cette procédure, V., *J.Cl. Procédure pénale*, v° « Fasc. 20 : procédure simplifiée », nov. 2015, par X. PIN ; V. ég., *Répert. Droit pénal et procédure pénale*, v° « Jugement par défaut » par C. FONTEIX, n°11-41.

proposée et acceptée par le prévenu : la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

498. L'éviction du contrôle dans le cadre de la procédure simplifiée ou ordonnance pénale -. L'ordonnance pénale est symptomatique d'une mécanique procédurale qui emporte, sauf opposition du prévenu, l'éviction de l'audience classique et, par là même, des contrôles qui en constituent l'accessoire. Cette procédure écrite et non contradictoire reproduit en effet, en matière pénale, la technique procédurale dite de « l'inversion des contentieux », développée en matière civile (ordonnance sur requête, injonction de payer), par souci de gagner du temps, lorsque procéder « selon les voies ordinaires [...] est sans nécessité réelle [parce que] le débiteur ne peut opposer aucun moyen sérieux de nature à faire l'objet d'un débat »¹⁴³⁵. Aussi implique-t-elle que « l'*imperium* du juge précède son rôle juridictionnel »¹⁴³⁶. L'initiative procédurale n'incombe plus au demandeur mais au défendeur auquel le paiement est réclamé, qui doit, s'il conteste sa dette, saisir la juridiction¹⁴³⁷.

499. Dans le même esprit, et pour les mêmes raisons, l'ordonnance pénale ou « procédure simplifiée », qui a puisé son inspiration dans une procédure allemande partiellement semblable (*Strafbefehl*)¹⁴³⁸, permet au procureur de la République, dans le cadre d'affaires simples et de « faible gravité »¹⁴³⁹, de communiquer directement au président du tribunal le dossier et ses réquisitions. Celui-ci statue, sauf à ce qu' « *il estime*

¹⁴³⁵ G. DE LEVAL, « Les ressources de l'inversion du contentieux » in M.-T. CAUPIN et G. DE LEVAL (sous la dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 85 ; V. ég., H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. III, Procédures de première instance, Sirey, Paris, 1991, n°1392, p. 1186 (pour lesquels si « pour obtenir un titre exécutoire, le créancier devait procéder selon les voies du droit commun, il en résulterait des lenteurs ainsi que des frais souvent disproportionnés au montant de la créance ; et cela, sans nécessité réelle dans bien des cas du fait que, très souvent, le débiteur ne peut opposer aucun moyen sérieux de nature à faire l'objet d'un débat ») ; R. PERROT, « L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sur requête) », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, p. 388.

¹⁴³⁶ H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. III, *op. cit.*, n°1392, p. 1186.

¹⁴³⁷ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public. Etude comparative France-Angleterre*, *op. cit.*, n°373 et s., p. 342.

¹⁴³⁸ Sur l'histoire de cette procédure et ses évolutions, V. not., X. PIN, « Fasc. 20 : procédure simplifiée », *préc.*, spéc. n°2 ; V. ég., J. LORENTZ et J. VOLFF, « L'ordonnance pénale : une procédure simple, rapide et peu coûteuse », *JCP éd. G.*, 1968, I, 2192 et, des mêmes auteurs, « La procédure simplifiée ou l'adaptation de la procédure pénale au droit français », *Gaz. Pal.* 1972, 1, doct. p. 274 ; « Les conditions d'application de la procédure simplifiée », *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 499 ; A. MAYER-JACK, « Une réforme à la Janus : introduction de l'ordonnance pénale dans la législation française et réduction du stationnement interdit à l'état administratif (commentaire de la loi du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contraventions) », *JCP éd. G.*, 1972, I, 2456 ; P.-J. DOLL, « La simplification de la procédure en matière de contravention (loi n° 72-5 du 3 janvier 1972) », *Gaz. Pal.*, 1972, 1, doct. p. 114 ; G. FRAY, « Les contraventions selon la loi du 3 janvier 1972 et les décrets du 12 juin 1972 et du 7 septembre 1975 [ordonnance pénale] », *Gaz. Pal.*, 1974, 2, doct. p. 598 et *Gaz. Pal.* 1977, 1, doct. p. 322.

¹⁴³⁹ L'article 495, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale autorise, plus précisément, le procureur à y recourir lorsque « les faits reprochés au prévenu sont simples et établis, que les renseignements concernant la personnalité, les charges et les ressources de celui-ci sont suffisants pour permettre la détermination de la peine, qu'il n'apparaît pas nécessaire, compte tenu de la faible gravité des faits, de prononcer une peine d'emprisonnement ou une peine d'amende d'un montant supérieur à celui fixé à l'article 495-1 [soit, 5 000 euros au plus] et que le recours à cette procédure n'est pas de nature à porter atteinte aux droits de la victime ».

qu'un débat contradictoire est utile » (C.P.P., articles 495-1 *in fine* et 525 *in fine*) – ou, lorsque la procédure simplifiée est applicable en matière correctionnelle (C.P.P., article 495), « qu'une peine d'emprisonnement devrait être prononcée » (C.P.P., article 495-1 *in fine*) –, « sans débat préalable par une ordonnance pénale portant relaxe ou condamnation à une amende ainsi que, le cas échéant, à une ou plusieurs des peines complémentaires encourues » (C.P.P., articles 495-1, al. 2 et 525). L'ordonnance qui contient, en plus des éléments d'identification et de motivation mentionnés (C.P.P., article 495-2), toutes les informations nécessaires à l'opposition de l'intéressé¹⁴⁴⁰, est transmise au ministère public. Ce dernier la notifie, sauf opposition de sa part, au prévenu (C.P.P., article 495-3) et, le cas échéant, à la partie civile (C.P.P., article 495-3-1). Ce n'est, en définitive, qu'en cas d'opposition dans les délais impartis que l'audience contradictoire reprend ses droits (C.P.P., article 495-4) préservant, par là même, la faculté de l'intéressé d'exciper de l'illégalité de la procédure antérieure. A défaut d'opposition, ce qui est statistiquement le cas le plus courant¹⁴⁴¹, l'ordonnance devient exécutoire (C.P.P., article 495-5)¹⁴⁴².

500. L'éviction du contrôle dans le cadre d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité -. La création de la CRPC par la loi du 9 mars 2004 a manifesté le même attrait du législateur français, dans un contexte

¹⁴⁴⁰ Cass. crim., 12 nov. 2014, *Bull.* n°234, *Dalloz actualité*, 4 déc. 2014, obs. S. FUCINI ; *AJ pén.* 2014, p. 262, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

¹⁴⁴¹ Les chiffres mentionnés par les Chiffres clé de la Justice pour l'année 2016 (chiffres 2015) indiquent que les parquets ont orienté les affaires délictuelles vers une ordonnance pénale dans près de 150 000 cas tandis que les tribunaux correctionnels ont été saisis, au cours de la même année, de 10 439 oppositions (ces chiffres clé n'apportent toutefois pas de précision sur l'auteur de l'opposition). V., MINISTERE DE LA JUSTICE, *Les chiffres-clés de la Justice 2016*, pp. 14-15.

¹⁴⁴² Sur le fondement de l'article 385 du CPP, la chambre criminelle a précisé qu'était irrecevable à exciper de l'irrégularité de la procédure antérieure le prévenu qui a motivé au fond son opposition et ne s'est pas présenté lors de l'audience correctionnelle, avant de soulever une exception de nullité pour la première fois devant les juges du second degré. En l'espèce, le demandeur au pourvoi avait été condamné par ordonnance pénale pour conduite sous l'empire d'un état alcoolique. Il avait formé opposition. Dans son courrier, il avait présenté des moyens de défense et sollicité une application indulgente de la loi pénale. Lors de l'audience devant le tribunal correctionnel, le prévenu, absent et non représenté, avait été condamné ; il interjetait appel de sa condamnation et soulevait, *in limine litis*, des exceptions de nullité tirées de l'irrégularité du contrôle d'alcoolémie dont il avait fait l'objet. Contestant le rejet de ces exceptions par les juges du second degré, il se pourvoyait en cassation. La chambre criminelle a rejeté le pourvoi. Assimilant les motifs de l'opposition à une défense au fond – alors, pourtant, qu'ils sont nécessairement rédigés dans l'ignorance du contenu de la procédure faute d'accès au dossier à ce stade –, la Haute juridiction a jugé que le demandeur à la nullité, bien qu'absent et non représenté devant la juridiction correctionnelle, était irrecevable à présenter des exceptions de nullité pour la première fois en cause d'appel par application de l'article 385 du CPP (Cass. crim., 15 oct. 2014, *Bull.* n°209). Pour une appréciation critique de cette solution, V., L. PRIOU-ALIBERT, « Opposition à ordonnance pénale et défense au fond », *Dalloz actualité*, 31 oct. 2014 (qui relève, d'une part, que les motifs de l'opposition sont surabondants dès lors que celle-ci n'a pas à être motivée et qu'elle ne peut véritablement l'être sans accès au dossier à ce stade de la procédure. Elle souligne, d'autre part, l'incompréhension de cette solution au regard de la jurisprudence de la Cour, qui aurait logiquement dû, selon elle, la conduire « à se prononcer sur le bien-fondé des nullités ». A ce titre, Madame Priou-Alibert, note que l'écrit, établi par le prévenu par méconnaissance de la procédure ne saurait être assimilé à une défense au fond dans une procédure orale ». Elle rappelle également que cette solution « paraît peu cohérente avec la jurisprudence selon laquelle le prévenu condamné contradictoirement en son absence ne saurait être regardé comme s'étant défendu au fond et peut, en conséquence, soulever pour la première fois en cause d'appel des exceptions de nullité de procédure (Cass. crim. 6 juin 2007, n° 06-88.541, *AJ pénal* 2007. 388 ; 29 janv. 1992, n° 91-83.712, *D.* 1992. 321, obs. J. Pradel) »).

d'engorgement des juridictions répressives, pour des procédures qui, reposant sur la reconnaissance des faits, autorisent l'économie de certaines formes alors jugées inopportunes. Elle permet, concrètement, au procureur de proposer à la personne qui reconnaît les faits dont elle est suspectée d'exécuter une ou plusieurs peines principales – le *quantum* de la peine d'emprisonnement ne peut excéder une durée d'une année, ni la moitié de celle légalement encourue¹⁴⁴³ – ou complémentaires encourues pour le délit concerné (C.P.P., article 495-8, al. 2). L'acceptation de la proposition par l'intéressé doit être formulée en présence de son avocat (C.P.P., article 495-9, al. 1^e), préalablement autorisé à consulter l'entier dossier de la procédure (C.P.P., article 495-8, al. 4). La personne peut librement s'entretenir avec celui-ci, hors la présence du procureur, avant de faire connaître sa décision et est avisée qu'elle peut solliciter un délai de réflexion de dix jours avant de décider si elle accepte ou non la ou les peines qui lui sont proposées (C.P.P., article 495-8, *in fine*)¹⁴⁴⁴. En cas d'acceptation, elle est aussitôt présentée devant le président du TGI ou le juge délégué par lui, saisi par le procureur de la République d'une requête en homologation.

501. Le rôle du juge de l'homologation est davantage précisé que dans les dispositions relatives à la composition pénale. Il en ressort que le juge entend, lors d'une audience publique au cours de laquelle la présence du procureur n'est pas obligatoire, la personne mise en cause et son avocat (C.P.P., article 495-9, al. 2) ainsi que – « *lorsqu'elle est identifiée* » – , la victime des faits, « *invitée à comparaître en même temps que l'auteur des faits, accompagnée le cas échéant de son avocat [...] pour se constituer partie civile et demander réparation de son préjudice* » (C.P.P., article 495-13). Après avoir vérifié la réalité des faits et leur qualification juridique, le juge peut décider d'homologuer les peines proposées par le procureur (C.P.P., article 495-9, al. 2). Dans une réserve d'interprétation formulée dans sa décision du 2 mars 2004¹⁴⁴⁵, partiellement reproduite dans sa décision du 8 décembre 2011 rendue à propos de la constitutionnalité de la quasi généralisation du domaine d'application de la CRPC en matière délictuelle¹⁴⁴⁶, le Conseil constitutionnel a apporté certaines précisions sur le rôle de ce juge. Il a d'abord indiqué qu'il appartenait au juge

¹⁴⁴³ L'amende ne peut excéder le montant de l'amende légalement encourue (C.P.P., article 495-8, al. 3).

¹⁴⁴⁴ La conséquence est cependant que le procureur pourra décider de « *la présenter devant le juge des libertés et de la détention pour que celui-ci ordonne son placement sous contrôle judiciaire, à l'assignation à résidence avec surveillance électronique ou, à titre exceptionnel et si l'une des peines proposées est égale ou supérieure à deux mois d'emprisonnement ferme et que le procureur de la République a proposé sa mise à exécution immédiate, son placement en détention provisoire, selon les modalités prévues par l'avant-dernier alinéa de l'article 394 ou les articles 395 et 396, jusqu'à ce qu'elle comparaisse de nouveau devant le procureur de la République* » (C.P.P., article 495-10).

¹⁴⁴⁵ Cons. Const., Déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, préc., (consid. 107).

¹⁴⁴⁶ Cons. Const., Déc. n° 2011-641 DC du 8 déc. 2011, Loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles (consid. 16). V. not., O. BACHELET, « Plaider-coupable : l'inexorable montée en puissance du Parquet », *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 21 déc. 2011 ; J.-B. PERRIER, « L'extension du plaider-coupable est conforme à la Constitution », *RFDC* 2012, p. 851.

de refuser l'homologation « *s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire* » ou lorsque « *les déclarations [éventuelles] de la victime apportent un éclairage nouveau sur les conditions dans lesquelles l'infraction a été commise ou sur la personnalité de l'auteur* ». Les Sages ont également précisé qu'il incombait au juge de l'homologation, qui « *n'est lié ni par la proposition du procureur, ni par son acceptation par la personne concernée [...] de s'assurer que l'intéressé a reconnu librement et sincèrement être l'auteur des faits et de vérifier la réalité de ces derniers* »¹⁴⁴⁷.

L'ordonnance par laquelle il homologue le cas échéant la proposition est motivée conformément à l'article 495-11 du CPP, c'est-à-dire « *par les constatations, d'une part, que la personne, en présence de son avocat, reconnaît les faits qui lui sont reprochés et accepte la ou les peines proposées par le procureur de la République, d'autre part, que cette ou ces peines sont justifiées au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur* ». Elle « *a les effets d'un jugement de condamnation* » et est « *immédiatement exécutoire* ». La décision peut faire l'objet d'un appel suivant les conditions posées aux articles 498, 500, 502 et 505 du CPP. A défaut, elle a les effets d'un jugement passé en force de chose jugée, conformément à l'article 495-11 du CPP.

502. Plusieurs observateurs ont fait remarquer que, même renforcé par les dispositions légales et les précisions du Conseil constitutionnel, le rôle du juge de l'homologation demeure toutefois circonscrit. S'il ne peut modifier les termes de la proposition, ni la loi, ni le Conseil n'ont pris soin de préciser le rôle de ce juge en cas d'irrégularité de la procédure antérieure en formulant explicitement qu'un vice constitue une cause de non-homologation de la procédure¹⁴⁴⁸. Il est cependant vrai que considérer que le juge de l'homologation est compétent pour s'assurer d'office de la régularité des actes de l'enquête¹⁴⁴⁹ conduirait à lui donner davantage de pouvoirs qu'au juge de la culpabilité dans le cadre d'une audience ordinaire¹⁴⁵⁰. Surtout, les critiques à

¹⁴⁴⁷ Cons. Const., Déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, préc., (consid. 111).

¹⁴⁴⁸ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public. Etude comparative France-Angleterre*, op. cit., n°400, p. 370 ; V. ég., A. MARON et M. HAAS, « Reconnaître, c'est se défendre ... », *Dr. pén.* 2012, comm. n°59 (relevant également le silence du Conseil constitutionnel à cet égard).

¹⁴⁴⁹ Par hypothèse, le prévenu ayant reconnu les faits et accepté la peine proposée, il n'a certainement pas l'intention de contester la régularité. Puisque son avocat doit avoir accès au dossier préalablement à l'acceptation, il aura dû vérifier que la procédure n'est pas entachée d'une irrégularité et conseiller son client en conséquence. Ici, encore, il conviendrait cependant de rappeler la spécificité de la CRPC qui, à l'image de la CJIP inspirée de celle-ci, peut être décidée dans le cadre d'une information judiciaire, « *à la demande ou avec l'accord du procureur de la République, du mis en examen ou de la partie civile [...] lorsque la personne mise en examen reconnaît les faits et qu'elle accepte la qualification pénale retenue* » (C.P.P., article 180-1).

¹⁴⁵⁰ V. not., A. MARON et M. HAAS, « Reconnaître, c'est se défendre... », préc. ; P.-J. DELAGE, « La sanction des nullités de la garde à vue : de la sanction juridictionnelle à la 'sanction parquettière' », *Arch. pol. crim.* 2006/1, p. 135, spéc. p. 150.

l'égard de cette omission pouvaient être nuancées par la faculté dont dispose le prévenu, en application de l'article 495-11 du CPP, d'interjeter appel de l'ordonnance d'homologation et donc de soulever d'éventuelles causes de nullité s'il constatait, postérieurement à l'homologation, de potentielles irrégularités de la procédure antérieure¹⁴⁵¹. On comprend dès lors la perplexité de certains observateurs à la suite de l'arrêt 22 février 2012¹⁴⁵² dans lequel la chambre criminelle a estimé que « *s'instaure un débat au fond devant le président du tribunal correctionnel* » et qu'en conséquence l'exception de nullité soulevée à ce stade de la procédure était irrecevable par application de l'article 385 du CPP¹⁴⁵³.

503. La contestation peut être nuancée. Car, si ni la loi ni les Sages n'ont effectivement précisé le rôle du juge de l'homologation dans l'examen de la régularité

¹⁴⁵¹ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public. Etude comparative France-Angleterre*, *op. cit.*, n°400, p. 370.

¹⁴⁵² Cass. crim., 22 fév. 2012, *Bull.* n°52, *Dalloz actualité*, 8 mars 2012, obs. M. BOMBLED ; *D.* 2012, Actu. 684 ; *Ibid.* 2118, obs. J. PRADEL ; *AJ pén.* 2012, p. 236, obs. J. GALLOIS ; *Dr. pén.* 2012, comm. 59, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Ibid.* Chron. 7, obs. V. LESCLOUS ; *Procédures* 2012, comm. n°132, obs. J. BUISSON.

¹⁴⁵³ Certains auteurs l'ont approuvé. Monsieur le Professeur Pradel l'a justifié, relevant que « l'audience d'homologation peut aboutir à une ordonnance qui « *a les effets d'un jugement de condamnation* » [...] et qui se trouve donc sur le même plan que le jugement correctionnel ; d'où l'application naturelle de l'article 385 à cette procédure rapide et cette application se comprend d'autant mieux que les deux procédures – la procédure classique et celle rapide – sont intégrées dans un même chapitre intitulé « Du tribunal correctionnel » (art. 381 à 495-16). [En outre, précise-t-il], même si le président se voit conférer une mission de fond par l'article 495-9 du code de procédure pénale (vérification de la réalité des faits et de leur qualification juridique, justification de la peine au regard des exigences de l'art. 132-24 c. pén., qui s'applique évidemment à la procédure classique), et s'il est vrai qu'il n'est rien dit sur les exceptions de la nullité, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas recevoir des conclusions aux fins de telles exceptions. [E]nfin, [ajoute l'auteur] il ne faut pas perdre de vue les exigences de la célérité avec le fameux « délai raisonnable » (art. préliminaire c. pr. pén.). Or, si ce principe est général, il doit s'appliquer à plus forte raison dans le cadre de la CRPC qui a été instituée justement pour accélérer le cours de la justice pénale, tout comme l'ordonnance pénale » (J. PRADEL, « Procédure pénale », *D.* 2012. 2118). Madame Julie Gallois l'a également justifié, estimant que « confirmer [la] position adoptée par les juges du fond [aurait eu pour effet de] méconnaître la teneur même de cette audience, pourtant mise en exergue par le Conseil constitutionnel lors de sa décision du 2 mars 2004 relative au contrôle a priori de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite Perben II [et aux termes de laquelle] pour que le président du tribunal correctionnel puisse homologuer la peine proposée par le procureur de la République et acceptée par le prévenu, il lui appartient [...] de vérifier la qualification juridique des faits et de s'interroger sur la justification de la peine au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur » (J. GALLOIS, « CRPC : l'audience d'homologation instaure un débat au fond », *AJ pén.* 2012, p. 236). D'autres auteurs l'ont contesté. Ainsi de Madame Haas et de Monsieur Maron pour lesquels si l'audience d'homologation peut éventuellement être assimilée à un « débat au fond », rien, au contraire, ne s'apparente à « une défense au fond » et ne peut donc faire obstacle, selon le dernier alinéa de l'article 385 du CPP, à la recevabilité d'une exception de nullité. Ces auteurs relèvent en outre que la procédure simplifiée de CRPC fait l'objet d'une section particulière, distincte de celle dans laquelle est introduite l'article 385 du CPP de telle sorte que ces dernières dispositions ne devaient nécessairement trouver application dans le cadre de celle-ci. Ils relèvent enfin qu'il est hasardeux de considérer que la personne mise en cause excipe de la nullité de la procédure antérieure durant l'audience d'homologation et, qu'au demeurant, l'on ne peut davantage penser que le juge puisse relever d'office une nullité procédurale dès lors que cela reviendrait à lui conférer des pouvoirs plus étendus que ceux dont dispose le juge correctionnel dans le cadre d'une audience ordinaire (A. MARON et M. HAAS, « Reconnaître, c'est se défendre... », préc.). Monsieur Jeanne l'a également discuté, estimant, d'une part, que l'audience d'homologation ne peut être valablement assimilée à un débat au fond puisque rien n'est véritablement débattu lors de celle-ci et que, par ailleurs, le contradictoire – le procureur de la République – peut ne pas être présent lors de celle-ci (C.P.P., article 495-9) ; il discute, d'autre part, l'assimilation de la reconnaissance de culpabilité puisque l'intéressé n'est pas précisément appelé à se défendre à cette occasion (N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public. Etude comparative France-Angleterre*, *op. cit.*, n°400, p. 373).

de la procédure antérieure, celui-ci ressort de la circulaire Crim-04-12-E8 du 2 septembre 2004 qui précise : « [i]l résulte de la nature même de la procédure de CRPC, et notamment des réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel, que l'homologation de la proposition du parquet suppose d'autres vérifications préalables » que celles expressément mentionnées à l'article 495-11 du CPP¹⁴⁵⁴. Elle invite donc « [l]e président ou le juge délégué [à] vérifier la régularité de la procédure, et refuser d'homologuer s'il constate la nullité de la procédure d'enquête ou la nullité de la procédure de CRPC, quelles que soient les causes de nullité »¹⁴⁵⁵. Monsieur Delage estime d'ailleurs qu'une même faculté pourrait parfaitement exister pour le juge de la validation dans le cadre d'une composition pénale¹⁴⁵⁶ car même si l'on peut considérer, faute de précisions dans la loi, que le juge « excéderait [alors] ses pouvoirs en 'relevant d'office' l'irrégularité en cause » rien dans les dispositions en vigueur ne permettrait de le contester. Aucun recours contre la décision du juge refusant de valider les mesures proposées dans le cadre d'une composition pénale n'est en effet prévu, la loi se contentant de préciser les suites qui doivent être données en cas d'échec¹⁴⁵⁷, quel que soit le motif. Il faut cependant reconnaître que les précisions apportées par la circulaire sont insuffisantes pour garantir, avec certitude, un tel contrôle. Les indications de la circulaire, qui excèdent les termes de la loi et des réserves d'interprétation formulées par les Sages, ne peuvent s'analyser qu'en une recommandation adressée au juge de l'homologation, dont la méconnaissance ne pourrait être contestée.

¹⁴⁵⁴ Circ. de présentation des dispositions de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relatives à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, Crim-04-12-E8, JUS-D-04-30176C, p. 29.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*

¹⁴⁵⁶ P.-J. DELAGE, « La sanction des nullités de la garde à vue : de la sanction juridictionnelle à la 'sanction parquetière' », préc., spéc. p. 150.

¹⁴⁵⁷ Ainsi, en cas d'échec de la CRPC, notamment lorsque le juge refuse son homologation, « le procureur de la République saisit, sauf élément nouveau, le tribunal correctionnel selon l'une des procédures prévues par l'article 388 ou requiert l'ouverture d'une information » (C.P.P., article 495-12). Le procureur peut d'ailleurs aujourd'hui anticiper l'échec de la procédure en procédant « simultanément à une convocation en justice en application de l'article 390-1 » (C.P.P., article 495-15-1). Cette double-convocation, initialement condamnée par la chambre criminelle (V., Cass. crim., 4 oct. 2006, *Bull. crim.* n° 244 ; *AJ pén.* 2007, p. 79, note J. LEBLOIS-HAPPE ; *D.* 2007, 58, note P.-J. DELAGE ; *RSC* 2007, p. 118, obs. A. GIUDICELLI ; Cass. crim., 14 oct. 2008, *Bull.* n° 208 ; *Dalloz actualité*, 4 nov. 2008, obs. M. LENA ; *AJ pén.* 2008, p. 517, obs. M.-E. C. ; *D.* 2008, 2796, obs. M. LENA) est légalement permise depuis la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (Sur cette dernière évolution, V. not., F. DEFFERRARD, « La dénaturation du 'plaider coupable' après la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures », *Dr. pén.* 2009, étude 13 ; P.-J. DELAGE, « 'Plaider coupable' : la clarification par l'entérinement des pratiques », *D.* 2009, p. 1650 et s. ; Y. JOSEPH-RATINEAU, « Petites incohérences pratiques résultant de la double convocation dans le cadre de la CRPC », *Ibid.*, p. 2815 et s. En matière de composition pénale, l'article 41-2 du Code de procédure pénale précise que si le président du tribunal refuse de la valider, la proposition devient caduque. Son ordonnance, qui est notifiée à la personne mise en cause et, le cas échéant, à la victime, n'est pas susceptible de recours. Relevons, d'ailleurs, que si l'article 41-2 du CPP prévoit les suites à donner lorsque l'intéressé n'accepte pas les mesures proposées par le procureur ou, après validation, n'exécute pas intégralement les mesures décidées – dans ce cas, le parquetier « met en mouvement l'action publique, sauf élément nouveau » –, le texte n'apporte aucune précision lorsque l'échec de la procédure résulte du refus du juge de valider la composition pénale.

504. L'ampleur de l'éviction de ce contrôle -. L'éviction du contrôle décrite doit être, pour en mesurer pleinement l'ampleur, mise en relation avec l'extension du domaine d'application de ces procédures allégées et, consécutivement, l'usage qui en est aujourd'hui fait dans la pratique. Au-delà de la diversification des procédures simplifiées, garantes du traitement des contentieux dans un délai restreint, le législateur a en effet témoigné de son intérêt pour celles-ci en étendant constamment leur champ. Ainsi, l'ordonnance pénale, initialement réservée aux contraventions¹⁴⁵⁸, a été étendue aux délits routiers par la loi du 9 septembre 2002 dans un premier temps¹⁴⁵⁹. Son domaine d'application a depuis été élargi à de nombreuses catégories de délits¹⁴⁶⁰, parce que, a-t-il été souligné, cette procédure de jugement, écrite et non contradictoire, « simple, rapide et peu coûteuse »¹⁴⁶¹, constitue un « outil de régulation des flux très efficace »¹⁴⁶², particulièrement adapté aux contentieux « de masse »¹⁴⁶³. De même, le champ d'application de la CRPC, qui doit participer d'« une justice plus 'humaine', mieux comprise et, partant, mieux exécutée »¹⁴⁶⁴, et dont l'intérêt est, malgré les

¹⁴⁵⁸ V. not., J. LORENTZ et J. VOLFF, « La procédure simplifiée ou l'adaptation de la procédure pénale au droit français, préc. ; A. MAYER-JACK, « Une réforme à la Janus : introduction de l'ordonnance pénale dans la législation française et réduction du stationnement interdit à l'état administratif (commentaire de la loi du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contraventions) », préc. ; P.-J. DOLL, « La simplification de la procédure en matière de contravention (loi n° 72-5 du 3 janvier 1972) », préc.

¹⁴⁵⁹ Rapport n°157 sur le projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 juillet 2002, présenté par J.-L. WARSMANN, spéc. pp. 38 et 179 ; J. VOLFF, « L'ordonnance pénale en matière correctionnelle », *D.* 2003, p. 2777 ; L. DESSESSART, « Le traitement simplifié des infractions à la circulation routière » in M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal post moderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, Coll. « Droit et justice », Paris, 2009, p. 291 et s.

¹⁴⁶⁰ La loi du 9 mars 2004 l'a rendue applicable aux délits en matière de réglementations relatives aux transports terrestres. La loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (*JORF* du 3 août 2005, p. 12639) l'a étendue aux délits prévus au titre IV du livre IV du code de commerce pour lesquels aucune peine d'emprisonnement n'est encourue. Celle du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance au délit d'usage illicite de l'une des substances ou plantes classées comme stupéfiants prévu à l'article L. 3421-1 du code de la santé publique ainsi qu'au délit d'occupation en réunion des espaces communs ou des toits d'immeubles collectifs d'habitation empêchant l'accès ou la libre circulation des personnes ou le bon fonctionnement des dispositifs de sécurité et de sûreté. La loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles y a ajouté les délits de vol et de recel de vol, de filouterie, de détournement de gage ou d'objet saisi, de destructions, dégradations et détériorations d'un bien privé ou public, de fuite lorsqu'il est commis à l'occasion de la conduite d'un véhicule, de vente à la sauvette, de contrefaçon prévus aux articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle, en matière de chèque ainsi que les délits de port ou transport d'armes de la 6e catégorie... Aussi, certains auteurs s'interrogent-ils aujourd'hui sur le « développement illimité de l'ordonnance pénale » (N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public. Etude comparative France-Angleterre*, op. cit., n°376, pp. 347 et s.) relevant d'ailleurs que la Commission Guinchard avait proposé une quasi généralisation du domaine d'application de cette procédure pour les « infractions simples, ce qui [précisait-elle] peut être le cas d'infractions pour lesquelles la peine encourue est importante » (COMMISSION SUR LA REPARTITION DES CONTENTIEUX (sous la Prés. de S. GUINCHARD), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, op. cit., spéc. p. 140).

¹⁴⁶¹ J. LORENTZ et J. VOLFF, « L'ordonnance pénale : une procédure simple, rapide et peu coûteuse », préc. ; V. ég., COMMISSION SUR LA REPARTITION DES CONTENTIEUX (sous la Prés. de S. GUINCHARD), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, op. cit., spéc. p. 121 (Les auteurs du rapport reprenant cette formule pour présenter les avantages de la procédure simplifiée).

¹⁴⁶² Rapport d'information n°17 sur les procédures accélérées de jugement en matière pénale, Annexe au procès-verbal de la séance du 12 octobre 2005, par Monsieur F. ZOCCHETTO, spéc. p. 45.

¹⁴⁶³ *Ibid.* ; V. ég. COMMISSION SUR LA REPARTITION DES CONTENTIEUX (sous la Prés. de S. GUINCHARD), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, op. cit., spéc. p. 121.

¹⁴⁶⁴ F. ZOCCHETTO, Rapport d'information n°17, préc. spéc. p. 63 et s.

appréhensions initiales qu'elle avait suscitées¹⁴⁶⁵, généralement reconnu par les praticiens¹⁴⁶⁶, a été considérablement étendu depuis sa création. Initialement circonscrit aux « délits punis à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans » (C.P.P., anc. article 495-7) – à l'exception de ceux mentionnés à l'article 495-16 du CPP –, il a été élargi, sur l'invitation de la Commission « Guinchard »¹⁴⁶⁷, à la quasi-totalité des délits – à l'exclusion de ceux expressément mentionnés à l'article 495-7 du CPP –, par la loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011¹⁴⁶⁸. Une même observation vaudrait, d'ailleurs, pour la composition pénale qui a connu, en plus d'une diversification importante des mesures susceptibles d'être proposées par le parquet, une extension de son domaine d'application aux délits punis de cinq ans d'emprisonnement au plus, à l'exception de ceux énumérés par l'article 41-2 du CPP.

505. La pratique s'est naturellement saisie de ces nouvelles alternatives aux poursuites ou à l'audience classique, en y ayant recours dès lors que la gravité de l'infraction, la personnalité de l'auteur et son passé judiciaire ou encore la réparation du dommage causé à la victime l'autorisent¹⁴⁶⁹.

¹⁴⁶⁵ Rapport n°394 sur le projet de loi relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, Enregistré à la Présidence du Sénat le 30 mars 2011, par Monsieur Y. DETRAIGNE, spéc. p. 115.

¹⁴⁶⁶ F. ZOCCHETTO, Rapport d'information n°17, préc. spéc. p. 61.

¹⁴⁶⁷ COMMISSION SUR LA REPARTITION DES CONTENTIEUX (sous la Prés. de S. GUINCHARD), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, op. cit.*, spéc. pp. 143 et s. (La Commission avait relevé qu'en l'état du droit en vigueur, le ministère public était privé d'une voie de poursuite qui pouvait néanmoins s'avérer appropriée, infractions à la législation sur les stupéfiants dont les qualifications juridiques – contrairement aux peines requises et prononcées – sont indifférentes à la quantité de substance détenues et transportées. Elle observait qu'en raison des limites du champ d'application de cette procédure, certains parquets admettaient de disqualifier les faits afin de pouvoir y recourir).

¹⁴⁶⁸ L. n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *JORF* du 14 déc. 2011, p. 21105, *Dalloz actualité*, 16 déc. 2011, obs. E. ALLAIN.

¹⁴⁶⁹ Le recours à l'ordonnance pénale, fortement recommandé à l'égard de faits représentant un volume important d'affaires, et asphyxiant donc les juridictions correctionnelles (défaut de permis de conduire, conduite sous l'empire d'un état alcoolique de faible gravité sans récidive ni réitération, conduite malgré l'invalidation du permis, conduite sous l'emprise de stupéfiants...), a été en nette progression entre 2002 et 2008. Sur les 409 561 affaires poursuivables ayant donné lieu à la saisine du tribunal correctionnel, 13 574 l'ont été selon la procédure de l'ordonnance pénale en 2003 ; 129 577 l'ont été sur les 550 582 affaires ayant donné lieu à une poursuite devant cette juridiction en 2006 ; 136 124 sur les 530 760 procédures en 2008 (V., MINISTERE DE LA JUSTICE, SOUS-DIRECTION DE LA STATISTIQUE ET DES ETUDES, *Annuaire statistique de la Justice*, Edition 2008, p. 109 ; MINISTERE DE LA JUSTICE, SOUS-DIRECTION DE LA STATISTIQUE ET DES ETUDES, *Annuaire statistique de la Justice*, Edition 2011-2012, p. 109). Il connaît, depuis, une relative stagnation. Sur les 513 911 affaires poursuivables ayant donné lieu à la saisine du tribunal correctionnel en 2011, 151 029 l'ont été selon la procédure simplifiée (MINISTERE DE LA JUSTICE, *Chiffres-clés de la Justice 2012*, p. 14) tandis que 144 775 affaires ont été orientées vers l'ordonnance pénale sur les 492 798 poursuivies devant le tribunal correctionnel en 2013 (MINISTERE DE LA JUSTICE, *Chiffres-clés de la Justice 2014*, p. 14). En 2015, sur les 482 678 affaires délictuelles poursuivables ayant donné lieu à la saisine d'un tribunal correctionnel, 148 498 l'ont été selon cette procédure (MINISTERE DE LA JUSTICE, *Chiffres-clés de la Justice 2016*, p. 14), auxquelles s'ajoutent les ordonnances pénales dans le cadre d'affaires contraventionnelles. Le même constat s'impose à propos de la CRPC : 27 200 affaires poursuivables ayant donné lieu à la saisine du tribunal correctionnel (sur 516 017) ont été orientées vers une requête en homologation en 2005 (MINISTERE DE LA JUSTICE, *Annuaire statistique de la Justice*, Edition 2008, préc., p. 109), 78 299 sur 514 699, en 2010 (MINISTERE DE LA JUSTICE, *Annuaire statistique de la Justice*, Edition 2011-2012, préc., p. 109). Les derniers Chiffres-clés de la Justice publiés font état de 58 949 procédures ainsi orientées (MINISTERE DE LA JUSTICE, *Chiffres-clés de la Justice 2016*, p. 14). La même observation vaut pour les mesures alternatives aux poursuites, hors composition pénale : 289 485 affaires ont été orientées vers une alternative aux poursuites, hors composition pénale, en 2002, contre 468 045 en 2006, 558 003 en 2011 et 463 960 en 2015 (MINISTERE DE LA JUSTICE, *Annuaire statistique de la Justice*, Edition 2008, préc., p. 109 ; MINISTERE DE LA JUSTICE,

506. En fonction donc de la voie choisie par le procureur à l'issue de l'enquête, tout contrôle de la légalité peut se trouver évincé, au profit d'un gain de temps et d'économie de moyens. Cette exclusion, et donc le caractère finalement aléatoire du contrôle de la légalité des actes de l'enquête qui en résulte, fait l'objet de discussions, que la jurisprudence des Hautes juridictions françaises a récemment avivées.

2) *La contestation du caractère aléatoire en résultant*

507. Discutée par la doctrine, l'éviction du contrôle de la régularité des actes de la procédure est également débattue entre les Hautes juridictions françaises. Sur QPC, le Conseil constitutionnel a rendu plusieurs décisions contrariantes pour le maintien du droit en vigueur. La chambre criminelle a depuis fait preuve de davantage de mesure, refusant de transmettre certaines QPC aux Sages et abordant la question du caractère aléatoire du contrôle de la légalité au cours de la procédure autrement. La discussion doctrinale que nourrit l'état du droit sera abordée (a), préalablement à l'hésitation jurisprudentielle qui ressort de décisions et arrêts récents (b).

a) La discussion doctrinale

508. Deux visions s'opposent sur ce point. D'une part, faisant observer que le contrôle de la légalité des actes de l'enquête est largement dépendant de la voie empruntée par le procureur à l'issue des investigations¹⁴⁷⁰, Monsieur Jeanne insiste sur la nécessité d'une imposante réforme qui consisterait à situer le contrôle de la régularité en amont de la décision sur l'action publique. Seule cette inversion permettrait d'éviter que le parquet compose en fonction de la qualité de son dossier au détriment de la sauvegarde des formalités prescrites par le Code¹⁴⁷¹. Monsieur Delage estime, lui, que la sanction parquétière se substituant à la sanction juridictionnelle, le droit en vigueur demeure acceptable.

Chiffres-clés de la Justice 2012, p. 14 ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Chiffres-clés de la Justice 2016*, p. 14). Enfin, les recours à la composition pénale se sont accrus, avant de connaître une relative baisse ces dernières années : 6 755 affaires poursuivables ont été ainsi orientées en 2002, 51 065 en 2006, 72 519 en 2011, 67 134 en 2015 (*Ibid.*).

¹⁴⁷⁰ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public. Etude comparative France-Angleterre*, *op. cit.*, n°632 et s., pp. 617 et s.

¹⁴⁷¹ V., *Infra*, n°870.

509. La perception acceptable du système en vigueur -. Monsieur Delage fait observer, dans une étude consacrée aux nullités de la garde à vue, que constatant une irrégularité, le procureur peut parfaitement « tenter de [les] sauver »¹⁴⁷², en la contournant, en faisant échec au possible soulèvement de la nullité ou en anticipant sur la sanction juridictionnelle¹⁴⁷³. L'auteur entend toutefois mettre ici en lumière une évolution de la sanction juridictionnelle – l'annulation – vers une « sanction parquetière »¹⁴⁷⁴. Le magistrat du ministère public étant « l'un des premiers acteurs du procès pénal susceptible de découvrir, lors de l'étude des procédures qui lui sont transmises, une nullité [...] et, en conséquence [...] de mesurer l'influence de cette même nullité sur les autres actes et pièces de la procédure, [il peut] apprécier l'opportunité – ou, au contraire, l'inopportunité – du déclenchement de l'action publique »¹⁴⁷⁵. Or face au constat d'une nullité susceptible de répercussions importantes sur la suite de la procédure, « [q]uel que soit le choix pour lequel il optera, c'est bien à une forme de 'sanction' qu'il recourra : soit par un contournement de l'obstacle rencontré, soit par un 'déclassement' de la réponse pénale (c'est-à-dire en choisissant une voie aboutissant à l'obtention d'un 'bénéfice' moindre que celui originellement escompté), ou encore par un classement sans suite pur et simple de la procédure »¹⁴⁷⁶. L'auteur de conclure toutefois, après une analyse détaillée des solutions qui s'offrent au procureur, que la seule voie dont il conserve la pleine maîtrise est celle du classement sans suite « sec », c'est-à-dire celle qui « à défaut d'être proprement pénale, [constitue néanmoins] la démonstration du plus grand respect accordé aux principes de la procédure pénale »¹⁴⁷⁷.

510. L'analyse plus critique du système en vigueur -. Monsieur Jeanne défend une vision plus critique du système actuel permettant au procureur, grâce à la multiplication des modes de traitement de la délinquance et l'éviction du contentieux de l'annulation auxquels ils aboutissent, d'orienter la procédure selon la qualité du dossier et, ainsi, de conférer une immunité aux actes d'investigation effectués irrégulièrement¹⁴⁷⁸ : « [l]e ministère public n'envisagera rationnellement de renvoyer à l'audience contentieuse que les affaires solides, susceptibles de passer le test du débat

¹⁴⁷² P.-J. DELAGE, « La sanction des nullités de la garde à vue : de la sanction juridictionnelle à la 'sanction parquetière' », préc., spéc. p. 148.

¹⁴⁷³ *Ibid.*

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 152. (L'auteur relève surtout que si le contournement de l'irrégularité en procédant à nouveau à l'acte s'avère délicat, le recours à des procédures permettant d'éviter le juge ou son contrôle de la régularité de la procédure dépendent *in fine* de l'acceptation de l'intéressé).

¹⁴⁷⁸ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public. Etude comparative France-Angleterre*, *op. cit.*, n°632, p. 618.

contradictoire et du contrôle de légalité éventuellement demandé par le prévenu »¹⁴⁷⁹. Certes, précise-t-il, ces procédures sont en apparence plus consensuelles. Toutefois, il s'interroge sur la rationalité pour l'intéressé de s'opposer à la proposition du parquet en raison, d'une part, du « caractère relativement aléatoire du prononcé de la nullité » – qui laisse finalement le prévenu dans une véritable incertitude sur les « gains » retirés¹⁴⁸⁰ – et, d'autre part, des avantages que de telles procédures lui procurent¹⁴⁸¹. Toutes impliquent en effet une limitation de la peine encourue qui s'est accrue au fur et à mesure de l'extension de leur champ d'application, attisant par là même un sentiment de pression exercée sur l'intéressé. Finalement, si en exigeant l'acceptation du prévenu, les dispositions en vigueur permettent, théoriquement, de faire échec à la « stratégie », le comportement le plus rationnel resterait de faire le choix de la clémence du droit¹⁴⁸².

511. La même observation peut être formulée à propos des mesures prévues à l'article 41-1 du CPP, de la composition pénale ou encore de l'ordonnance pénale. Toutes conduisent pareillement une limitation conséquente de la sanction en comparaison de la peine légalement encourue. Et, si la CJIP ne soulève pas cette question dans les mêmes termes, puisque le recours à cette procédure n'engendre pas nécessairement une limitation de la sanction¹⁴⁸³, il n'en reste pas moins que l'acquiescement de la personne morale est, là aussi, facilité par l'abandon des poursuites qu'entraîne son succès et donc, le risque d'une exclusion de certains marchés étrangers¹⁴⁸⁴.

La jurisprudence récente des Hautes juridictions a depuis alimenté cette controverse.

b) L'hésitation des Hautes juridictions

512. La question du contrôle de la régularité des actes de l'enquête a acquis une particulière acuité sous la plume du Conseil constitutionnel qui, se prononçant sur le fondement du droit à un recours effectif déduit de l'article 16 de la Déclaration de 1789,

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 619.

¹⁴⁸⁰ *Ibid.*, n°401, p. 371 et n°403, p. 375.

¹⁴⁸¹ *Ibid.*, n°401, p. 371.

¹⁴⁸² *Ibid.*, n°403, p. 375.

¹⁴⁸³ En particulier, le montant de l'amende d'intérêt public susceptible d'être décidé dans le cadre d'une CJIP est fixé en fonction des avantages tirés, par la personne morale, des manquements constatés dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements, là où la peine d'amende légalement encourue correspond « au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction » conformément à l'article 131-38 du Code pénal, soit une peine maximale de 5 000 000 d'euros au plus.

¹⁴⁸⁴ F. PILLET, Rapport n°712, préc., p. 86.

a rendu une décision que l'on qualifierait volontiers de contrariante pour les règles en vigueur (α). La chambre criminelle, qui avait été à l'initiative de cette solution embarrassante, a toutefois fait preuve de tempérance depuis, en refusant de transmettre au Conseil des questions prioritaires de constitutionnalité voisines et s'imposant, alors, comme un rempart à une refonte profonde du régime de l'enquête pressentie par la doctrine et, par contagion, de celui de l'information judiciaire (β).

α) La position contrariante du Conseil constitutionnel

513. Deux décisions rendues en 2011¹⁴⁸⁵ et 2014¹⁴⁸⁶ sur QPC avaient été remarquées par la doctrine pénaliste pour ce qu'elles annonçaient l'« émergence d'un droit au recours juridictionnel effectif au stade de l'enquête »¹⁴⁸⁷. Celles-ci concernaient des décisions prises non contradictoirement, susceptibles de répercussions particulièrement importantes, sans que l'intéressé ne dispose d'un recours pour les contester : dépossession ou destruction de biens, en particulier de biens d'une grande valeur et nécessaire à son activité professionnelle.

514. La décision n°2014-387 QPC du 4 avril 2014¹⁴⁸⁸ a été davantage remarquée car elle a paru illustrer une nouvelle étape dans la jurisprudence du Conseil, en consacrant plus sûrement le droit à un recours effectif pendant l'enquête¹⁴⁸⁹. Certes, la disposition contestée – l'article L. 8271-13 du Code du travail – ne trouvait pas son siège dans le Code de procédure pénale. La doctrine devait toutefois souligner qu'elle trouvait application dans le cadre d'enquêtes de police, par dérogation au droit commun de l'enquête préliminaire, et s'apparentait, par certains de ses aspects, à l'article 76, alinéa

¹⁴⁸⁵ Cons. Const., Déc. n° 2011-203 QPC, 2 déc. 2011, M. Wathik M. [Vente des biens saisis par l'administration douanière], *Dr. pén.* 2012, n°1, p. 39, obs. J.-H. ROBERT ; *D.* 2012, IR, 43. Dans celle-ci, le Conseil constitutionnel estime que « la combinaison de l'absence du caractère contradictoire de la procédure et du caractère non suspensif du recours contre la décision du juge conduisent à ce que la procédure applicable méconnaisse les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 » (consid. 12).

¹⁴⁸⁶ Cons. Const., 21 mars 2014, n°2014-375 et autres QPC du 21 mars 2014, M. Bertrand L. et autres [Régime de saisie des navires utilisés pour commettre des infractions en matière de pêche maritime], préc. ; V. ég., Cons. Const., Décision n°2014-390 QPC du 11 avril 2014, préc.

¹⁴⁸⁷ A. BOTTON, « Le rôle du Conseil constitutionnel dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale », préc., pp. 62-63.

¹⁴⁸⁸ Cons. Const., n° 2014-387 QPC, 4 avril 2014, M. Jacques J. [Visites domiciliaires, perquisitions et saisies dans les lieux de travail], *RSC* 2014, p. 361, obs. A. CERF-HOLLENDER ; *JCP éd. G.* 19 mai 2014, doct. 598, obs. D. REBUT ; *LPA* 10 juil. 2014, p. 9, obs. L. RICHARD ; *Dr. pén.* 2014, p. 52, obs. J.-H. ROBERT ; *Revue juridique de l'économie publique*, sept 2014, p. 1, obs. M. COLLET ; *RFDC*, avr. 2015, p. 202, obs. S. FUCINI. V. ég., A. BOTTON, « Le rôle du Conseil constitutionnel dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale », préc., p. 63 ; Y. CAPDEPON, « Quelle place pour le suspect ? », préc. n°36, p. 113.

¹⁴⁸⁹ D. REBUT, « Séisme sur la procédure pénale », *JCP éd. G.* 19 mai 2014, doct. 598 ; J.-H. ROBERT, « En attendant les répliques du séisme », *Dr. pén.* 2014, comm. 96 ; A. BOTTON, « Le rôle du Conseil constitutionnel dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale », préc., pp. 62-63 ; S. FUCINI, « Le droit à un recours juridictionnel effectif en matière d'enquête », *RFDC*, avr. 2015, p. 202 ; V. ég., T. ANDRIEUX, in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale, op. cit.*, Annexe 7, p. 7.

4, du CPP. Elle relevait aussi le caractère non circonstancié de cette décision, qui invitait à ne pas exclure que le Conseil confirme, à l'avenir, sa solution à l'égard de dispositions du Code de procédure pénale.

515. Les précisions apportées par le Conseil constitutionnel -. L'article L. 8271-13 du Code du travail – depuis abrogé, car jugé contraire aux exigences constitutionnelles par la décision précitée –, autorisait les officiers police judiciaire assistés, le cas échéant, d'agents de police judiciaire à procéder, « [d]ans le cadre des enquêtes préliminaires diligentées pour la recherche et la constatation des infractions aux interdictions de travail dissimulé [...] à des visites domiciliaires, perquisitions et saisies de pièces à conviction dans les lieux de travail relevant des articles L. 4111-1 du présent code et L. 722-1 du code rural et de la pêche maritime, y compris dans ceux n'abritant pas de salariés, même lorsqu'il s'agit de locaux habités ». Indépendamment des garanties découlant du régime général de l'enquête préliminaire, la principale protection offerte par cette disposition résidait dans l'autorisation préalable du président du TGI ou d'un juge délégué par lui, contraint de vérifier que la demande soumise par le procureur de la République était « fondée sur des éléments de fait laissant présumer l'existence des infractions dont la preuve [était] recherchée » (C. trav., article L. 8271-13, al. 2). Saisie de pourvois formés contre de telles ordonnances, la chambre criminelle avait estimé qu'en l'absence de texte le prévoyant, aucun pourvoi en cassation ne pouvait être formé contre celles-ci. Elle précisait que cette autorisation, « rendue par un magistrat de l'ordre judiciaire, sur réquisition du procureur de la République, dans le cadre d'une enquête préliminaire, constitu[ait] un acte de procédure dont la nullité ne p[ouvait] être invoquée que dans les conditions prévues par les articles 173 et 385 du Code de procédure pénale »¹⁴⁹⁰. Dans son rapport annuel pour l'année 2009, la Haute juridiction avait cependant pressé le législateur à mentionner explicitement les voies de recours ouvertes aux personnes ayant fait l'objet de telles mesures afin de satisfaire aux standards conventionnels récemment précisés par l'arrêt *Ravon et autres contre France*¹⁴⁹¹. Pour la Cour, si ces mesures, décidées dans le cadre d'une enquête préliminaire et mises en œuvre par des OPJ ou APJ, impliquaient « naturellement » de renvoyer au CPP, elle notait que ce renvoi n'était pas explicite ce qui lui paraissait « insuffisant vis-à-vis des exigences [rappelées] ». Le dernier alinéa de l'article L. 8271-13 du Code du travail, qui disposait que « [c]es dispositions ne dérogent pas aux règles de droit commun relatives à la constatation des infractions par les officiers et agents de police judiciaire », n'était pas de nature à y remédier¹⁴⁹². Le législateur ne s'y est pas employé.

¹⁴⁹⁰ Cass. crim., 16 janv. 2002, n°99-30.359 ; Cass. crim., 3 nov. 2005, n° 05-80.949, *Bull. crim.* n° 275.

¹⁴⁹¹ V., *Infra*, n°666 et s.

¹⁴⁹² COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2009*, spéc. p. 28.

516. Un requérant a soutenu que « *l'article L. 8271-13 du Code du travail, en ce qu'il ne précis[ait] pas quelle serait la voie de recours ni ne prévo[yait] d'appel contre l'ordonnance d'autorisation des visites domiciliaires, perquisitions et saisies dans les lieux de travail* » était contraire au droit à un recours juridictionnel effectif tiré de l'article 16 de la DDHC. Dans son arrêt du 28 janvier 2014¹⁴⁹³, la chambre criminelle a jugé la question sérieuse, relevant qu'« *indépendamment du contrôle de légalité susceptible d'être exercé, dans les conditions prévues par les articles 173 et 385 du code de procédure pénale, en cas de saisine de la juridiction d'instruction ou de jugement, la disposition contestée se born[ait] à prévoir que les visites domiciliaires, perquisitions et saisies de pièces à conviction dans les lieux de travail, y compris lorsqu'il s'agit de locaux habités, sont autorisées par ordonnance du président du tribunal de grande instance ou son délégué rendue sur réquisitions du procureur de la République, sans que des voies de recours appropriées soient prévues* ». Elle l'a en conséquence renvoyée au Conseil constitutionnel.

517. Dans leur décision du 4 avril 2014, les Sages ont constaté qu'« *en l'absence de mise en œuvre de l'action publique conduisant à la mise en cause d'une personne intéressée par une visite domiciliaire, une perquisition ou une saisie autorisées en application des dispositions contestées, aucune voie de droit ne [lui] permet[tait] de contester l'autorisation donnée par le président du tribunal de grande instance ou son délégué et la régularité des opérations [...] mises en œuvre en application de cette autorisation [...]* ». Il s'ensuivait que les dispositions concernées méconnaissaient les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Le Conseil les déclarait donc contraires à la Constitution (consid. 7), précisant toutefois que les effets de cette décision étaient reportés au 1^{er} janvier 2015 et que « *les poursuites engagées à la suite d'opérations de visite domiciliaire, de perquisition ou de saisie mises en œuvre avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne [pouvaient] être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité* » (consid. 9).

518. Les implications directes de cette décision -. Les implications directes de cette décision étaient limitées puisqu'elle ne pouvait avoir d'effets immédiats que sur les dispositions contestées. Le législateur a, d'ailleurs, laissé la déclaration d'inconstitutionnalité faire son œuvre, témoignant probablement de la gêne inspirée par la décision des Sages. On pouvait cependant s'interroger sur les enseignements de cette décision et, en conséquence, sur sa portée.

519. Les enseignements à tirer -. La décision du 4 avril 2014 condamne l'exclusion de tout moyen de contester la décision du juge que le droit interne lie solidairement au contrôle de la légalité dans le cadre du contentieux de l'annulation et

¹⁴⁹³ Cass. crim., 28 janv. 2014, *Bull. crim.* n°26, *Dalloz actualité*, 11 fév. 2014, obs. M. PEYRONNET.

donc à la saisine ultérieure du tribunal correctionnel (C.P.P., article 385) ou, dans la cadre de l'information judiciaire, à l'acquisition de la qualité de partie à la procédure ou du statut de témoin assisté (C.P.P., article 173, al. 3). En somme, c'est l'aléa qui pèse sur ces contrôles que les Sages contestent.

520. Or, l'exclusion éventuelle de ces contrôles n'est, de loin, pas le propre des dispositions abrogées sous l'effet de cette décision. Les dispositions du CPP relatives aux décisions par lesquelles le juge autorise la mise en œuvre d'une mesure d'investigation intrusive ou la prolongation d'une garde à vue au-delà de la durée de droit commun¹⁴⁹⁴ ne prévoient, à l'image de l'ancien article L. 8271-13 du Code du travail, aucune voie de recours contre cette autorisation. D'autres l'excluent d'ailleurs expressément en précisant, sur le modèle de l'article 100 du CPP, que la décision du juge « *n'est susceptible d'aucun recours* »¹⁴⁹⁵.

521. Cette exclusion implicite ou explicite de toute voie de recours contre la décision du juge s'explique, comme l'avait souligné la Cour de cassation dans ses premiers arrêts relatifs à la contestation des décisions prises sur le fondement de l'article L. 8271-13 du Code du travail, et comme le précisent certaines dispositions du CPP¹⁴⁹⁶, par la nature de cette autorisation. Comme tout acte ayant pour but d'établir la preuve de l'infraction, ces autorisations n'ont pas de caractère juridictionnel mais constituent des « *acte[s] de procédure* » ou de « *simple[s] acte[s] d'instruction* »¹⁴⁹⁷, qui ne peuvent être

¹⁴⁹⁴ La chambre criminelle a d'ailleurs affirmé dans un arrêt inédit du 30 mars 2011 (n°11-80.499) que la décision du JLD par laquelle il refuse la prolongation d'une garde à vue n'est pas susceptible d'appel.

¹⁴⁹⁵ Ainsi des dispositions relatives aux interceptions de télécommunications dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance portant sur des faits relevant de la délinquance et de la criminalité organisées (C.P.P., article 706-95), à la géolocalisation (C.P.P., article 230-33 *in fine*), aux sonorisation de lieux et fixations d'images (C.P.P., article 706-97 *in fine*) ou au recours à l'ISMI-catcher (C.P.P., article 706-95-6).

¹⁴⁹⁶ Ainsi de l'ensemble des dispositions du CPP qui excluent expressément tout recours contre les ordonnances du juge autorisant la réalisation de mesures d'investigation particulièrement invasives, en reprenant la formule initialement introduite à l'article 100 du CPP, suivant laquelle l'autorisation du juge « *n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours* ».

¹⁴⁹⁷ J. PRADEL, « Procédure pénale », préc., (qui indique – pour justifier l'arrêt de la chambre criminelle du 27 septembre 2011 précité, jugeant que les juges du fond avaient fait une juste application de l'article 706-95 en rejetant l'exception de nullité tirée de l'absence de motivation de l'autorisation du juge de faire procéder à une interception de télécommunications –, que l'autorisation constituait un « simple acte d'instruction ». Ceci expliquait d'ailleurs, selon l'auteur, que la décision n'ait pas à être motivée. « Il faut bien rappeler [précise l'auteur,] que la motivation est liée à ces deux exigences : ce sont les décisions juridictionnelles qui sont motivées et qui sont susceptibles de recours, afin que le juge supérieur puisse apprécier la décision du juge inférieur ». Rappelons toutefois, comme il l'a déjà été souligné, que d'autres dispositions inhérentes à des autorisations semblables imposent au juge de motiver sa décision. La Cour de cassation s'est d'ailleurs faite plus exigeante à ce propos dans des hypothèses dans lesquelles la motivation est explicitement prévue (V., *Supra.*). V., toutefois, Y. CAPDEPON, « Quelle place pour le suspect ? », préc., n°19, pp. 107-108 (qui s'interroge, à propos des dispositions excluant explicitement le caractère juridictionnel de ces autorisations puisque, indique-t-il, « on voit mal quelle pourrait être la nature juridique de cette décision, au moins lorsqu'elle émane [d'un] juge du siège ». L'auteur estime, en effet, que « statuer sur une demande, c'est nécessairement apprécier l'opportunité de la mesure réclamée en fait et en droit, ce qui revient très exactement à appliquer le droit à une situation de fait » soit, suivant l'analyse de Messieurs les Professeurs Cadiet et Jeuland, à faire œuvre de *juridictio* (L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., 2013, n°522, p. 402). Il relève toutefois que la seule reconnaissance du caractère juridictionnel de celles-ci n'exigerait pas nécessairement de prévoir une voie de recours

discutés autrement que par le biais d'une requête en annulation. Elles ne le peuvent donc que concomitamment et selon les mêmes voies que la régularité des opérations effectuées sur leur fondement¹⁴⁹⁸.

dès lors que « [son] existence ou [son] absence [...] ne dépend pas nécessairement de la nature juridictionnelle ou non de l'acte » : si la nature juridictionnelle de l'acte implique qu'il ne puisse être contesté que par le biais d'une voie de recours – l'appel – conformément à l'adage suivant lequel « voie de nullité n'ont lieu contre les jugements », « cela ne signifie pas qu'une voie de recours doit obligatoirement être prévue à l'endroit d'un acte juridictionnel », comme en attestent différentes dispositions du Code de procédure pénale (p. 107). On pourrait ajouter que le secret qui entoure la réalisation de la plupart des mesures d'investigation exécutées sur le fondement d'une telle autorisation rend inenvisageable la voie de l'appel, du moins en amont de l'exécution de la mesure. Dans ces circonstances toutefois, la reconnaissance du caractère juridictionnel de l'autorisation pourrait ne pas être sans effets insidieux. Car, si l'appel contre la décision peut (ou doit) ainsi être exclu (au moins, durant un certain temps, pour assurer à l'acte son efficacité), la substitution de la nature de cette décision fermerait conséquemment la voie de la requête en annulation. En définitive, la régularité de l'autorisation elle-même ne pourrait plus, selon le cas, être discutée).

¹⁴⁹⁸ V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., n°1987, p. 1324-1325, n°2002, p. 1337 ; V. ég., *J.Cl. Procédure pénale*, « Fasc. 20 : Interception des correspondances émises par la voie des communications électroniques », janv. 2017, mise à jour 15 mai 2017, par J. DUMONT, actualisé par J.-C. FOMBONNE, spéc. n°62. L'exclusion, par certaines dispositions du CPP, de « tout recours » contre l'ordonnance du juge autorisant la réalisation d'une mesure d'investigation ou sa prolongation peut poser question. Cette précision ferme-t-elle *ipso facto* la voie de la requête en nullité contre l'autorisation elle-même ? Certains observateurs l'indiquent, précisant, à propos des actes non juridictionnels, qu'« [e]n tout état de cause, lorsque le législateur exclut 'tout recours', la voie de la requête en nullité est également fermée » (F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., n°2003, p. 1339). En faveur de cette interprétation, on peut considérer qu'il n'y aurait aucun intérêt pour le législateur d'exclure explicitement « tout recours » si ce n'était pour fermer la voie à d'autres recours que les recours ordinaires puisque cette exclusion résulte, d'ores et déjà, de la nature non juridictionnelle de l'autorisation en cause, rappelée par ces mêmes dispositions. Ceci dit, d'autres observations invitent plutôt à retenir, comme le font d'autres auteurs, que « [l']absence de recours ne fait pas obstacle à ce que la décision puisse, comme tout acte d'instruction, faire l'objet d'un contrôle de légalité par l'exercice d'une action en nullité » (J. DUMONT, actualisé par J.-C. FOMBONNE, « Fasc. 20 : Interception des correspondances émises par la voie des communications électroniques », spéc. n°62). En premier lieu, si tel était le cas, la lecture des dispositions du CPP inhérentes à de telles autorisations confinerait à l'incompréhension, leurs prescriptions variant sans logique évidente. Si, certaines, rédigées sur le modèle de l'article 100, excluent explicitement « tout recours » (C.P.P., articles 230-33, 706-95, 706-95-6, 706-97), d'autres ne reprennent pas cette formule (C.P.P., articles 76, 706-89 et s., 706-95-1 et s., 706-102-1 et s.), se contentant parfois d'exclure qu'un appel soit interjeté contre l'ordonnance du juge (C.P.P., article 706-92). Quelques-unes disposent, au contraire, que certaines mentions expressément prescrites le sont « à peine de nullité » (C.P.P., articles 76, 706-92, 706-102-3). Aussi, l'interprétation suivant laquelle l'exclusion de « tout recours » ferme également la voie de la requête en nullité reviendrait à considérer que, selon les précisions du législateur, la voie de l'annulation est fermée (premier cas), ne l'est pas nécessairement (deuxième cas) pour autant que la méconnaissance des formalités fasse grief à la personne concernée ou est explicitement ouverte (troisième cas). L'incompréhension serait d'autant plus grande que si l'exclusion explicite de « tout recours » concerne généralement l'autorisation de procéder à des mesures qui se caractérisent par le secret qui entoure leur réalisation (géolocalisation, interception de télécommunications, sonorisation de lieux et fixation d'images...), d'autres dispositions relatives à l'autorisation de procéder à une mesure caractérisée par sa clandestinité ne l'excluent pas explicitement (C.P.P., articles 706-95-1 et s., 706-102-1 et s.) voire prescrivent certaines mentions à peine de nullité (C.P.P., article 706-102-3). En définitive, bien que ces mesures présentent des caractéristiques semblables, le régime de l'autorisation varierait considérablement. En second lieu, l'exclusion de tout recours, y compris d'une requête en nullité, contre l'autorisation du juge poserait, nous semble-t-il, question lorsque le législateur impose parallèlement la motivation de cette décision. On sait que la chambre criminelle a pu admettre que l'exception de nullité tirée de l'absence de motivation du juge devait être rejetée dans une hypothèse où cette exigence n'était pas explicitement formulée (Cass. crim., 27 sept. 2011, préc.). On sait, parallèlement, que la Haute juridiction a admis que l'insuffisante motivation de l'autorisation du juge de procéder à une mesure portant atteinte au droit de l'intéressé au respect de sa vie privée ou faisant droit à une demande de prolongation exceptionnelle d'une garde à vue pouvait être contestée par le biais d'une requête en annulation (Cass. crim., 26 nov. 2016 (2 arrêts)) dans des hypothèses où, il est vrai, tout recours n'était pas exclu par les dispositions législatives. *Quid*, dans ces circonstances, lorsque des dispositions imposant au juge de l'autorisation une décision motivée excluent, concomitamment, le caractère juridictionnel de cette décision et précisent qu'elle n'est susceptible d'aucun recours (V. not., C.P.P., article 706-95-6) ? Admettre que l'exclusion de « tout recours » ferme également la voie de la requête en annulation reviendrait à dire que, même lorsque l'exigence de motivation s'impose, la méconnaissance par le juge de ses obligations ne pourrait être frappée d'aucune sanction. Enfin, une interprétation *a contrario* de l'arrêt rendu le 27 septembre 2011 à propos de l'autorisation du juge de procéder à une interception de télécommunications dans le cadre d'une enquête de police invite, nous semble-t-il, à considérer que l'ordonnance

522. La décision du Conseil s'avérait donc « riche de potentialités »¹⁴⁹⁹ car de nature à emporter de profonds bouleversements du régime de l'enquête et, dans une moindre mesure il est vrai, de celui de l'information judiciaire¹⁵⁰⁰. La mise en cause du caractère trop aléatoire de la contestation de l'autorisation judiciaire et de la régularité des mesures d'investigation exécutées sur son fondement par le Conseil constitutionnel semblait en effet inviter à repositionner ces contrôles au stade de l'enquête elle-même, c'est-à-dire à la juridictionnaliser. Le commentaire accompagnant la décision du 4 avril 2014 est d'ailleurs éclairant puisque si le Conseil indiquait qu'il faisait varier son degré d'exigences selon les répercussions de la mesure pour la personne concernée, il invitait néanmoins à ménager à l'intéressé une voie de droit dès le stade de l'enquête¹⁵⁰¹.

Plusieurs auteurs ont précisément envisagé les perspectives ouvertes par cette solution sur le régime des actes d'investigation et sur celui des mesures privatives de liberté en enquête.

peut être discutée par le biais d'une requête en annulation malgré l'exclusion de tout recours à l'encontre de l'ordonnance concernée. Certes, la Cour admet que l'insuffisante motivation de cette ordonnance – qui n'est susceptible d'aucun recours par renvoi à l'article 100 du CPP – ne peut être discutée par ce biais puisque la loi n'exige aucune motivation (V., *Supra*). Elle indique toutefois, en parallèle, que la personne concernée « peut faire sanctionner » la méconnaissance des exigences « énoncées par les articles 100 à 100-5 du [CPP] » par une requête en nullité. Or, en renvoyant notamment aux dispositions spécifiquement relatives à l'ordonnance du juge, la chambre criminelle n'invite-t-elle pas, finalement, à considérer que cette décision pourrait être discutée dans le cadre d'une requête en annulation si, par exemple, l'une des mentions exigées étaient manquantes ?

¹⁴⁹⁹ T. ANDRIEUX, préc., in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, op. cit., spéc. p. 7.

¹⁵⁰⁰ D. REBUT, « Séisme sur la procédure pénale », préc. ; J.-H. ROBERT, « En attendant les répliques du séisme », préc. ; A. BOTTON, « Le rôle du Conseil constitutionnel dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale », préc., pp. 62-63 ; Y. CAPDEPON, « Quelle place pour le suspect ? », préc., n°35, p. 113 ; S. FUCINI, « Le droit à un recours juridictionnel effectif en matière d'enquête », préc.

¹⁵⁰¹ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Commentaire - Décision n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014 - M. Jacques J. (Visites domiciliaires, perquisitions et saisies dans les lieux de travail) », spéc. p. 10 (Dans celui-ci, le Conseil a, en effet, précisé la portée de cette décision, en comparaison d'autres décisions rendues, en particulier de sa décision n°2014-375 et autres QPC du 21 mars 2014 relative à la saisie conservatoire de navires utilisés pour commettre des infractions en matière de pêche maritime (Cons. Const., 21 mars 2014, n°2014-375 et autres QPC du 21 mars 2014, préc.) ; il a envisagé *in fine* la solution qui pourrait s'offrir au législateur pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée. Dans sa décision du 21 mars 2014 précitée, les Sages avaient observé que « la personne dont le navire a été saisi ne dispose [...] pendant toute la durée de l'enquête [...] d'aucune voie de droit lui permettant de contester la légalité ou le bien-fondé de la mesure », ni de demander la mainlevée de la saisie ou du cautionnement décidé (consid. 12). Ils avaient estimé qu'« au regard des conséquences qui résultent de l'exécution de la mesure de saisie » – c'est-à-dire priver l'intéressé, pendant une longue durée, d'un bien qui peut être d'une valeur importante et qui constitue l'outil de travail de la personne intéressée (p. 10) – « la combinaison du caractère non contradictoire de la procédure et de l'absence de voie de droit permettant la remise en cause de la décision du juge autorisant la saisie et fixant le cautionnement conduit à ce que la procédure prévue par les articles L. 943-4 et L. 943-5 méconnaisse les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et prive de garanties légales la protection constitutionnelle de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété » (consid. 14). Pour les Sages, les répercussions particulièrement graves pour la personne concernée de la saisie conservatoire impliquaient « qu'une voie de droit soit instituée pour contester la mesure, y compris pendant la durée de l'enquête » (p. 10). « *A contrario* », ont-ils indiqué, « dans le cas des visites, perquisitions et saisies 'de pièces à conviction' [...] les conséquences qui résultent de la mesure [n']imposent [pas] qu'une voie de droit soit ouverte dès la réalisation des actes et 'pendant toute la durée de l'enquête' » (pp. 10-11). Aussi, le législateur pourrait-il « par exemple prévoir, à l'instar de ce qu'il avait prévu en matière de garde à vue à l'article 77-2 du CPP par la loi du 15 juin 2000, que la voie de recours à l'encontre de l'ordonnance autorisant les visites domiciliaires, perquisitions ou saisies n'est ouverte qu'à l'issue d'un certain délai d'enquête » (p. 11). En d'autres termes, si les Sages n'exigent pas l'ouverture d'une voie de droit immédiate et permanente, ils invitent néanmoins la question du contrôle au stade de l'enquête, pour autant que celle-ci ait duré un certain temps.

523. Les perspectives ouvertes par cette décision sur le régime des actes d'investigation -. Monsieur Fucini a relevé que les impératifs constitutionnels pourraient conduire à exiger, « pour ne citer que quelques [illustrations], [...] une voie de recours contre les ordonnances du JLD autorisant une perquisition sans le consentement de l'intéressé en enquête préliminaire ou autorisant en matière de criminalité organisée des écoutes téléphoniques, l'atteinte à la vie privée en résultant exigeant un contrôle de l'autorisation et de la régularité de ces mesures »¹⁵⁰². Par analogie, ils pourraient pareillement affecter le régime de tous les actes d'enquête qui portent atteinte à ce même droit et qui, « parce qu'ils peuvent être imposés sans le consentement des intéressés, sont subordonnés à une autorisation préalable du juge des libertés et de la détention »¹⁵⁰³. Ainsi des « nombreuses procédures décrites par ses articles 706-80 à 706-106, sans oublier la fameuse géolocalisation de la loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 »¹⁵⁰⁴. Les implications d'une telle confirmation ne se limiteraient d'ailleurs pas à l'enquête mais rejailliraient sur le régime de l'information judiciaire puisque les ordonnances semblables du juge d'instruction ne peuvent faire l'objet de voies de recours ordinaires. Leur contestation est donc également solidairement liée au contrôle de la légalité de la procédure et, de ce fait, à l'acquisition du statut de témoin assisté ou de mis en examen¹⁵⁰⁵.

524. La détermination des modalités à retenir est néanmoins périlleuse. Dans des domaines voisins de la procédure pénale, le législateur français, tirant les enseignements des précisions apportées par la Cour européenne¹⁵⁰⁶, a certes ouvert aux personnes soumises à des visites domiciliaires en matière fiscale¹⁵⁰⁷, le droit d'interjeter appel de l'ordonnance du juge dans un délai de quinze jours devant le premier président de la cour d'appel, selon les règles prévues par le code de procédure civile¹⁵⁰⁸. Un même dispositif a ultérieurement été introduit en matière douanière¹⁵⁰⁹, puis de

¹⁵⁰² S. FUCINI, « Le droit à un recours juridictionnel effectif en matière d'enquête », préc., p. 206.

¹⁵⁰³ J.-H. ROBERT, « En attendant les répliques du séisme », préc. ; V., ég., T. ANDRIEUX, préc., in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale, op. cit.*, p. 7.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*

¹⁵⁰⁵ D. REBUT, « Séisme sur la procédure pénale », préc.

¹⁵⁰⁶ V., *Infra*, n°666 et s.

¹⁵⁰⁷ L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF*, 5 août 2008, p. 12471, art. 164.

¹⁵⁰⁸ V., ég., CEDH, 21 déc. 2010, *Société Canal Plus et autres c. France*, Req. n° 29408/08 (§§36-45) ; D. 2011, 1332, note H. MATSOPOULOU ; CEDH, 21 déc. 2010, *Cie des Gaz de Pétrole Primagaz c. France*, Req. n° 29613/08 (§§24-33) ; *Dalloz actualité*, 24 janv. 2011, obs. O. BACHELET ; CEDH, 5 mai 2011, *Société Métallurgique Liotard Frères c. France*, Req. n° 29598/08 (§§18-23), *Dalloz actualité*, 20 juin 2011, obs. C. DEMUNCK).

¹⁵⁰⁹ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, article 164 (cet article a également modifié l'article 64 du Code des douanes afin d'instaurer un tel recours devant le premier président de la cour d'appel).

concurrence¹⁵¹⁰, financière¹⁵¹¹, de santé publique ou encore de régulation de l'énergie¹⁵¹². Des auteurs ont donc logiquement privilégié cette solution s'agissant de l'autorisation donnée sur le fondement de l'article L. 8271-13 du Code du travail¹⁵¹³.

Cependant, si l'instauration d'un appel contre les ordonnances du juge autorisant la mise en œuvre d'une mesure d'investigation visible pour la personne qui en fait l'objet, à l'image des perquisitions, reste envisageable¹⁵¹⁴, cette solution ne peut, par définition, être généralisée à l'ensemble des autorisations du JLD. Certaines mesures se caractérisent en effet par la clandestinité qui entoure leur exécution¹⁵¹⁵, ce qui exclut, par essence, que la personne concernée puisse contester, dans de brefs délais, l'autorisation donnée et les mesures exécutées sur son fondement. Dans ces circonstances, la satisfaction des standards constitutionnels inviterait plutôt à privilégier une autre voie, qui consisterait à resituer le contrôle de la légalité au stade de l'enquête elle-même. Cette option pose toutefois, au-delà de la question de la dénaturation de l'enquête, celle de la « consistance » des droits du suspect et *in fine* du moment à partir duquel cette voie de droit peut être ouverte¹⁵¹⁶.

525. Les perspectives ouvertes par cette décision sur le contrôle de la garde à vue -. Différents auteurs ont également envisagé les implications éventuelles d'une confirmation de cette décision sur le régime des prolongations d'une garde à vue.

¹⁵¹⁰ L'article L. 450-4 du code de commerce, applicable aux visites domiciliaires et saisies réalisées par les agents de l'Autorité de la concurrence contient des dispositions semblables depuis l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence (*JORF*, 14 nov. 2008, p. 17391).

¹⁵¹¹ L'article L. 621-12 du code monétaire et financier autorisant l'Autorité des marchés financiers à pratiquer de telles visites et saisies également, depuis l'ordonnance n°2009-233 du 26 février 2009 réformant les voies de recours contre les visites domiciliaires et les saisies de l'Autorité des marchés financiers.

¹⁵¹² L'ordonnance n° 2009-375 du 1^{er} avril 2009 réformant les voies de recours contre certaines visites et saisies devait instaurer un recours semblable s'agissant des visites prévues par le code de la santé publique (Article 2), des visites domiciliaires et saisies prévues par le code des postes et des communications électroniques (Articles 8 et 10) et des visites domiciliaires et saisies réalisées dans le cadre de la régulation de l'énergie (Article 11) et de la régulation des opérations spatiales (Article 13).

¹⁵¹³ L. RICHARD, « Inconstitutionnalité des dispositions de l'article L.8271-13 du Code du travail autorisant les officiers de police judiciaire à procéder à des visites domiciliaires, perquisitions et saisies », *L.P.A.*, 10 juil. 2014, p. 9 (L'auteur relève, à la lecture du commentaire de la décision joint, que deux solutions s'offriraient, en définitive, au législateur. La première « consisterait à permettre à l'intéressé, en l'absence de poursuites engagées au terme d'un certain délai suivant la visite domiciliaire – par exemple, six mois –, d'interroger le procureur pour connaître la suite donnée à la procédure, comme en matière de garde à vue. La personne intéressée pourrait également demander dans ce cadre la restitution des objets et documents saisis lors de la perquisition litigieuse ». La seconde, « à prévoir un recours non suspensif contre l'ordonnance du président du TGI ayant autorisé les visites et saisies domiciliaires. Ce recours pourrait être formé dans un certain délai devant le premier président de la cour d'appel – par exemple, quinze jours – comme en matière de perquisitions fiscales ». L'auteur privilégiait « ce second recours, mis en place selon les règles du Code de procédure civile » puisque « plus à même de garantir le droit à un recours effectif du justiciable ». L'application des règles du Code de procédure civile pouvait cependant s'avérer hasardeuse dès lors que les mesures prévues à l'article L. 8271-13 du Code du travail trouvaient application « [d]ans le cadre d'enquêtes préliminaires ».

¹⁵¹⁴ On sait, d'ailleurs, que depuis cette décision, le législateur a ouvert à l'intéressé un recours durant l'enquête, aux fins d'obtenir la restitution de biens saisis à titre probatoire (V., *Supra*).

¹⁵¹⁵ En ce sens., J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, op. cit., p. 42.

¹⁵¹⁶ V., *Infra*, n°921 et s.

Monsieur le Professeur Botton a considéré qu'elle ouvrait « un grand nombre de perspectives au premier rang desquelles figure celle d'un éventuel recours juridictionnel, pendant l'enquête, contre les décisions de placement en garde à vue ou, plus encore, contre celle de prolongation de cette mesure prise par le procureur de la République ou un juge du siège »¹⁵¹⁷. Pour l'auteur, la loi du 14 avril 2011, « en précisant les critères de placement en garde à vue – comme de sa prolongation – a d'ailleurs créé les conditions de ce recours juridictionnel »¹⁵¹⁸.

526. En l'état, si les précisions apportées par cette loi ont effectivement eu un impact sur le droit applicable, il n'a cependant concerné que le contrôle ultérieur de la nécessité de recourir à un placement en garde à vue, un temps exclu par la chambre criminelle¹⁵¹⁹. La Haute juridiction a infléchi sa jurisprudence, en jugeant qu'il incombe aux juridictions ultérieurement saisies de contrôler l'existence de l'un des objectifs justifiant le placement ou la prolongation d'une garde à vue prévus à l'article 62-2 du CPP¹⁵²⁰. Cet infléchissement, globalement salué¹⁵²¹, a cependant soulevé d'autres interrogations et inquiétudes, révélées par un arrêt du 28 mars 2017¹⁵²² puisque la chambre criminelle a admis que les juridictions saisies puissent corriger « après coup » l'objectif avancé par l'officier de police judiciaire, pour autant que les faits de l'espèce révèlent la nécessité du placement en garde à vue¹⁵²³. Il ne s'agit cependant que d'une conséquence logique du principe qu'elle pose¹⁵²⁴. Il serait en effet malaisé d'expliquer

¹⁵¹⁷ A. BOTTON, « Le rôle du Conseil constitutionnel dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale », préc., p. 65 ; V. ég., S. FUCINI, « Le droit à un recours juridictionnel effectif en matière d'enquête », préc., p. 206.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*

¹⁵¹⁹ Cass. crim., 4 janv. 2005, *Bull. crim.* n°3, *D.* 2005, p. 761, obs. J.-L. LENNON ; *AJ pén.* 2005, p. 160, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *Dr. pén.* 2005, comm. 49, A. MARON ; *JCP éd. G.*, II, 10176, note P. CONTE. La Haute juridiction jugeait que la décision de placement « relève d'une faculté que l'officier de police judiciaire tient de la loi et qu'il exerce, dans les conditions qu'elle définit, sous le seul contrôle du procureur de la République ou, le cas échéant, du juge d'instruction ». Certains auteurs l'avaient justifié par des considérations d'opportunité. En ce sens, Madame le Professeur Leblois-Happe avait estimé qu'en excluant tout contrôle ultérieur de la nécessité de recourir à la mesure, la chambre criminelle n'avait probablement « pas voulu se laisser entraîner dans [une] voie qui aurait ouvert la porte à de nombreux pourvois » (J. LEBLOIS-HAPPE, « La notification des droits n'a pas à intervenir tant que l'intéressé n'est pas en mesure d'en comprendre le sens », *AJ pén.* 2005, p. 160). D'autres, par le positionnement des différents acteurs. En ce sens, Monsieur Maron se demandait qui mieux, en définitive, que les enquêteurs et le magistrat chargé de contrôler *in situ* la mesure serait plus à même d'apprécier concrètement la nécessité d'y recourir (A. MARON, « Loi fait nécessités », *Dr. pén.* 2005, comm. 49 ; V. ég., J.-L. LENNON, « Les raisons justifiant le placement en garde à vue du suspect », *D.* 2006, chron. p. 887).

¹⁵²⁰ Cass. crim., 18 nov. 2014, *Bull.* n° 241 et Cass. crim., 18 nov. 2014, n° 14-81.333, *Dr. pén.* 2015, étude 12, P. CONTE ; Cass. crim., 12 mai 2015, n° 14-83.367 ; Cass. crim., 24 juin 2015, n° 14-86.731 ; Cass. crim., 20 oct. 2015, n° 13-87.079.

¹⁵²¹ V. not., P. COLLET, « Précisions sur le contrôle des motifs de la garde à vue », *JCP éd. G.* 2017.468.

¹⁵²² Cass. crim., 28 mars 2017, n°16-85.018, à paraître au bulletin, *Lexis Nexis 360°*, Dossiers d'actualité, 4 avril 2017 ; *Dalloz actualité*, 11 mai 2017, obs. A. ANDRE ; *Dr. pén.* 2017 comm. 80, A. MARON et M. HAAS ; *Procédures* 2017, comm. 107, obs. A.-N. CHAVENT-LECLERC.

¹⁵²³ Dans cet arrêt toutefois, il n'était pas à proprement parlé question d'une véritable substitution du motif mais d'une adjonction d'un autre motif à aux deux motifs avancés par les OPJ.

¹⁵²⁴ A. MARON et M. HAAS, « L'erreur est humaine », *Dr. pén.* 2017, comm. 80 (qui indiquent que « c'est, en définitive, à la chambre de l'instruction, et à elle seule, dans l'exercice de son contrôle de la régularité de la mesure, d'examiner, si – on pourrait presque dire indépendamment de la justification qui en a été donnée par l'OPJ – l'un au moins des critères édictés par le législateur était rempli »).

pourquoi l'appréciation ultérieure des juridictions saisies devrait être admise lorsqu'elle sert les droits de la personne mise en cause mais exclue lorsqu'elle bénéficie à la sauvegarde de la procédure.

527. Les exigences constitutionnelles doivent-elles laisser présager de nouvelles évolutions en la matière ? Monsieur le Professeur Botton ne l'exclut pas, ne taisant cependant pas les obstacles tant matériels – l'effet de cette solution sur le déroulement de la mesure¹⁵²⁵ – que juridiques – le processus décisionnel en matière de garde à vue a déjà fait l'objet d'examen de constitutionnalité sans qu'à aucun moment, le Conseil ne soit saisi ou ne soulève le problème de sa conformité au droit à un recours juridictionnel effectif –¹⁵²⁶. Une telle évolution reste incertaine. Les implications de l'exigence d'un recours immédiat sur le temps de la garde à vue inviteraient sans doute le Conseil, si la question lui était posée, à nuancer ses exigences. En outre, les précisions apportées par le commentaire joint à la décision du 4 avril 2014 encouragent moins à l'instauration d'un recours immédiat qu'à l'aménagement d'un recours approprié durant l'enquête.

Si les questionnements soulevés par la jurisprudence constitutionnelle conservent toute leur pertinence, la chambre criminelle a néanmoins mis un coup d'arrêt au développement de ces impératifs en refusant de renvoyer au Conseil constitutionnel des QPC soulevant des questions voisines.

β) L'actuelle retenue de la chambre criminelle

528. La transmission par la chambre criminelle de la QPC relative à l'article L. 8271-13 du Code du travail pouvait laisser entrevoir les hésitations de la Haute

¹⁵²⁵ « Comment en effet prévoir une intervention juridictionnelle sans pour autant nuire au bon déroulement de cette phase centrale de la procédure ? En d'autres termes, un contrôle juridictionnel immédiat n'impliquerait-il pas une suspension de la mesure, synonyme *in fine* de son allongement au détriment de la préservation du droit substantiel de l'intéressé à la liberté » ? (A. BOTTON, « Le rôle du Conseil constitutionnel dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale », préc., p. 65).

¹⁵²⁶ A. BOTTON, « Le rôle du Conseil constitutionnel dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale », préc., p. 65 (L'auteur note qu'en l'état de la jurisprudence constitutionnelle, il est permis de douter des implications des décisions d'avril 2014 sur le régime de la garde à vue. A ce titre, il relève que dans sa décision n°2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011, le Conseil a jugé inopérant le principe du contradictoire au stade de la garde à vue. Or, précise-t-il, « dans ces conditions, [comment] ce même Conseil pourrait-il [...] venir aujourd'hui exiger, au titre de l'article 16 de la Déclaration, la tenue d'un débat contradictoire devant un juge du siège ». Monsieur le Professeur Botton fait néanmoins remarquer qu'une innovation de la loi du 27 mai 2014 « pourrait inciter le Conseil à revoir sa position ». En effet, la loi précitée a amorcé l'existence d'un débat contradictoire au stade de la garde à vue en précisant que le suspect retenu doit être avisé de son « droit de présenter des observations au procureur de la République ou, le cas échéant au juge des libertés et de la détention, lorsque ce magistrat se prononce sur l'éventuelle prolongation de la garde à vue, tendant à ce qu'il soit mis fin à la mesure ». Pour l'auteur, cette amorce de débat contradictoire concernant la décision de prolongation de la garde à vue pourrait, le cas échéant, conduire le Conseil à reconnaître l'effectivité d'un tel débat à ce stade de la procédure et donc, inspirer une évolution de la jurisprudence constitutionnelle).

juridiction à propos de la constitutionnalité de dispositions relatives aux autorisations du juge dans la phase d'investigation qui, faute de prévoir des voies de recours particulières, lie nécessairement leur contestation au contentieux de l'annulation, lui-même dépendant des suites données à la procédure. Deux arrêts rendus postérieurement à la décision du 4 avril 2014 témoignent de la tempérance dont la Haute juridiction fait dorénavant preuve. Dans ceux-ci, elle a refusé de transmettre au Conseil des QPC qui lui auraient le cas échéant permis de déployer ses exigences, manifestant ainsi la manière dont elle s'est « emparé[e] avec gourmandise de ce contentieux de principe »¹⁵²⁷ grâce à l'appréciation du caractère sérieux de la question posée.

529. La reconnaissance de la constitutionnalité du régime de l'enquête de flagrance, en dépit des observations du Conseil constitutionnel - Dans le premier arrêt, rendu le 24 mai 2016¹⁵²⁸, c'est moins la question soulevée¹⁵²⁹ que l'analyse du caractère sérieux de la QPC qui mérite l'attention. La Cour souligne que « *le contrôle de l'enquête de flagrance, dont l'effectivité est assurée par l'organisation d'un pouvoir de sanction applicable, tant à l'acte de perquisition lui-même par son annulation éventuelle pour illégalité, qu'à son auteur au cas de violation délibérée de la loi, entre dans la compétence du juge judiciaire, d'office ou sur le recours dont dispose la personne arguant d'une atteinte à ses droits* »¹⁵³⁰. Elle ajoute que « *l'enquête de flagrance, dans l'exécution de laquelle prend place l'acte contesté, est assortie, dès son ouverture et tout au long de son exécution, des garanties appropriées comportant, au bénéfice de la personne contrainte, le droit à un recours effectif devant l'autorité judiciaire, à qui il appartient de vérifier la légalité des actes accomplis par les officiers et agents de police judiciaire* »¹⁵³¹. Commentant cet arrêt, Monsieur Detraz fait observer qu'avec cette solution, la chambre criminelle affirme la constitutionnalité des perquisitions domiciliaires en enquête de flagrance et « en profite pour approuver, au-delà, le régime général de [celle-ci] », pourtant mis en doute par le

¹⁵²⁷ Y. LE BORGNE, *Changer la justice*, préf. D. Perben, éd. PUF, Paris, 2017, p. 54 (L'auteur encourage, ce faisant, une réforme des modalités du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité, soulignant ainsi les défauts du mécanisme de filtre qui permet aux juridictions auxquelles il incombe, de composer, selon leur perception de la question posée, avec les exigences constitutionnelles).

¹⁵²⁸ Cass. crim., 24 mai 2016, n°16-90.007, *Bull. crim.* n°157 ; D. 2016, p. 1137 ; *JCP éd. G.*, 6 juin 2016, 653, obs. S. DETRAZ ; *Procédures*, juillet 2016, comm. 240.

¹⁵²⁹ « L'article 56 du code de procédure pénale est-il conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution, en particulier à la liberté individuelle (qui découle des articles 1er, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et de l'article 66 de la Constitution), au droit au respect de la vie privée, à l'inviolabilité du domicile et au secret des correspondances (qui découlent des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789), notamment : - en ce que le texte querellé ne subordonne la perquisition d'un domicile à aucune autorisation (ni d'un magistrat du siège, ni d'un magistrat du parquet), ni même à l'information préalable d'un quelconque magistrat ou d'une quelconque autorité distincte des agents de la force publique procédant à ladite perquisition ? ; - en ce qu'il n'impose aucune indication préalable du but précis de l'opération (par énumération des informations ou objets recherchés ou mention de la nature des informations ou objets recherchés) ? ; - en ce qu'il n'impose nullement qu'existent préalablement des raisons plausibles de penser que cette mesure permettra de découvrir tel ou tel élément de preuve ? ; - en ce qu'il ne fixe aucune limite à l'étendue de la perquisition ? ».

¹⁵³⁰ Nous soulignons.

¹⁵³¹ Nous soulignons.

Conseil constitutionnel¹⁵³² : alors que les Sages paraissaient s'orienter vers la reconnaissance du droit à un recours pendant l'enquête, la Haute juridiction reconnaît « que la seule faculté de sanction de l'agent indélicat ou d'indemnisation de la personne concernée » suffirait à la satisfaction des exigences formulées ¹⁵³³.

530. L'admission de la constitutionnalité du régime de l'enquête par l'appréciation des recours ménagés par le droit interne, sous un autre angle -. Un autre arrêt, non publié, rendu le 10 janvier 2017¹⁵³⁴, est d'autant plus remarquable que la question posée, inhérente à la constitutionnalité des perquisitions réalisées avec l'aval du JLD, était semblable à celle ayant donné lieu à la décision du 4 avril 2014. La Cour prend pourtant ici le contre-pied de l'analyse qu'elle avait livrée dans son arrêt du 28 janvier 2014. Le requérant interrogeait la contrariété avec le droit à un recours juridictionnel effectif tiré de l'article 16 de la déclaration de 1789 de l'article 76, alinéa 4, du CPP, « *en ce qu'il ne précise pas quelle serait la voie de recours disponible ni ne prévoit d'appel contre la décision d'autorisation du juge des libertés et de la détention d'effectuer les opérations de perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction prévues à l'alinéa du même article sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont lieu* ».

531. Pour refuser de renvoyer la QPC soulevée au Conseil, la Cour s'adonne, d'abord, à une analyse minutieuse du régime des perquisitions réalisées sans l'assentiment de l'occupant des lieux dans le cadre d'une enquête préliminaire¹⁵³⁵. La Haute juridiction se livre ensuite à un rappel des voies de droit existantes selon les suites données à la procédure. Elle rappelle que « *s'agissant de la personne poursuivie, la circonstance que la décision du juge des libertés et de la détention ne soit pas susceptible d'appel immédiat ne prive pas l'intéressé d'un recours, dès lors qu'il est en droit, devant le juge d'instruction ou la juridiction de fond, conformément aux articles 173 et 385 du code de procédure pénale, d'en invoquer la nullité ainsi que celle des opérations subséquentes* ». Elle ajoute surtout « *[q]u'entrent dans la compétence du juge judiciaire, sur le recours de la personne chez qui la perquisition a eu lieu mais qui n'est pas*

¹⁵³² S. DETRAZ, « Constitutionnalité de l'article 56 du Code de procédure pénale », *JCP éd. G.*, 6 juin 2016, 653.

¹⁵³³ *Ibid.*

¹⁵³⁴ Cass. crim., 10 janv. 2017, n°16-90.029, inédit.

¹⁵³⁵ La Cour rappelle, d'abord, que les mesures concernées ne peuvent être mises en œuvre qu'après l'ouverture d'une enquête préliminaire commandée par le constat préalable, précisément décrit par le procès-verbal, d'un indice de la commission d'une infraction punie de cinq ans d'emprisonnement au moins et ajoute « *les actes précités font l'objet d'une relation dans un procès-verbal* ». Or, souligne-t-elle, « *ces pièces de procédure sont destinées à permettre à l'autorité judiciaire d'exercer son contrôle inscrit aux articles 13, 170, 385, alinéa 1er, du [CPP]* ». La Cour rappelle ensuite que la décision par laquelle le JLD autorise une telle perquisition « *a un objet et un champ d'application précisément délimités en ce qu'elle doit préciser la qualification des infractions recherchées, l'adresse des lieux et ne peut avoir un autre objet que la recherche et la constatation desdites infractions ou la saisie des biens dont la confiscation est prévue par l'article 131-21 du Code pénal* », conformément à l'article 76 du CPP. Elle ajoute que le juge est tenu de « *motiver sa décision de façon concrète au regard des éléments de fait et de droit et [de] justifier de la nécessité et de la proportionnalité des mesures autorisées* » et que les opérations décidées sont non seulement autorisées par le JLD mais aussi « *effectuées sous son contrôle* », celui-ci « *pouvant se déplacer sur les lieux en vue de veiller au respect des dispositions légales* ».

*poursuivie*¹⁵³⁶, d'une part, l'action indemnitaire en cas d'illégalité des mesures d'investigation et de saisie, d'autre part, la demande de restitution » telle que réformée par la loi du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

532. La chambre criminelle invite donc à aborder sous un angle différent la question du respect du droit à un recours juridictionnel effectif. Que l'absence de poursuite ultérieure de la personne qui a fait l'objet de la perquisition ferme la voie du contrôle de la légalité ne doit pas signifier que le droit à un recours juridictionnel effectif est *de facto* méconnu. D'autres voies de droit, en dehors de la procédure concernée, peuvent pallier l'éviction du contrôle réalisé sur le fondement des articles 173 et 385 du CPP.

533. Quoique développé à propos de l'article 76, alinéa 4, du CPP, ce raisonnement de la chambre criminelle ferme, à nos yeux, la voie à toute transmission de QPC semblables, interrogeant la constitutionnalité du régime de l'enquête. Car si la demande de restitution est effectivement en lien avec la saisie de biens consécutive à une perquisition, « l'action indemnitaire en cas d'illégalité des mesures d'investigation » vaut plus largement.

534. Conclusion de la seconde section -. Une vision globale de la procédure doit pouvoir inspirer un sentiment d'équilibre, la fragilité des garanties offertes à un premier stade de la procédure pouvant être compensée à un stade ultérieur. L'observation des règles en vigueur n'invite toutefois pas à cette conclusion. L'éviction du juge ou de la plénitude de son contrôle à mesure de la diversification des modes de traitement de la délinquance, dont on comprend bien l'intérêt et la nécessité, en est une première raison. Le caractère plus consensuel de ces différentes procédures devrait, il est vrai, conduire à nuancer toute contestation puisque l'éviction de la garantie judiciaire dépend, en définitive, du choix de l'intéressé. La nuance reste toutefois de rigueur. L'acceptation du suspect reflète moins sa volonté de renoncer à contester l'irrégularité des actes de la procédure antérieure, qu'un choix rationnel qui préfère à l'aléa et à la sévérité du droit à laquelle il s'expose à défaut, la clémence. Et, si on doit voir dans le risque d'une sanction ultérieure, l'assurance du respect des formes prescrites par le Code, on doit consécutivement reconnaître que la prévention de la méconnaissance de celles-ci n'est *in fine* que plus relative. Certes, observera-t-on, à la suite de Monsieur Delage, qu'à la sanction juridictionnelle se substituerait une « sanction parquetière ».

¹⁵³⁶ Nous soulignons.

Mais, indépendamment du fait que les options dont le parquet dispose lorsqu'il constate une irrégularité susceptible de conséquences importantes sur la survie de la procédure doivent être mises en corrélation avec la rationalité, pour l'intéressé, d'opter *in fine* en faveur de la contestation de la méconnaissance des formes prescrites, l'aspect préventif de cette sanction est nécessairement moins puissant.

535. Le report du contrôle juridictionnel à la phase de jugement, lorsqu'il ne se trouve pas évincé, suscite d'autres interrogations qui excèdent la question de la garantie qu'il représente pour l'intéressé. Car, si à la manière de Monsieur Jeanne, il est permis de questionner l'effectivité du contrôle opéré par le juge concomitamment appelé à statuer sur la culpabilité, ce report n'est pas non plus sans effets sur la survivance de la procédure.

Conclusion du Chapitre Second

536. L'enquête de police qui présente, à la différence de l'information judiciaire, un caractère non-juridictionnel n'offre (nécessairement) pas aux personnes concernées un même degré de juridiction. Intervenant en amont de la saisine d'une juridiction, sa direction est confiée à un magistrat qui, en dépit des améliorations récentes, ne leur assure pas les mêmes garanties. Si l'accroissement des moyens d'investigations et le développement des mesures conservatoires au stade de l'enquête se sont certes accompagnés de l'affirmation du juge au stade policier, son rôle reste sans commune mesure avec celui qui est dévolu au(x) juge(s) durant l'instruction. La finalité de la « juridictionnalisation » de l'enquête n'a pas vocation, contrairement à celle que poursuit la juridictionnalisation de l'information judiciaire, de permettre à l'intéressé de participer plus activement à la conduite des investigations, et partant à sa défense, mais de pourvoir à la protection des droits substantiels de la personne concernée par une mesure les affectant. Certes, la personne mise en cause n'est pas privée de toute garantie puisqu'à ce contrôle judiciaire *in situ*, fragile, peut succéder un contrôle juridictionnel *a posteriori* plus absolu. Reporté, à défaut de l'ouverture d'une information judiciaire, au stade du jugement – ce qui pose en soi différentes questions – ce contrôle reste, surtout, dépendant de la voie choisie par le procureur et acceptée par la personne mise en cause. L'éviction, le cas échéant, de l'audience « classique » et des contrôles qui y sont liés, nourrit des discussions, avivées par la jurisprudence la plus récente. La voie choisie par le parquet, qui peut également être la plus rationnelle pour la personne mise en cause,

pourrait finalement relever de la stratégie, et non de la gravité des faits et de la personnalité de l'auteur. Le procureur pourrait choisir une voie plutôt qu'une autre en fonction du dossier qui lui est transmis, c'est-à-dire de sa complétude et de la régularité des actes exécutés et des pièces qui le composent, mais au détriment de la qualité de l'enquête et du respect des formes prescrites. En définitive, la perspective de l'audience ordinaire, qui constitue la finalité de l'enquête et doit, ce faisant, orienter l'attitude du parquet au cours de celle-ci, produit-elle encore, en l'état, tous ses effets préventifs ?

Conclusion du Titre Premier

537. Personne ne peut nier que les logiques initiales du système français se sont progressivement délitées et que le législateur s'est, d'une manière générale, attelé à compenser certaines fragilités que l'enquête présente en comparaison de l'instruction, sous l'évidente pression des exigences supralégislatives. L'appréciation de la procédure dans son ensemble devrait, en outre, inspirer un sentiment d'équilibre puisque si les personnes concernées par l'enquête ne bénéficient pas de garanties équivalentes à celles dont disposent les parties privées dans l'information au cours de la phase d'investigation, elles les acquièrent néanmoins ultérieurement.

538. Ni les améliorations institutionnelles et matérielles récemment apportées ni une vision d'ensemble de la procédure ne suffisent cependant à apaiser le sentiment de profond déséquilibre, qui croît à mesure que l'enquête se déploie. Car, lors de la phase d'investigation, la situation des personnes concernées par l'enquête reste fondamentalement différente de celles des parties privées durant l'information. Si, sous réserve des hypothèses, désormais fréquentes, dans lesquelles l'audience ordinaire est évincée au profit de procédures plus consensuelles, les droits de la défense et la garantie judiciaire sont pleinement préservés au stade juridictionnel, le report de leur bénéfice à la clôture de l'enquête, voire au stade du jugement, ne peut parfois suffire à compenser leur insuffisance à un stade plus précoce.

539. Cette évolution du système français, qui conduit la doctrine à regretter la parcimonie des droits de la défense et l'insuffisante place du juge dans l'enquête au profit d'un parquet toujours plus puissant et n'offrant que des garanties imparfaites en

comparaison du juge d'instruction, est également régulièrement mise en doute au regard des droits européens, qui impliqueraient de nouvelles adaptations pour satisfaire pleinement aux impératifs qu'ils fixent.

TITRE SECOND

LA CRITIQUE DE CE DESEQUILIBRE SOUS L'ANGLE DES DROITS EUROPEENS

540. Il est devenu récurrent de faire appel aux droits européens pour soutenir une évolution du droit de l'enquête qui, à mesure de l'affirmation des pouvoirs d'investigations disponibles en son sein, ne constitue plus une phase de vérifications préalables mais un cadre d'investigation à part entière et même le plus fréquent.

A l'évidence, le sentiment de déséquilibre qu'inspire la montée en puissance de l'enquête de la police suscite un certain nombre d'interrogations à l'aune des droits européens, concernant tant le rôle de l'autorité judiciaire, et spécifiquement du juge, que la situation du suspect au cours de la phase d'investigation.

Indépendamment de la question de son indépendance à l'égard du pouvoir politique, la dénégation, par la Cour européenne, de la qualité d'autorité judiciaire au procureur français alimente des interrogations sur son rôle dans la protection des droits substantiels garantis et, corrélativement, sur la place qui doit revenir au juge. De même, l'éviction du contrôle ultérieur selon les suites données à l'enquête pose la question de la conformité du droit français aux les standards conventionnels qui font du droit à un recours juridictionnel effectif une garantie cardinale.

En parallèle, la situation du « simple » suspect qui ne bénéficie à défaut de l'ouverture d'une information judiciaire que de droits embryonnaires, pour l'essentiel lors de ses auditions, nourrit une controverse lancinante. En ne procédant qu'à des adaptations modestes, la loi ne satisferait pas aux impératifs européens qu'il s'agisse des exigences formulées par la Cour européenne des droits de l'homme ou des obligations découlant des directives de l'Union. Cristallisées sur la question de l'accès au dossier de la procédure au stade de l'enquête, et notamment au cours de la garde à vue, en raison de l'intérêt spécifiquement porté à celle-ci dans les sources européennes, l'interrogation est en réalité plus générale. Elle embrasse globalement la question de la suffisance ou de l'insuffisance des droits de la défense dont bénéficie le « simple » suspect avant son renvoi en jugement.

C'est au regard de ces standards, devenus un baromètre des évolutions de la procédure pénale française, qu'il importe d'interroger plus précisément le rôle actuel de l'autorité judiciaire (Chapitre Premier) et la situation du suspect au cours de l'enquête (Chapitre Second) et d'apprécier la conformité du système interne.

Chapitre Premier.

Le rôle de l'autorité judiciaire

541. La question du rôle de l'autorité judiciaire a été remise au jour par les arrêts *Medvedyev et Moulin*¹⁵³⁷. S'ils ont servi d'impulsion à la suppression officielle des instructions individuelles du garde des Sceaux et à l'affirmation de l'impartialité du procureur, les changements issus de la loi du 25 juillet 2013 apparaissent, sur bien des aspects, plutôt symboliques¹⁵³⁸. Ils n'ont de toute évidence pas suffi à faire taire le soupçon lancinant d'interventions officieuses du pouvoir exécutif sur le cours de la justice¹⁵³⁹ et les appels à l'affirmation de l'indépendance des membres du ministère public se sont naturellement poursuivis¹⁵⁴⁰. Ils n'ont pas non plus mis fin aux interrogations soulevées par leur devoir d'impartialité qui, certes explicitement affirmé au sein du Code de procédure pénale, ne s'accompagne d'aucuns mécanismes préventif ou curatif, indispensables à son effectivité.

De la dénégation de la qualité d'autorité judiciaire aux membres du ministère public français par la Cour européenne découle une autre interrogation. Puisque le

¹⁵³⁷ Pour des confirmations de cette analyse, bien que la question ne fût pas spécifiquement celle-ci : CEDH, 4 déc. 2014, *Ali Samatar et autres c. France*, Req. n° 17110/10 et 17301/10 ; CEDH, 4 déc. 2014, *Hassan et autres c. France*, Req. n° 46695/10 et 54588/10.

¹⁵³⁸ V., *Supra*, n°363 et s., n°407 et s.

¹⁵³⁹ USM, *Pour un parquet indépendant*, Flash Information, [En ligne], Mai 2010, p. 1 ; J.-C. MARIN, Discours, Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 9 janv. 2012, [En ligne], accessible à l'adresse : [www.courdecassation.fr/IMG//Discours_PG_JCMarin_janv2012.pdf], spéc. p. 8.

¹⁵⁴⁰ J.-L. NADAL (sous la dir.), *Refonder le ministère public*, préc., spéc. pp. 7 et s. ; CNDCH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, préc., n°11 ; CONFERENCE NATIONALE DES PROCUREURS DE LA REPUBLIQUE, « Livre noir du ministère public. Proposition pour la justice », juin 2017, spéc. pp. 9-10.

procureur ne peut être, à supposer même qu'il devienne statutairement indépendant, une « autorité judiciaire » au sens européen, la jurisprudence européenne interroge corrélativement le rôle du juge dans l'enquête. A celle-ci s'en est ajoutée une autre, exacerbée par la jurisprudence constitutionnelle, ayant trait au contrôle judiciaire *a posteriori* évincé ou incertain dans une série d'hypothèses¹⁵⁴¹.

Ces différentes interrogations concernant, pour les unes, le statut et la place du procureur (Section Première), pour les autres, la place du juge (Section Seconde) seront exposées sous l'angle des droits européens.

¹⁵⁴¹ V., *Supra*, n°487 et s.

Section Première. Le statut et la place du procureur de la République

542. Malgré les bonnes intentions affichées par le législateur à l'occasion de la loi du 25 juillet 2013, ni l'indépendance, ni l'impartialité du procureur de la République ne sont sorties suffisamment renforcées, faute de corollaires idoines. Aussi perdue le sentiment d'un affaiblissement des garanties offertes à la personne mise en cause à mesure que le juge d'instruction s'efface au profit du procureur.

543. La problématique de l'insuffisante indépendance des membres du ministère public français à l'égard du pouvoir politique est avant tout une question nationale. Au-delà d'éventuelles exigences européennes, sur lesquelles il nous faudra revenir, l'affirmation de cette indépendance est en effet perçue comme le « corollaire indispensable à l'accroissement de [leurs] pouvoirs »¹⁵⁴². Elle serait devenue, face à la métamorphose de la mise en état des affaires pénales, une garantie que les justiciables sont en droit d'attendre à l'égard de l'autorité qui est, le plus souvent, chargée de diriger les investigations et qui oriente les procédures¹⁵⁴³. Elle constituerait également la seule réponse salvatrice à « un malaise [désormais] profond et important » ressenti par les membres du ministère public », dont l'appartenance à l'autorité judiciaire est régulièrement mise en doute sur la base de la jurisprudence européenne¹⁵⁴⁴. Interprétée de différentes façons, celle-ci sert tantôt d'argument en faveur de l'affirmation de l'indépendance des membres du ministère public, tantôt de motif pour relancer le débat sur leur appartenance à la magistrature française.

544. Moins souvent abordée, la question de l'impartialité du procureur – ou, plus plutôt, des conséquences d'un constat de partialité – peut également être soulevée sous l'angle des droits européens. Car, si les membres du ministère public ne sont pas visés par l'exigence d'impartialité explicitement formulée par l'article 6§1 de la Convention, le doute que peuvent faire naître certaines considérations personnelles peut en revanche être envisagé à la lumière de l'exigence plus générale du droit à un procès équitable.

¹⁵⁴² Rapport n°3618 sur le projet de loi constitutionnelle modifiée par le Sénat (n°1226), portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 mars 2016, par D. RAIMBOURG, spéc. p. 9.

¹⁵⁴³ R. GELLI, « Conclusions sur le statut du parquet » (à propos du Rapport « Nadal »), accessible à l'adresse : www.justice.gouv.fr/le-garde-des-sceaux-10016/edification-de-la-justice-du-21eme-siecle-26387.html.

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*

Aussi, il nous faut envisager, à l'aune des standards européens, la double nécessité d'affirmer l'indépendance des procureurs français ou, à défaut, de revenir sur leur appartenance à l'autorité judiciaire (§1^{er}) et celle d'assortir le devoir d'impartialité des magistrats du parquet de garanties appropriées (§2^d).

§1^{er} - L'indépendance du procureur selon son rôle

545. Faut-il déduire de la jurisprudence l'exigence de renforcer l'indépendance du parquet français ou, à défaut, considérer qu'il ne peut être une « autorité judiciaire » au sens français de l'expression ? Ne palliant qu'insuffisamment au déficit d'autonomie fonctionnelle des procureurs français, le législateur s'obstine-t-il à rejeter une évolution devenue inévitable ? Et, le Conseil constitutionnel s'entête-t-il à s'opposer aux exigences conventionnelles¹⁵⁴⁵, en jugeant qu'en dépit de leur manque d'indépendance restent partie intégrante de l'autorité judiciaire au sens de l'article 66 de la Constitution ?

Invoquer la jurisprudence de la Cour pour revendiquer une évolution sur ce point n'est pas, à nos yeux, un argument solide puisque, la position de la juridiction européenne à leur égard n'évoluerait probablement pas, quand bien même les membres du ministère public français seraient statutairement indépendants¹⁵⁴⁶. Cependant, si ce manque d'indépendance participe du constat qu'ils ne sont pas une « autorité judiciaire » au sens que la Cour donne à cette notion, cette conclusion n'a pas pour effet de remettre en cause leur appartenance à l'autorité judiciaire au sens français du terme. La signification des arrêts européens, et donc leur portée, est en effet plus relative (A). Un argument extérieur peut en revanche être recherché dans d'autres instruments ou

¹⁵⁴⁵ En ce sens, V. not., E. RASCHEL, « Garde à vue de pirates somaliens : la France viole à nouveau le droit à la liberté et à la sûreté », *Gaz. Pal.* 10 janv. 2015, n°10, p. 9.

¹⁵⁴⁶ En ce sens, V., D. REBUT, « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *D.* 2010, 970 ; D. SOULEZ-LARIVIERE, « Le problème du ministère public français », *AJ pén.* 2011, p. 112 ; E. BONIS-GARÇON et O. DECIMA, « Le parquet et les sirènes de l'indépendance. - À propos du projet de loi du 27 mars 2013 et du projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013 », *JCP éd. G.* 2013, 460 ; B. DANLOS, « De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale », préc. ; O. DECIMA, « A la recherche du temps perdu en garde à vue », *Dr. pén.* 2015, ét. 5, spéc. n°5, et « Irrésistible juridictionnalisation ? », in O. DECIMA (sous la dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Ed. Cujas, Coll. « Actes & Etudes », Paris, 2015, p. 11, spéc., p. 13 ; N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, *op. cit.*, n°469, p. 463 ; C. PIGNON, « Fondements de l'appartenance du ministère public à l'autorité judiciaire », in COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *La place de l'autorité judiciaire dans les institutions*, Dalloz, Coll. « Thèmes, actes & commentaires », Paris, 2017, p. 223, spéc., p. 224 ; V. ég., Rapport n°3618 sur le projet de loi constitutionnelle modifiée par le Sénat (n°1226), portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 mars 2016, par D. RAIMBOURG, spéc. p. 14 (le rapporteur y indique que, en dépit de l'affirmation de l'indépendance des membres du ministère public à l'égard du pouvoir exécutif, « le problème ne sera pas complètement réglé, dans la mesure où le parquet reste une instance de poursuite »).

communications européens, dont l'analyse relativise d'autant la pertinence de la scission du corps des magistrats (B).

A. Indépendance du parquet et jurisprudence de la Cour européenne

546. A s'en tenir à certaines interprétations des arrêts européens précités, les constatations de la Cour placeraient la France devant une alternative. Soit, elle donnerait au Parquet l'indépendance à l'égard de l'exécutif – le relatif statu quo s'analysant alors comme une obstination des autorités françaises, soit - ce qui constituerait une conséquence de ce statu quo statutaire-, elle reviendrait sur leur appartenance à l'autorité judiciaire. Le Conseil constitutionnel serait donc contraint, sous l'effet des exigences conventionnelles, d'infléchir sa jurisprudence pour assurer l'harmonie des exigences supralégislatives. Cette alternative est erronée dans ces deux branches. Il paraît en effet délicat de déduire de la jurisprudence européenne y afférente l'exigence d'une réforme statutaire (1) ou d'une rupture avec le principe séculaire de l'unité de corps (2).

1) L'absence d'obligation européenne de rendre le parquet statutairement indépendant

547. Ni l'article 5 de la Convention, sous l'angle duquel la question de l'indépendance des membres du ministère public s'est principalement posée (a), ni son article 6, qui pose l'exigence d'indépendance du tribunal, n'imposent de modifier le statut des procureurs nationaux pour garantir la satisfaction des impératifs qu'ils formulent (b).

a) Sur le fondement de l'article 5§3 de la Convention

548. Deux éléments confortent l'idée qu'aucune obligation nouvelle ne peut être déduite sur le fondement de l'article 5§3 de la Convention. Si la Cour a explicitement témoigné son indifférence à cet égard, il ressort également de la jurisprudence de la Cour que, même statutairement indépendants, les membres du parquet ne pourraient être considérés comme une « autorité judiciaire » au sens de la Convention.

549. L'indifférence explicite de la Cour à l'égard de l'affirmation de l'indépendance des membres du ministère public français sur le fondement de l'article 5§3 -. L'arrêt Moulin contre France contient, sur ce point, une précision importante. La Cour y indique, de la manière la plus explicite qui soit, qu'« *il ne lui appartient pas de prendre position dans [l]e débat [sur l'indépendance des membres du ministère public] qui relève des autorités nationales* ». Elle rappelle, par-là même, le rôle plus relatif qui est le sien. Elle n'est, en effet, « *appelée à se prononcer que sous le seul angle de l'article 5§3 de la Convention et des notions autonomes développées par sa jurisprudence au regard desdites dispositions* » (§57). Son rôle se limite donc à apprécier si le requérant qui invoque une violation de cette exigence a bénéficié de la garantie formulée ou non. Aussi, s'est-elle contentée d'analyser si le procureur français, qui était intervenu à l'occasion de la privation de liberté litigieuse, pouvait être qualifié de magistrat habilité au sens de l'article 5§3 de la Convention. Or, pour la Cour, puisque le procureur est hiérarchiquement subordonné au garde des Sceaux et donc au pouvoir exécutif (§56), le procureur français ne dispose pas de la qualité d'indépendance requise pour être qualifié de « *magistrat habilité [...] à exercer des fonctions judiciaires* » au sens de l'article 5§3 (§57). Il s'ensuit nécessairement que le requérant n'a pas bénéficié de la garantie formulée.

550. Cette même indépendance lui manquerait d'ailleurs, à la lecture de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 8¹⁵⁴⁷, pour assurer un contrôle préalable ou *in situ* des mesures fortement intrusives, lorsqu'elle impose un tel

¹⁵⁴⁷ V. not., CEDH, 26 av. 2007, *Dumitru Popescu c. Roumanie*, Req. n°71525/01 (§73) ; CEDH, 10 fév. 2009, *Iordachi c. Moldavie*, Req. n°25198/02 (§40 : « [La] Cour rappelle que dans son arrêt *Dumitru Popescu contre Roumanie*, la Cour était d'avis que l'organe qui délivre les autorisations de procéder à une interception de télécommunication doit être indépendant et qu'il doit il y avoir soit un contrôle judiciaire soit un contrôle par un autre organe indépendant sur l'activité de l'organe ayant émis l'autorisation ») ; CEDH, 2 sept. 2010, *Uzun c. Allemagne*, Req. n°35623/05 (§72 : « La surveillance par GPS devant être considérée comme étant moins attentatoire à la vie privée d'une personne que, par exemple, des écoutes téléphoniques, mesure pour laquelle [...] l'article 8 de la Convention (voir, en particulier, *Dumitru Popescu c. Roumanie* (no 2), no 71525/01, §§ 70-71, 26 avril 2007, et *Iordachi et autres*, précitée § 40) requièrent la délivrance d'un mandat par un organe indépendant, la Cour estime que le contrôle judiciaire ultérieur de la surveillance d'une personne par GPS offre une protection suffisante contre l'arbitraire »). Nous soulignons.

contrôle¹⁵⁴⁸. L'indépendance de l'organe compétent à l'égard du pouvoir exécutif pour contrôler ces mesures apparaît, en effet, lorsqu'un tel contrôle s'impose, comme une exigence conventionnelle et, plus largement d'ailleurs, comme un standard du Conseil de l'Europe¹⁵⁴⁹.

551. Si le manque d'indépendance des membres du ministère public ne fait pas de doute aux yeux de la Cour, il nous faut cependant poser la question sous un angle différent : affirmer leur indépendance fonctionnelle à l'égard du pouvoir exécutif, en améliorant leur condition statutaire, aura-t-il un impact sur la position de la Cour à leur égard ?

552. L'obstacle constitué par sa fonction d'autorité poursuivante « en puissance » -. La jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 5§3 de la Convention européenne est évidemment éclairante. Le « magistrat » compétent pour procéder au contrôle rapide et automatique des mesures privatives de liberté, qui doit être indépendant à l'égard du pouvoir exécutif, doit également l'être « à l'égard [...] des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale »¹⁵⁵⁰. Ceci implique, précise la Cour, que le magistrat habilité à contrôler la régularité de la privation de liberté ne doit pas « pouvoir agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale »¹⁵⁵¹. Or, comme elle le rappelle, tel n'est pas le cas des parquetiers nationaux auxquels le système français confie « l'exercice de l'action publique »¹⁵⁵². En d'autres termes, si lorsqu'il intervient pour contrôler une garde à vue, il n'est qu'une autorité de poursuite « en puissance », cette seule qualité suffit à lui dénier la qualité de « magistrat habilité » à exercer de tels contrôles. Bien avant que les arrêts *Medvedyev* et *Moulin*, la doctrine avait souligné cette difficulté, mettant alors le législateur en garde contre « l'orientation générale de notre procédure pénale qui tend, depuis quelques années, à accroître les pouvoirs du ministère public »¹⁵⁵³.

553. On pourrait probablement objecter que cette observation ne répond pas à la question posée. Comme pour l'indépendance à l'égard de l'exécutif, nous pourrions

¹⁵⁴⁸ V., *Infra*, n°607.

¹⁵⁴⁹ Recommandation Rec(2005)10 du Comité des Ministres aux Etats membres relative aux « techniques spéciales d'enquête » en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme, préc., Annexe, point 3 (« Les Etats membres devraient prendre des mesures législatives appropriées pour assurer que la mise en œuvre des techniques spéciales d'enquête fasse l'objet d'un contrôle adéquat par des autorités judiciaires ou d'autres organes indépendants par le biais d'une autorisation préalable, d'une supervision durant l'enquête ou d'un contrôle a posteriori »).

¹⁵⁵⁰ V. not., CEDH, [G.C.], *Medvedyev et autres c. France*, préc. (§124) ; CEDH, *Moulin c. France*, préc. (§46)

¹⁵⁵¹ *Ibid.*

¹⁵⁵² CEDH, *Moulin c. France*, préc. (§58).

¹⁵⁵³ G. YILDIRIM, « Avocat général et parrain ou pourquoi la garantie d'impartialité de l'article 6§1 de la Convention EDH ne vise que les juges », *D.* 1999. 246.

estimer que la jurisprudence européenne implique également de rendre les membres du parquet indépendants à l'égard des parties. Les implications de cette interprétation sont à mesurer et ne peuvent qu'excéder les attentes de la Cour.

554. Malgré le lien établi entre la dépendance des membres du ministère public au pouvoir exécutif et la nature de sa fonction principale, il reste envisageable de renforcer l'autonomie des procureurs à l'égard du ministre de la Justice. Les propositions en ce sens n'ont d'ailleurs pas manqué¹⁵⁵⁴. En revanche, rendre le parquet indépendant à l'égard des parties place face à une difficulté plus nette puisqu'il cela induirait d'ôter au parquet la fonction qui le caractérise et donc, de dénaturer l'institution. C'est dire qu'interprétée ainsi la jurisprudence européenne aurait finalement pour effet de stigmatiser tout système d'accusation publique, caractéristique de la grande majorité des systèmes pénaux européens¹⁵⁵⁵ parce qu'il présente, en comparaison d'autres systèmes historiquement expérimentés, le moins d'inconvénients¹⁵⁵⁶. Or, si nous devons admettre que la Cour n'a certainement pas entendu encourager une telle évolution, l'obligation de rendre le parquet statutairement indépendant faiblit nécessairement puisqu'une réforme du statut de ses membres serait sans effet sur la position de la Cour. L'article 6 de la Convention, qui constitue le principal siège de l'exigence d'indépendance, n'exige pas non plus une telle évolution.

b) Sur le fondement de l'article 6 de la Convention

555. L'inapplicabilité de l'exigence d'indépendance prévue à l'article 6 de la Convention à l'autorité poursuivante -. L'article 6§1 de la Convention européenne ne peut pas d'avantage être invoqué au soutien d'une évolution du statut des membres du parquet français. Conformément à la lettre de cette disposition, la Cour juge en effet

¹⁵⁵⁴ V., *Infra*, n°381.

¹⁵⁵⁵ Rec. (2000)19 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, préc.

¹⁵⁵⁶ Garraud expliquait l'affirmation d'un système fondé sur une accusation publique par ses moindres inconvénients que les autres systèmes connus. L'auteur indiquait que le système d'accusation privée, dans lequel la victime du délit ou ses héritiers poursuivent, dans leur propre intérêt, pour obtenir réparation de leur préjudice méconnaît « le caractère très social de la répression ». Le système de poursuite d'office, qui suppose que le juge puisse se saisir lui-même de la connaissance des crimes les plus graves et les poursuivre dans l'intérêt général a pour effet de « réuni[r] et confond[re] deux fonctions qui doivent être et rester distinctes dans l'intérêt de l'impartialité judiciaire, la fonction de juger et celle d'accuser ». Un tel système s'opposerait d'ailleurs aujourd'hui à l'exigence d'impartialité fonctionnelle découlant de l'article 6 de la convention, en tant qu'elle condamne l'exercice successif des fonctions de poursuite et de jugement. Le système d'accusation populaire enfin, qui implique que tout citoyen puisse se porter accusateur dans l'intérêt public et demander, au nom de la collectivité, la punition de l'auteur du délit, présente l'inconvénient de pouvoir « sommeiller par peur, corruption ou indifférence ». Aussi, l'auteur concluait que « personne ne conteste, à ce double point de vue, les avantages de l'institution d'un accusateur public. L'accusation populaire, dans un pays où tout le monde est occupé, deviendrait un métier ; mieux vaut certainement en faire une fonction » (R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Recueil Sirey, Paris, 1907, t. I, p. 163).

que l'exigence d'indépendance – qu'elle apprécie au regard du mode de désignation de ses membres, de la durée de leur mandat, de l'existence de garanties contre les pressions extérieures ou de l'apparence d'indépendance¹⁵⁵⁷ - n'a vocation à s'appliquer qu'au « tribunal », dont la fonction « se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel : trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »¹⁵⁵⁸. Aussi, cette exigence ne s'impose-t-elle pas, par définition, à l'autorité poursuivante, dont la fonction n'est pas de trancher le bien-fondé de l'accusation¹⁵⁵⁹.

556. Au regard de l'essor des prérogatives du parquet vers un rôle de « quasi-juge »¹⁵⁶⁰ -. Il est vrai qu'à mesure de la diversification des modes de traitement de la délinquance, le parquet a acquis une « quasi-délégation »¹⁵⁶¹ de la fonction de juger dans le cadre de procédures alternatives aux poursuites ou de la CRPC, lui conférant le pouvoir de rendre un quasi-jugement¹⁵⁶² et de prononcer, consécutivement, une « quasi-peine »¹⁵⁶³, selon les expressions couramment employées par la doctrine. Cet essor des prérogatives du parquetier vers un rôle de quasi-juge dans une multitude de procédures allégées doit-il impliquer une autre réponse ? Devenu quasi-juge, le procureur devrait-il disposer des mêmes attributs que ce dernier pour satisfaire aux standards de la Convention ? Ou, au contraire, le fait qu'il ne présente pas de telles qualités devrait-il faire obstacle à ce qu'il exerce un tel rôle ? Cette évolution de la procédure pénale nourrit un vif débat parce qu'elle serait au fondement d'une

¹⁵⁵⁷ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, Req. n°7819/77 et 7878/77 (§78). V. not., N. MOLE et C. HARBY, *Le droit à un procès équitable*, Précis sur les droits de l'homme, n°3, éd. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2003, pp. 30-31.

¹⁵⁵⁸ V. not., CEDH, 22 oct. 1984, *Sramek c. Autriche*, Req. n°8790/79 (§36) ; CEDH, 6 janv. 2010, *Fernández-Huidobro c. Espagne*, Req. n° 74181/01 (§108).

¹⁵⁵⁹ V. not., D. VITKAUSKAS et G. DIKOV, *La protection du droit à un procès équitable par la Convention européenne des droits de l'homme*, Série des précis sur les droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2012, p. 40.

¹⁵⁶⁰ D. CHARVET, « Réflexions autour du plaider-coupable », *D.* 2004, chron. n°35, p. 2517 (pour lequel, « [d]un domaine restreint d'initiative que l'usage lui consentait aux frontières du principe de l'opportunité des poursuites, le parquet est en passe de devenir le 'premier juge' [...]. Il devient ainsi un quasi-juge du fond » ; J.-C. SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. pén.* 2007, étude n°14 ; J. BEAUME, « Le parquet : après trois décennies, la nécessité d'un nouvel équilibre » in COUR DE CASSATION, *Quel avenir pour le ministère public ?*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2008, p. 167 (selon lequel, « le ministère public n'est plus « le simple 'juge de la poursuite ou du classement', mais désormais un 'quasi-juge', qui apprécie la culpabilité du prévenu et choisit le registre de sa réponse pénale » ; COMMISSION DE MODERNISATION DE L'ACTION PUBLIQUE (présidée par J.-L. NADAL), *Refonder le ministère public*, préc., p. 3 (au terme duquel, les procédures de composition pénale et de comparution sur reconnaissance de culpabilité ont mué le procureur de la République en « quasi-juge au risque d'une certaine perte des repères »).

¹⁵⁶¹ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, Préf. Pierrette PONCELA, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 120, Paris, 2012, spéc., n°59, p. 60.

¹⁵⁶² M. DELMAS-MARTY, « La phase préparatoire du procès pénal. Pourquoi et comment réformer ? », préc. (pour laquelle le parquet est devenu une « quasi-juridiction de jugement ») ; V. ég., R. GELLI, « Le ministère public en France » in S. GUINCHARD et J. BUISSON (sous la dir.), *Les transformations de la justice pénale. Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation, op. cit.*, p. 119 (qui indique que les pouvoirs du procureur de la République se sont accrus « en matière d'enquête et en matière quasi juridictionnelle »).

¹⁵⁶³ J.-C. SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », préc., spéc. n°5.

confusion des fonctions de poursuite et de jugement¹⁵⁶⁴ et, par-là même, d'« une dilution de la fonction de juger », interrogeant la pérennité du principe séparatiste¹⁵⁶⁵.

557. La jurisprudence invite toutefois à poser cette question sous un autre angle. Celle-ci porte moins sur l'affirmation de l'indépendance du procureur - ou, à défaut, sur le cantonnement de sa fonction de « quasi-juge » -, que sur la faculté de renonciation de l'intéressé aux garanties formulées par cette disposition. « *[N]i la lettre, ni l'esprit* » de l'article 6 ne s'oppose, précise la Cour, à ce qu'une personne mise en cause renonce aux garanties qu'il formule, pour autant que cette renonciation soit « *non équivoque et entourée d'un minimum de garanties à la mesure de sa gravité pour pouvoir être jugée effective aux fins de la Convention* »¹⁵⁶⁶. C'est donc moins à la qualité ou au rôle du procureur de la République que se rapporte le respect des exigences conventionnelles qu'à la liberté de l'accusé de renoncer au premier droit que lui confère cette disposition - le droit d'accéder à un juge et, conséquemment de bénéficier d'une procédure pleinement respectueuse des garanties formulées¹⁵⁶⁷.

558. Il ne peut donc être déduit aucune exigence de renforcer l'indépendance des magistrats du ministère public des articles 5§3 et 6§1 de la Convention européenne. Faut-il consécutivement en déduire que, faute de disposer de l'indépendance requise, le procureur ne peut appartenir à l'autorité judiciaire au sens français ? C'est poser la question corrélative du maintien de l'unité de corps à défaut d'une réforme de leur statut.

2) *La question corrélative du maintien de l'unité du corps*

559. La jurisprudence européenne, suivie¹⁵⁶⁸ et même élargie¹⁵⁶⁹ par celle de la Haute juridiction française¹⁵⁷⁰, a alimenté cet autre débat. En résumé, s'il ne peut être

¹⁵⁶⁴ V. not. (parmi beaucoup d'autres), J.-C. SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », préc.

¹⁵⁶⁵ V. not., C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré, Etude des transformations juridiques du jugement pénal*, préc., spéc. n°63 et s.

¹⁵⁶⁶ V. not., CEDH, 29 avr. 2014, *Natsvlishvili et Togonidze c. Géorgie*, Req. n° 9043/05 (§91).

¹⁵⁶⁷ En ce sens également, V. not., F. FOURMENT, « Repenser le mode de traitement du dossier pénal », in J. LEROY (sous la dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, op. cit., p. 173, spéc., pp. 176-177.

¹⁵⁶⁸ Cass. crim., 15 déc. 2010, *Bull. crim.* n°207, *Dalloz actualité*, 17 déc. 2010, obs. E. ALLAIN ; *D.* 2010, act. 15, obs. S. LAVRIC ; *RSC* 2011, Chron. 142, obs. A. GIUDICELLI ; *Dr. pén.* 2011, Chron. 7, obs. V. LESCLOUS ; *Gaz. Pal.*, 4 janv. 2011, obs. D. ROETS ; *JCP éd. G.* 2011, 214, obs. J. LEROY ; *Dr. pén.* 2011, comm. 26, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Procédures* 2011, comm. 67, obs. A.-S. CHAVENT-LECLERE.

¹⁵⁶⁹ Après tout, il lui est toujours permis d'aller au-delà des exigences minimales de la Cour européenne.

¹⁵⁷⁰ Cass. crim., 22 oct. 2013, *Bull. crim.* n°197, *Dalloz actualité*, 5 nov. 2013, obs. M. BOMBLED ; *D.* 2014, Chron. 115, note H. MATSOPOULOU ; *AJ pén.* 2013, p. 668, note L. ASCENCI ; *Dr. pén.* 2013, comm. 177, note A. MARON et M. HAAS ; *Procédure* 2013, comm. 358, note A.-N. CHAVENT-LECLERE ; *Gaz. Pal.* 9 fév. 2014, p. 37, note F. FOURMENT ;

déduit de la jurisprudence européenne aucune obligation d'affermir l'indépendance du parquet – parce que l'affirmation de son indépendance n'aura, en définitive, aucun effet sur la position de la Cour -, elle pourrait, en revanche, impliquer de considérer que les magistrats du ministère public ne peuvent être qualifiés d'« autorité judiciaire » ni au sens européen, ni au sens français. La jurisprudence européenne inviterait ainsi à rompre avec le principe de l'unité du corps qui caractérise depuis plusieurs siècles la Magistrature française¹⁵⁷¹.

560. Les implications de l'option séparatiste -. Si cette option est généralement rejetée parce que, d'une part, « le sacrifice du Parquet ne sauvera[it] pas notre justice judiciaire, bien au contraire »¹⁵⁷² et qu'elle emporterait, d'autre part, des ajustements d'ampleur¹⁵⁷³, elle présente toutefois certains mérites que ses partisans ont mis en avant. Elle mettrait un terme à la « consanguinité », à la « gémellité »¹⁵⁷⁴ ou au « corporatisme » qui unit les magistrats parquet à ceux du siège¹⁵⁷⁵ et offrirait au ministère public une « place privilégiée dans le procès »¹⁵⁷⁶. En résulterait, corrélativement, une plus grande lisibilité du système en vigueur. En ce sens, Maître Le Borgne se demande « [c]omment ne pas être stupéfait de cette sorte de fraternité entre ceux qui ont fait, parfois ensemble, la même école et sont devenus des collègues du même corps, alors qu'ils exercent des rôles différents au sein du prétoire ? »¹⁵⁷⁷. S'il est vrai, ajoute-t-il, « que les réquisitions du parquet ne sont pas toujours suivies par le juge, elles sont, à tout le moins, entendues avec un intérêt particulier. Car c'est un magistrat

Actualités Droits-Libertés du CREDOF, 12 nov. 2013, obs. C. FONTEIX (à propos des mesures de géolocalisation dans une enquête). V. ég., B. DANLOS, « De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale », préc. ; E. RASCHEL, « Garde à vue de pirates somaliens : la France viole à nouveau le droit à la liberté et à la sûreté », préc.

¹⁵⁷¹ D. SOULEZ-LARIVIERE, « Le problème du ministère public français », préc.

¹⁵⁷² J.-C. MARIN, « L'indépendance statutaire du parquet est-elle compatible avec la définition d'une politique pénale nationale ? », Cycle approfondi d'études judiciaires (CADEJ) - session 2016/2017 L'autorité judiciaire dans l'Etat, 29 sept. 2016 (L'auteur note que selon certains, « l'origine des maux de notre Justice et notamment de sa mauvaise image, colportée de-ci, de là, résiderait dans le statut commun des juges et des procureurs, ceux-ci ternissant la réputation de ceux-là ». Aussi, faudrait-il « sacrifier les uns sur l'autel de l'honneur des autres pour qu'une partie de la crise de l'institution et son image soit résolue ». Pour l'auteur, « le sacrifice du Parquet ne sauvera pas notre justice judiciaire, bien au contraire. La scission du corps nuirait profondément aux deux fonctions cardinales de la Justice et, sans doute, atteindrait davantage les magistrats du siège que ceux du parquet »)

¹⁵⁷³ V. not., J.-L. NADAL (sous la Prés.), *Refonder le ministère public*, préc., Proposition n°1 ; P. TRUCHE (sous la dir.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la justice*, op.cit., p. 34.

¹⁵⁷⁴ Y. Le BORGNE, *Changer la justice*, op. cit., p. 62.

¹⁵⁷⁵ V. déjà, P. TRUCHE (sous la dir.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la justice*, op.cit., p. 34 (La Commission notait « l'effet sur le justiciable de l'évidente proximité entre le juge et l'accusateur public, forgée par une formation et une culture communes », estimant ce faisant que la question de l'opportunité d'une scission du corps de la magistrature méritait d'être posée. La Commission avait cependant rejeté l'idée d'une séparation).

¹⁵⁷⁶ D. SOULEZ-LARIVIERE, « Le problème du ministère public français », préc. ; V. ég., « Des réformes maintenant », *Le Monde*, 7 sept. 2007 ; V. ég., ORDRE DES AVOCATS DE PARIS, « Contribution du barreau de Paris relative à la modernisation des procédures pénales » in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., Annexe 12, p. 10 ; FEDERATION NATIONALE DES UNIONS DES JEUNES AVOCATS, « Contribution », in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., Annexe 14, p. 2.

¹⁵⁷⁷ Y. Le BORGNE, *Changer la justice*, op. cit., p. 62.

qui s'exprime, un homme ou une femme que seul l'intérêt général inspire et qui d'ailleurs a occupé ou occupera demain la place de celui qui aujourd'hui l'écoute. Comment imaginer que les autres voix qu'on entend à l'audience puissent obtenir une qualité d'écoute équivalente ? »¹⁵⁷⁸. Finalement, « [c]omment espérer raisonnablement que les arguments des parties, défense ou partie civile, puissent bénéficier du même *a priori* favorable ? »¹⁵⁷⁹. D'autres ajoutent à ce constat du privilège dont bénéficierait le procureur, celui de la confusion des genres que l'unité du corps inspire¹⁵⁸⁰ et qui laisse finalement planer des suspicions sur l'ensemble de la magistrature. En ce sens, Maître Soulez-Larivière note, sur le ton de la fable, que :

« Tout garde des Sceaux doit, au début ou au cours de son mandat, s'épuiser à expliquer au public qu'il y a deux catégories de juges (pardon, de magistrats !). Ceux qui sont dépendants et ceux qui sont indépendants.

- Ah bon ! dit le citoyen. Il peut y avoir des juges (pardon, des magistrats !) dépendants ?

- Oui, mais ce n'est pas le même métier, répond le garde des Sceaux. Ils sont accusateurs. Ils dépendent du ministère de la Justice.

- Ah bon ! dit le justiciable. Mais puisqu'ils peuvent devenir juges indépendants, ces juges (pardon, ces magistrats !) dépendants oublient-ils leur ancienne condition dépendante quand ils deviennent juges et que se passe-t-il quand ils redeviennent dépendants, s'ils retournent au parquet ? »¹⁵⁸¹.

C'est cependant déjà pointer le second mérite que les partisans de l'option séparatiste lui attribuent généralement : celui de contribuer à l'affirmation de l'indépendance des juges du siège susceptible, en l'état, de pâtir du statut du parquet parce que « la carrière étant unique, elle se fait [...] en échelle de perroquet »¹⁵⁸². Maître Dupont-Moretti procède au même constat, lorsqu'« il est [devenu] impératif de séparer les magistrats du siège (ce qui jugent) et ceux du parquet (ceux qui poursuivent). [Car] actuellement, ils nichent dans le même arbre judiciaire, sautent d'une branche à l'autre au gré des besoins de leur carrière »¹⁵⁸³. Et l'auteur de conclure que le juge d'aujourd'hui étant souvent le procureur de demain, comment peut-on faire croire qu'il est impartial ?¹⁵⁸⁴

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*

¹⁵⁸⁰ D. SOULEZ-LARIVIERE, « Le problème du ministère public français », préc.

¹⁵⁸¹ *Ibid.*

¹⁵⁸² *Ibid.*

¹⁵⁸³ E. DUPONT-MORETTI, *Bête noire*, Ed. Michel Lafon, Paris, 2012, spéc. p. 92.

¹⁵⁸⁴ *Ibid.*

La Commission Truche l'avait elle-même observé, relevant que la « relation [des magistrats du parquet] avec le pouvoir politique, conjuguée avec l'unité d'un corps judiciaire au sein duquel procureurs et juges partagent le même statut de magistrat » risque « de laisser perdurer dans l'opinion publique une tendance à étendre aux juges eux-mêmes ce soupçon de dépendance à l'égard du politique »¹⁵⁸⁵. Elle avait cependant préféré à l'option séparatiste celle de l'affermissement des garanties statutaires des membres du ministère public français parce que la scission du corps engendrerait mécaniquement des bouleversements importants.

561. Indépendamment des implications sur le plan du statut, du recrutement, de la formation et de la carrière des représentants du ministère public¹⁵⁸⁶, l'option séparatiste impliquerait en effet une profonde recomposition de la mise en état des affaires pénales puisqu'elle ferait perdre aux membres du ministère public la qualité qui légitime leur rôle dans le contrôle de l'action de la police judiciaire et leur qualité de garant de la liberté individuelle. Une telle évolution obligerait donc à une profonde redistribution des rôles de chacun des acteurs institutionnels et, par-là même, à une réforme d'envergure.

Elle conduirait probablement à une uniformisation de la mise en état des affaires pénales. Selon les propositions les plus abouties en la matière, perdant son rôle de garant de la liberté individuelle, alors pleinement dévolu à un juge corrélativement réinvesti dans une position d'« arbitre », et donc privé de sa fonction d'instruction, le procureur serait, corrélativement, investi des fonctions d'investigation et de poursuite¹⁵⁸⁷. Or, une telle évolution ne serait acceptable sans nouveaux contreponds garantissant que seule la bonne administration de la justice oriente l'action - ou l'inaction - du parquet, dont les liens avec l'exécutif seraient mécaniquement renforcés par cette scission. Les propositions en ce sens évoquent, à cet effet, l'abandon du principe d'opportunité des poursuites au profit d'un principe de légalité, certes tempéré, et une consolidation du rôle du juge du siège au stade des investigations et de l'orientation de la procédure. Outre l'affirmation de son contrôle sur les mesures attentatoires aux droits et libertés ou les dérogations au bénéfice de droits de la défense

¹⁵⁸⁵ P. TRUCHE (sous la dir.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la justice, op.cit.*, p. 34.

¹⁵⁸⁶ La logique séparatiste voudrait que le recrutement et la formation des magistrats du siège et des membres du ministère public soient différenciés. En outre, ils deviendraient des agents du ministère de la Justice, sorte de « préfet de Justice », avec pour conséquence logique un rattachement hiérarchique au garde des Sceaux. Cette option supposerait enfin que le passage d'un corps à un autre ne s'opère plus par simple mutation (V. not., GROUPE PENAL DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, Contribution à la réforme du ministère public, préc., pp. 47 et s.).

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*

à ce stade de la procédure, la nécessité d'éviter que certaines affaires soient enterrées pour des considérations illégitimes impliquerait de renforcer le contrôle du juge sur l'avancement de la procédure et, par suite, d'affermir ses pouvoirs en cas d'inaction injustifiée. Ainsi devrait-on corrélativement lui reconnaître le pouvoir d'enjoindre au parquet d'agir voire, exceptionnellement, de se substituer à lui¹⁵⁸⁸. Le fonctionnement de ce nouveau système impliquerait certaines adaptations organisationnelles. En plus de celle du fonctionnement des parquets, les affaires devraient être réparties selon un critère géographique et/ou matériel et un juge spécifiquement désigné pour en assurer le suivi¹⁵⁸⁹. Une permanence devrait en outre être assurée pour garantir à l'action du juge la réactivité nécessaire à la mise en œuvre des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité¹⁵⁹⁰. Consécutivement, les droits de la personne mise en cause, comme ceux du plaignant, devraient être intégralement repensés, l'unification de la mise en état des affaires pénales ne pouvant se concevoir indépendamment d'une réflexion sur les garanties offertes aux personnes concernées par la procédure.

562. La nécessité de cette évolution au regard de la jurisprudence conventionnelle -. Reconnaître les avantages d'une restructuration de la mise en état des affaires pénales par l'effet de la scission du corps ou, au contraire, en discuter la pertinence excède cependant l'objet de ce développement qui vise, plus modestement, à apprécier la nécessité d'une telle évolution au regard des standards de la Convention.

563. Or, comme à d'autres auteurs, une telle déduction nous semble révéler une sorte d'« instrumentalisation » de la jurisprudence européenne¹⁵⁹¹, de surexploitation¹⁵⁹², d'« interprétation[...] excessive[...] ou guidée[...] par l'opportunité »¹⁵⁹³ parce que, pour reprendre les termes de Monsieur Robert, elle repose sur un « syllogisme erroné »¹⁵⁹⁴, que l'auteur décrit ainsi : « 1. La jurisprudence du Conseil constitutionnel énonce que le parquet français fait partie intégrante de l'autorité judiciaire au sens des articles 64 et 66 de la Constitution ; 2. Or, le parquet français ne constitue pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5§3 de la Convention ; 3. Dès lors, la jurisprudence constitutionnelle étant contraire à la jurisprudence conventionnelle, le parquet français ne [peut plus faire] partie de l'autorité judiciaire au

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*, pp. 51 et s.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*

¹⁵⁹¹ B. DANLOS, « De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale », préc.

¹⁵⁹² CONFERENCE NATIONALE DES PROCUREURS DE LA REPUBLIQUE, « Livre noir du ministère public. Proposition pour la justice », spéc. 9.

¹⁵⁹³ *Ibid.*

¹⁵⁹⁴ M. ROBERT, « Le parquet français et la « rumeur de Strasbourg », *AJ pén.* 2016, p. 565.

sens des articles 64 et 66 susvisés »¹⁵⁹⁵. L'erreur procède de ce qui apparaît pourtant cardinal. Un tel syllogisme revient en effet à occulter le caractère autonome de la notion de « *magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires* » au sens de l'article 5§3 précité et, partant, à relier deux conceptions qui ne peuvent l'être. La chambre criminelle ne s'est d'ailleurs pas méprise lorsqu'elle a jugé que « *le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5§3*¹⁵⁹⁶ » de la Convention¹⁵⁹⁷.

564. Développée pour assurer la cohérence de la jurisprudence de la Cour et l'uniformité de l'application des standards européens quels que soient le système en vigueur et les éventuelles chicanes envisagées par les législateurs nationaux pour s'y soustraire¹⁵⁹⁸, une notion autonome n'est en effet attachée, comme le rappelle Monsieur Danlos, qu'« à un article voire à un paragraphe particulier »¹⁵⁹⁹.

Il s'ensuit, d'abord, que la conception retenue par la Cour pour une disposition de la Convention ne vaut pas nécessairement pour d'autres. Aussi, celle de « *magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaire* » ne vaut que pour l'appréciation du respect des exigences formulées par l'article 5§3, la notion n'apparaissant d'ailleurs dans aucune autre disposition de la Convention¹⁶⁰⁰. En conséquence, elle ne peut servir que « pour les besoins du contrôle juridictionnel d'une privation de liberté (envisagé par ce texte) »¹⁶⁰¹. Ceci ne signifie cependant pas que l'exigence d'indépendance, notamment déduite de l'article 5§3, ne s'impose pas sur le fondement d'autres dispositions. La Cour peut parfaitement juger, sur un autre fondement, que le contrôle judiciaire qu'elle impose implique cette même qualité. Ainsi en est-il lorsque, pour la mise en œuvre d'une mesure particulièrement attentatoire au droit au respect de la vie privée, la Haute juridiction européenne exige un contrôle préalable d'une autorité indépendante¹⁶⁰². La cohérence de la jurisprudence européenne y encourage d'ailleurs.

Il s'ensuit surtout, comme le fait observer Monsieur Danlos, que la conception autonome ne peut avoir « de conséquence sur la notion de magistrat en droit

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*

¹⁵⁹⁶ Nous soulignons.

¹⁵⁹⁷ Cass. crim., 15 déc. 2010, *Bull. crim.* n°207, préc.

¹⁵⁹⁸ V. not., M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Le Seuil, 1994, p. 146 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 241, n°158 ; P. DOURNEAU-JOSETTE, « Convention européenne des droits de l'homme (Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale) », préc., n°8.

¹⁵⁹⁹ B. DANLOS, « De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale », préc. ; V., dans le même sens, M. ROBERT, « Le parquet français et 'la rumeur de Strasbourg' », préc.

¹⁶⁰⁰ B. DANLOS, « De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale », préc.

¹⁶⁰¹ *Ibid.*

¹⁶⁰² V., *Infra*, n°607 et s.

interne »¹⁶⁰³. Aucune conclusion ne peut donc être tirée de cette jurisprudence sur « le débat proprement [français] sur l'unité de corps judiciaire ». Celui-ci n'a d'ailleurs, ajoute l'auteur, « aucune raison d'intéresser les juges de Strasbourg »¹⁶⁰⁴. Au contraire, « le fait que les garanties statutaires des membres du ministère public soient, en France, bien plus étendues que dans la plupart des pays membres du Conseil de l'Europe (compte tenu précisément de l'appartenance de ses membres au corps de la magistrature) ne paraît pas de nature à susciter la moindre controverse du point de vue du droit de la Convention »¹⁶⁰⁵.

565. La portée plus relative des arrêts européens -. La portée de ces arrêts européens est donc plus relative que celle qui leur a parfois été donnée. Ils tendent, selon les termes de Monsieur le Professeur Décima, « à juridictionnaliser la fonction de contrôle – bien plus qu'à rendre le ministère public indépendant »¹⁶⁰⁶. Dans le même sens, Monsieur le Professeur Mayaud estime que ces arrêts soulignent, plus modestement, que certaines décisions doivent être prises par une autorité judiciaire au sens européen, ce que ne peut être le procureur de la République ni en raison de son statut, ni en raison de son rôle dans le système de justice pénale français¹⁶⁰⁷. Cette jurisprudence européenne pose donc moins la question du statut du procureur que celle du rôle qui peut lui être reconnu dans la protection des libertés individuelles protégées par la Convention, en considération de son statut et de sa fonction d'autorité poursuivante¹⁶⁰⁸.

566. Cette interprétation doit guider l'appréciation de la conventionnalité du droit interne. Il en résulte que les conceptions française et européenne de la notion d'« autorité judiciaire », qui revêtent une importance capitale dans la détermination de l'autorité compétente pour contrôler une mesure attentatoire aux droits protégés, peuvent parfaitement diverger. La conformité du droit interne implique néanmoins que puisse être observée une convergence entre les règles qu'il fixe et les exigences de la

¹⁶⁰³ B. DANLOS, « De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale », préc.

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*

¹⁶⁰⁵ B. DANLOS, « De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale », préc. (L'auteur précise que si la question du maintien de l'unité de corps ne peut se poser qu'à l'aune de l'exigence d'impartialité objective, sur le fondement de l'article 6 de la Convention – il facilite, en effet, le passage d'une fonction à une autre et multiplie, donc, les risques d'incompatibilités -, cette exigence a moins pour effet de condamner un système, que d'encadrer l'exercice successif de fonctions distinctes au cours d'une même procédure ou de procédures différentes mais néanmoins intimement liées. Elle n'a donc pas d'effet sur le système en général, mais simplement sur des procédures particulières).

¹⁶⁰⁶ O. DECIMA, « A la recherche du temps perdu en garde à vue », préc., n°5.

¹⁶⁰⁷ Y. MAYAUD in S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*. Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation, *op. cit.*, p. 142 ; V. ég., J.-F. RENUCCI, *ibid.*, p. 79, spéc., p. 86 ; D. REBUT, « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », préc.

¹⁶⁰⁸ V. ég., C. PIGNON, « Fondement de l'appartenance du ministère public à l'autorité judiciaire », in Cour de cassation (sous l'égide de), *La place de l'autorité judiciaire dans les institutions*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes & Commentaires », p. 223, spéc. p. 224.

Convention. En d'autres termes, lorsque la Cour impose l'intervention préalable ou *in situ* d'une « autorité judiciaire » au sens qu'elle donne à cette notion, les dispositions françaises assurent l'intervention d'un magistrat du siège. Un raisonnement *a contrario* est sans doute salvateur : sur quels fondements la Cour européenne pourrait-elle condamner l'Etat français dans une telle hypothèse si, malgré une acception différente de la notion d'autorité judiciaire, le droit en vigueur respecte les exigences conventionnelles ?

567. Il apparaît donc que la nécessité d'affirmer l'indépendance des membres du ministère public ne peut trouver un appui solide dans la jurisprudence conventionnelle. L'affirmation de l'autonomie fonctionnelle des procureurs français à l'égard du pouvoir politique, qui ne peut se concevoir sans l'octroi de garanties statutaires idoines, peut en revanche trouver un soutien dans d'autres instruments ou communications européens.

B. Indépendance du parquet et autres instruments européens

568. Plusieurs instruments et communications européens, sectoriels ou plus généraux, promeuvent l'autonomie fonctionnelle des autorités répressives, notamment poursuivantes. Ces instruments et communications, dont certains émanent du Conseil de l'Europe (1), d'autres de l'Union (2), posent la question de la compatibilité du droit interne avec ces standards dans des termes radicalement différents que la jurisprudence européenne.

1) Les instruments du Conseil de l'Europe

569. **Les instruments sectoriels -** Parmi les instruments sectoriels du Conseil de l'Europe, ceux qui sont relatifs à la lutte contre la corruption ont logiquement une place de choix. Ils font assez naturellement de l'autonomie fonctionnelle des autorités répressives, spécifiquement de l'autorité poursuivante, une condition sine qua non de l'efficacité de la répression.

570. La résolution *portant vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption*, adoptée le 6 novembre 1997, avait déjà invité les Etats membres de l'organisation européenne à s'« assurer que les personnes chargées de la prévention, des enquêtes, des poursuites et de la sanction des infractions de corruption bénéficient de l'indépendance et de l'autonomie nécessaires à l'exercice de leurs fonctions [et] soient libres de toute influence incompatible avec leur statut » (3^e

principe)¹⁶⁰⁹. Reprenant ce principe, la convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999 a par la suite contraint les Etats parties à « adopte[r] les mesures qui se révèlent nécessaires pour que des personnes ou des entités [...] dispose[nt] de l'indépendance nécessaire, dans le cadre des principes fondamentaux [de leur] système juridique, pour pouvoir exercer leurs fonctions efficacement et libres de toute pression illicite » (article 20). Si l'objectif de la convention n'est certes pas d'imposer une stricte indépendance des autorités répressives, comme le précise le rapport explicatif joint, les Etats devraient en revanche s'assurer que ces autorités disposent du « degré d'indépendance requis » pour leur permettre « d'accomplir correctement leurs fonctions »¹⁶¹⁰. Aussi, devraient-elles être libres de pressions illégitimes¹⁶¹¹.

571. Les observations du Groupe d'Etats contre la corruption (ci-après « GRECO ») – qui constitue le mécanisme d'évaluation par les pairs, installé en parallèle de l'élaboration de ces standards pour veiller à leur mise en œuvre -, à propos de l'application des principes formulés par la résolution en France sont intéressants pour apprécier la conformité du droit interne avec les standards formulés.

Lors de son premier cycle d'évaluation en 2001, l'Equipe commune d'évaluation (« ECE ») a dressé un tableau exhaustif du statut des membres du ministère public français, relevant que l'affermissement de l'autonomie des parquetiers faisait l'objet de discussions récurrentes et avait récemment donné lieu à un projet de loi¹⁶¹². L'ECE se référait alors au projet de loi présenté par Madame Guigou qui, suivant les préconisations de la Commission Truche¹⁶¹³, avait notamment proposé la suppression officielle des instructions du ministre de la Justice dans les dossiers particuliers¹⁶¹⁴, en permettant néanmoins à ce dernier, lorsqu'il estimait que l'intérêt général commandait des poursuites, de saisir la juridiction compétente¹⁶¹⁵. Le projet se proposait parallèlement de renforcer les garanties statutaires des membres du ministère public, en alignant davantage les conditions de leur nomination et leur régime disciplinaire sur

¹⁶⁰⁹ Dans une même période, la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 21 novembre 1997, adoptée dans l'enceinte de l'OCDE, avait également invité les Etats parties à préserver « l'indépendance des poursuites », indiquant à ce titre que si l'opportunité des poursuites avait « un caractère fondamental », « l'opportunité de celles-ci doit s'apprécier sur la base de motifs professionnels, sans être indûment influencée par des préoccupations de nature politique » (art. 5).

¹⁶¹⁰ Rapport explicatif, n°99, p. 22.

¹⁶¹¹ *Ibid.*

¹⁶¹² Projet de loi n°957 relatif à l'action publique en matière pénale et modifiant le code de procédure pénale, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 juin 1998.

¹⁶¹³ P. TRUCHE (sous la dir.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la justice*, *op.cit.*, pp. 31 et s.

¹⁶¹⁴ Projet de loi n°957, préc., art. 1^{er} bis.

¹⁶¹⁵ *Ibid.* (Dans ce cas, le ministre de la justice devait saisir, par voie de réquisitoire ou de citation directe, la juridiction compétente. Une copie de l'acte de poursuite devait être adressé, par l'intermédiaire du procureur général, au procureur de la République compétent. Le ministre de la justice devait faire état du nombre et de la qualification des infractions pour lesquelles il avait fait application de ces dispositions).

ceux des magistrats du siège¹⁶¹⁶. Faisant, en outre, état des engagements du ministre de la Justice de ne pas interférer dans le traitement des dossiers particuliers, l'ECE avait recommandé leur confirmation par la loi¹⁶¹⁷. Dans son rapport de conformité de 2003¹⁶¹⁸, le GRECO avait toutefois relevé l'échec du projet de loi précité, notant que s'il ne lui appartenait pas de s'immiscer dans les débats nationaux, il espérait toutefois que la réflexion sur l'indépendance des magistrats du ministère public se poursuivrait. Dans ces circonstances, il concluait que les recommandations émises par l'ECE en 2001 n'étaient que partiellement suivies¹⁶¹⁹. Dans son *addendum* publié en juin 2006, le GRECO est parvenu à la même conclusion, soulignant à nouveau, dans le domaine particulier de la corruption¹⁶²⁰, que l'autonomie des membres du ministère public était encore insuffisante.

Les améliorations apportées par la loi du 25 juillet 2013 vont incontestablement dans le sens de plus grande compatibilité du droit interne aux standards dégagés dans ce domaine particulier. Tout discussion n'est cependant pas close, à défaut du renforcement concomitant de leurs garanties statutaires nécessaires à la pleine effectivité de l'interdiction formulée.

572. Il est vrai que ces instruments et observations ne valent que dans le domaine particulier de la corruption, qui appelle sans doute des garanties spécifiques. Toutefois, parce qu'elles portent sur le statut des membres du ministère public, nous aurions nécessairement quelques difficultés à concevoir une évolution limitée à ces seules infractions. Des instruments généraux invitant à une amélioration de la condition statutaire des membres du ministère public imposent d'ailleurs de sortir d'une vision aussi parcellaire des exigences européennes.

573. Les instruments généraux -. La recommandation (2000)19 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale du 6 octobre 2000, est certainement la plus intéressante. Elle l'est en raison de son champ d'application puisqu'il ne s'agit pas d'un instrument sectoriel limité à la lutte contre la corruption. Elle l'est également en raison de son contenu. Cet instrument, qui est probablement le plus abouti dans ce domaine, n'a pas, il est vrai, pour ambition d'imposer une stricte indépendance des

¹⁶¹⁶ Projet de loi constitutionnelle n°835 relatif au Conseil supérieur de la Magistrature, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 avril 1998.

¹⁶¹⁷ GRECO, Premier cycle d'évaluation, Rapport d'Évaluation sur la France, Greco Eval I Rep (2001) 4F Final, Strasbourg, 14 septembre 2001, n°120 et 121, p. 28, et n°148, p. 34.

¹⁶¹⁸ Rapport de Conformité sur la France, Adopté par le GRECO lors de sa 15^{ème} Réunion Plénière, Strasbourg, 13-17 octobre 2003, Greco RC-I (2003) 10F.

¹⁶¹⁹ *Ibid.*, n°19, p. 5.

¹⁶²⁰ *Addendum* au Rapport de conformité sur la France, Adopté par le GRECO lors de sa 29^e Réunion plénière, Strasbourg, 19-23 juin 2006, Greco RC-I (2003) 10F, pp. 2-3.

membres du ministère public à l'égard du pouvoir exécutif ou l'abandon de toute subordination hiérarchique. En revanche, dans le contexte du développement des relations entre les autorités nationales dans la lutte contre les infractions revêtues d'une dimension transfrontière, elle se propose de contribuer à la convergence des différents systèmes en établissant des « *grands principes directeurs qui devraient [...] régir les ministères publics* ». A ce titre, elle envisage « *des objectifs concrets à atteindre pour parvenir à un équilibre institutionnel dont dépendent largement la démocratie et la prééminence du droit en Europe* »¹⁶²¹. Plusieurs lignes directrices développées concernent précisément les relations entre les membres du ministère public d'une part, le pouvoir exécutif et l'ensemble de leur hiérarchie d'autre part, mettant ainsi l'accent sur leur transparence.

574. La recommandation contient un certain nombre de préconisations concernant le processus de nomination et d'avancement de carrière et le régime disciplinaire des membres du ministère public, dans l'objectif de mettre fin à certaines « *pratiques illégitimes* »¹⁶²² ou au soupçon de leur existence. Aussi recommande-t-elle aux Etats de « *prendre toutes mesures utiles pour permettre aux membres du ministère public d'accomplir leurs devoirs et responsabilités professionnelles dans des conditions de statut, d'organisation et avec les moyens, notamment budgétaires, appropriés* » (recommandation 4). A cet effet, elle précise qu'il convient de veiller à ce que « *le recrutement, la promotion et la mutation des membres du Ministère Public soient mis en œuvre selon des procédures justes et impartiales permettant d'éviter l'intervention de tout élément partisan ou corporatiste* » (recommandation 5, a)), et « *fondé[s] sur des critères connus et objectifs, tels que la compétence et l'expérience* » (*Ibid.*, b)). En parallèle, le régime disciplinaire des représentants du ministère public devrait garantir « *une procédure [...] garantissant une évaluation et des décisions justes et objectives, soumises à un contrôle indépendant et impartial* » (*Ibid.*, e)). En outre, si la recommandation ne s'oppose pas à l'intervention du pouvoir exécutif dans l'application de la politique pénale ou dans le traitement d'affaires particulières, elle promeut l'encadrement et la transparence de toute instruction en ce sens. Les Etats membres devraient donc s'assurer que « *la nature et l'étendue des pouvoirs du gouvernement vis-à-vis du ministère public [soient] précisées par la loi* » (recommandation 13.a)) et les pouvoirs exercés de « *manière transparente* » (recommandation 13.b)). Les instructions générales devraient donc être écrites et publiées¹⁶²³ et les instructions individuelles, qui ne devraient viser que l'exercice de poursuites, être motivées et versées au dossier de la procédure (recommandation 13. d) et e)). En cela, les précisions qui avaient été apportées par la loi du 9 mars 2004 à propos des prérogatives du ministre de la Justice constituaient plutôt la traduction de ces

¹⁶²¹ Rec. (2000)19, préc., Exposé des motifs.

¹⁶²² Exposé des motifs, préc., p. 17.

¹⁶²³ *Ibid.*, p. 25.

recommandations en droit interne que le reflet d'une volonté du législateur d'asseoir la subordination des membres du ministère public à l'égard du pouvoir exécutif.

575. Ces recommandations, déjà anciennes, ont trouvé plus récemment écho dans un avis conjoint du Conseil consultatif des juges européens et du Conseil consultatif des procureurs européens sur les juges et les procureurs dans une société démocratique¹⁶²⁴. Cet avis a formulé l'impératif d'indépendance des membres des ministères publics nationaux. On y lit, en effet, que les parquetiers ne devraient pas « être soumis [...] à des influences ou à des pressions de toute origine extérieure au ministère public » dans l'exercice de leurs fonctions¹⁶²⁵, leur indépendance constituant « un corollaire indispensable à l'indépendance du pouvoir judiciaire » et une condition *sine qua non* de l'exercice effectif de leurs missions¹⁶²⁶. A cet effet, l'avis invite les Etats membres à s'assurer que leur recrutement, leur carrière, leur sécurité de fonction, y compris leur déplacement, soient effectués conformément à la loi ou soumis à leur consentement. Il renvoie, à cet égard, aux standards formulés par la recommandation susmentionnée.

576. Si la question des instructions individuelles n'est désormais plus d'actualité et si les instructions générales, toujours admises, revêtent la transparence requise par les recommandations et avis européens, l'exclusion « de tout élément partisan » lors du « recrutement, [de] la promotion et [de] la mutation » à laquelle ils invitent, nourrit encore le débat. Le régime disciplinaire des procureurs reste également discutable au regard des recommandations formulées. Ni la recommandation 2000(19) ni l'avis précité ne s'oppose, il est vrai, à un contrôle disciplinaire administratif ou hiérarchique. Toutefois, selon ces instruments, ce dernier contrôle devrait n'être qu'un « préalable » à un « contrôle indépendant et impartial »¹⁶²⁷. Or, le processus interne est inverse puisqu'à l'avis du CSM succède la décision hiérarchique. Des interrogations du même ordre se posent à la lumière du premier rapport anticorruption de la Commission européenne rendu public en 2014.

¹⁶²⁴ Avis n° 12 (2009) du Conseil consultatif des juges européens et avis n° 4 (2009) du Conseil consultatif des procureurs européens à l'attention des ministres du Conseil de l'Europe, « Juges et procureurs dans une société démocratique » (« déclaration de Bordeaux »), point 8.

¹⁶²⁵ *Ibid.*, note explicative, points 26 à 29.

¹⁶²⁶ *Ibid.*

¹⁶²⁷ *Ibid.*, p. 18.

2) *Les invitations de l'Union*

577. D'une manière générale, le droit dérivé de l'Union n'est pas explicite à l'égard des qualités requises de l'autorité judiciaire compétente pour émettre ou mettre à exécution des demandes d'entraide ni, plus largement, sur celles attendues de l'autorité poursuivante. Ces instruments concèdent en effet une marge de liberté aux Etats membres et acceptent, généralement, la compétence du procureur de la République comme « autorité judiciaire »¹⁶²⁸, sans manifester de véritable intérêt pour l'indépendance de celui-ci, faute de compétence explicite pour déterminer le statut des autorités répressives internes.

578. Les constats de la Commission -. Le premier rapport anticorruption de la Commission européenne - inscrit dans le cadre la décision C(2011) 3673 final instituant un mécanisme de suivi de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption¹⁶²⁹ - déroge sur ce point. Celui-ci milite, dans le domaine particulier de la corruption, en faveur d'une évolution des garanties statutaires des membres du ministère public français, rappelant explicitement les observations formulées par d'autres institutions avant lui.

579. Le rapport anti-corruption se réfère ainsi aux observations de l'OCDE qui, dans l'un de ses rapports de suivi à l'égard de la France, avait constaté le quasi-monopole dont bénéficie le parquet dans le déclenchement des enquêtes et des poursuites de cas de corruption d'agent public étranger et son rôle dans la définition du champ des investigations, y compris dans le cadre des informations judiciaires par application de la règle de la saisine *in rem* du juge d'instruction. Dans ces circonstances, les examinateurs s'étaient inquiétés du manque d'indépendance du ministère public et avaient encouragé les autorités françaises à poursuivre les réformes tendant à renforcer l'autonomie des parquetiers, dont les fragilités pouvaient expliquer des mises en cause presque inexistantes. Le législateur français était précisément invité à « s'assurer que le monopole du parquet dans le déclenchement des enquêtes et des poursuites, ainsi que

¹⁶²⁸ F.-X. ROUX-DEMARRE, « L'influence de l'Union européenne dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale », in O. DECIMA (sous la dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale, op. cit.*, p. 31, spéc. p. 39.

¹⁶²⁹ Ce mécanisme, qui prend la forme d'un rapport anticorruption, consiste à évaluer de façon périodique la situation au sein des Etats de l'Union, cerner les tendances et les meilleures pratiques et formuler des recommandations tendant à orienter la politique de l'Union, à aider les Etats membres, à mener des actions de sensibilisation ... Le premier rapport, publié en février 2014, indiquait que « la corruption n'épargne aucun Etat membre et coûte près de 120 milliards d'euros à l'économie européenne par an. Il relevait qu'en dépit des mesures prises au sein des Etats membres, les résultats demeuraient très inégaux et que des efforts étaient encore à faire pour prévenir et sanctionner la corruption.

son rôle dans le déroulement des informations judiciaires s'exercent de manière indépendante du pouvoir politique, et que les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger ne soient pas influencées par des facteurs interdits par l'article 5 de la convention » (c'est-à-dire, des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre Etat ou, encore, l'identité des personnes physiques ou morales en cause). L'OCDE avait également encouragé le législateur à confirmer les engagements pris par le garde des Sceaux de ne plus intervenir dans les dossiers particuliers, en supprimant officiellement les instructions individuelles¹⁶³⁰. Ces constatations s'inscrivaient elles-mêmes dans le sillon des observations du groupe d'examen de l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption. Dans son rapport publié en octobre 2011, celui-ci avait recommandé à la France de garantir l'indépendance des procureurs et d'envisager de mener une étude sur l'application du principe d'opportunité des poursuites, rappelant alors la nécessité de supprimer toute possibilité d'interférence illégitime du pouvoir exécutif sur les décisions prises par les procureurs de la République¹⁶³¹.

580. Dans son rapport, la Commission européenne a pris note de la suppression des instructions individuelles. Elle a également observé que des discussions portaient parallèlement sur le renforcement des garanties statutaires dont ils bénéficient¹⁶³², faisant référence au projet de loi constitutionnelle déposé en 2013 tendant à modifier les conditions de nomination et le régime disciplinaire des magistrats du parquet¹⁶³³. Elle a conclu que « le suivi de la mise en œuvre de la loi tendant à protéger l'indépendance opérationnelle des procureurs et la poursuite des efforts actuellement consentis pour consolider davantage leur indépendance statutaire »¹⁶³⁴ méritaient une attention particulière. Malgré les relances de ce projet de loi constitutionnelle en mars 2016, la Commission ne pourrait à ce jour qu'observer l'absence de modifications sur ce point. Des évolutions sont cependant actuellement attendues.

581. Les enseignements à tirer de ces instruments, rapports et avis -. Ces instruments, communications et avis invitent à formuler deux observations.

En premier lieu, s'il a pu être déduit que la jurisprudence européenne invitait à rompre avec le principe séculaire de l'unité de corps, ces instruments encouragent

¹⁶³⁰ OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, préc., n°92 et s., pp. 39 et s.,

¹⁶³¹ CNUCC Examen de l'application (2011) Résumé analytique : rapport de la France. p.5, accessible à l'adresse : <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session4/V1186620f.pdf>.

¹⁶³² COMMISSION EUROPEENNE, Annexe France au Rapport anticorruption dans l'UE, COM(2014) 38 final, Bruxelles, 3 fév. 2014, Annexe 10, p. 10.

¹⁶³³ Projet de loi n°815 portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 mars 2013.

¹⁶³⁴ COMMISSION EUROPEENNE, Annexe France au Rapport anticorruption dans l'UE, préc., p. 12.

moins à une sorte de « fonctionnarisation » des membres du ministère public qu'à un rapprochement des garanties statutaires des magistrats du parquet sur celles des magistrats du siège.

En second lieu, ils posent la question de la conformité du droit en vigueur dans des termes radicalement différents que les arrêts européens. En déniant aux magistrats du ministère public la qualité d'autorité judiciaire, la jurisprudence invite plutôt le législateur s'assurer de l'intervention d'un juge lorsque les exigences conventionnelles imposent un contrôle judiciaire préalable ou *in situ*. La réflexion porte donc sur la répartition des prérogatives entre le juge et le procureur de la République au stade des investigations. La conventionnalité du droit français dépend *de facto* de l'observation d'une divergence ou non entre les exigences conventionnelles et les règles du Code de procédure pénale. La question posée se résume donc à celle de savoir s'il existe encore des hypothèses dans lesquelles la législation française prévoit encore uniquement l'intervention du procureur de la République alors que la jurisprudence conventionnelle impose de garantir l'intervention d'un juge ? A la différence de ces arrêts, les instruments et communications précités s'intéressent à l'indépendance opérationnelle de l'autorité poursuivante dans l'exercice de sa fonction principale. De la sorte, aucune réponse salvatrice au constat de l'insuffisante indépendance des parquetiers nationaux ne peut être recherchée dans une nouvelle répartition du rôle du procureur et du juge.

582. L'insuffisante indépendance des membres du ministère public français, qui constitue l'un des serpents de mer du droit interne, pose indubitablement question au regard de certains instruments ou communications européens. Si la jurisprudence européenne, souvent considérée comme un argument de poids en faveur de cette évolution, n'impose pas un renforcement des garanties statutaires des parquetiers nationaux, d'autres instruments y invitent plus nettement. La jurisprudence européenne soulève en revanche des interrogations relatives à l'impartialité du procureur dans son rôle d'autorité d'instruction et de poursuite.

§2^d- *L'impartialité du procureur dans son rôle d'autorité d'instruction et de poursuite*

583. L'impartialité du procureur de la République lorsqu'il exerce l'action publique est désormais explicitement affirmée à l'article 31 du CPP qui dispose que « *le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi, dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu* ». La loi du 3 juin 2016 l'a en outre investi, à la manière du juge d'instruction, de la charge de veiller « *à ce que les investigations [...] soient accomplies à charge et à décharge, dans le respect des droits de la victime, du plaignant et de la personne suspectée* » (C.P.P., art. 39-3).

584. Cette exigence d'impartialité, qui ne peut véritablement se rapporter qu'à un impératif d'impartialité « personnelle » peine, comme on l'a vu, à convaincre pleinement dès lors qu'elle n'a pas été accompagnée de corollaires satisfaisants, qu'il s'agisse d'un mécanisme préventif – la possibilité d'une récusation – ou curatif, qui consisterait pour les juridictions internes à prendre en considération l'éventuelle impartialité du parquet dans l'appréciation du caractère équitable de la procédure¹⁶³⁵.

Cette situation peut être discutée au regard de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Il est vrai que, comme l'a notamment rappelé la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme dans son avis sur la refonte de l'enquête pénale, l'exigence européenne d'impartialité formulée par l'article 6 de la Convention ne s'impose pas au représentant du ministère public puisqu'il n'est pas le juge qui tranche l'accusation¹⁶³⁶ (A). L'inexistence de mécanismes appropriés pour prévenir ou sanctionner le défaut d'impartialité personnelle peut toutefois être questionnée sur le fondement plus général du droit à un procès équitable (B).

¹⁶³⁵ V., *Supra*, n°407.

¹⁶³⁶ CNDCH, *Avis sur la refonte de l'enquête*, préc., n°12.

A. L'inapplicabilité de principe de l'exigence d'impartialité formulée à l'article 6§1 à toute autre autorité que le « tribunal »

585. L'exigence d'impartialité énoncée à l'article 6§1 de la Convention d'ordinaire définie « *par l'absence de préjugé ou de parti pris* »¹⁶³⁷ a vocation à s'appliquer, à l'image de l'exigence d'indépendance, au seul « tribunal ». Aussi, l'impératif formulé vise-t-il à assurer l'impartialité de l'organe qui juge, et non celle de celui qui poursuit ou enquête¹⁶³⁸, ce qui exclut toute interrogation sur ce premier fondement.

586. La Cour européenne a d'ailleurs rappelé les contours de cette exigence dans son arrêt *Vera Fernández-Huidobro contre Espagne* du 6 janvier 2010¹⁶³⁹. Dans cette affaire, les juges européens étaient invités à apprécier l'impartialité d'un juge d'instruction dont l'inimitié avec l'accusé ne faisait aucun doute. Aussi, étaient-ils amenés à apprécier les implications éventuelles de cette partialité sur l'équité de la procédure soumise à leur examen. La Cour a d'emblée précisé que « *l'exigence d'impartialité ne vise en principe que le tribunal qui se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel* » (§108) et « *ne s'étend pas au juge d'instruction, [lequel] n'est pas appelé à se prononcer sur le bien-fondé d'une 'accusation en matière pénale'* » (§110).

587. Or, compte tenu du destinataire de cet impératif, la même interprétation vaudrait probablement, et pour les mêmes raisons, à l'égard du procureur puisqu'il n'est pas davantage chargé de statuer sur le bien-fondé de l'accusation. En définitive, la position de la chambre criminelle suivant laquelle « *le ministère public ne décidant pas du bien-fondé de l'accusation en matière pénale, le moyen pris de la partialité éventuelle de ce magistrat est inopérant* »¹⁶⁴⁰, paraît s'inscrire dans le sillon de la jurisprudence européenne.

¹⁶³⁷ CEDH, 1^e oct. 1982, *Piersack c. Belgique*, Req. n°8692/79 (§30).

¹⁶³⁸ V. not., P. NERSAC, « Les garanties d'impartialité du juge répressif », *JCP* 1978, I, 2890, n° 5 ; J. PRADEL, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *RSC* 1990, p. 696 ; G. YILDIRIM, « Avocat général et parrain ou pourquoi la garantie d'impartialité de l'article 6 § 1 de la Convention EDH ne vise que les juges », *D.* 1999. 246 (l'auteur poursuivant cependant en indiquant que « même si, littéralement, sa qualité de partie semble exclure le ministère public du champ de l'art. 6, § 1, Conv. EDH », il y aurait « une exigence logique », à l'application d'une exigence d'impartialité subjective au parquetier) ; S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction » in *Code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Université Panthéon-Assas (Paris II), p. 256, spéc., p. 282 (L'auteur indiquant là encore qu'« il est vrai que, littéralement, le parquet étant une partie il ne compose pas le « tribunal » au sens de l'article 6§1 ») ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n°434, p. 400.

¹⁶³⁹ V. not., CEDH, *Vera Fernández-Huidobro c. Espagne*, Req. n°74181/01, préc.

¹⁶⁴⁰ Cass. crim., 6 janv. 1998, *Bull. crim.* n°1, *D.* 1999. 246, note YILDIRIM ; *Procédures*, 1998, comm. 96, note J. BUISSON ; *Gaz. Pal.* 1998. 1. Chron. 79, note DOUCET ; *Dr. pénal* 1998, comm. 40, obs. A. MARON, préc. ; Cass. crim., 27 juin 2000, n°00-80.571, préc. ; Cass. crim., 22 mai 2001, n°00-83.793, préc. ; Cass. crim., 22 janv. 2002, n°00-87.322, n°00-87.323 et n°00-87.324, préc. ; Ass. Plén., 15 juin 2012, *Bull.* n°1, préc. ; Cass. crim., 9 mars 2016, n°14-86.795, préc.

L'arrêt *Vera Fernández-Huidobro* invite cependant à poser cette question sous un autre angle, en la repositionnant sur le terrain de l'exigence plus générale de l'équité de la procédure. C'est d'ailleurs ainsi que certains auteurs l'avaient formulée bien avant que cet arrêt ne soit rendu¹⁶⁴¹.

B. L'inclusion de l'impartialité de l'autorité d'investigation dans l'appréciation globale de l'équité de la procédure

588. L'applicabilité de l'exigence d'impartialité personnelle à l'autorité d'instruction -. Les justifications développées par la Cour dans son arrêt *Vera Fernández-Huidobro* pour fonder l'exigence d'impartialité de l'autorité d'instruction espagnole méritent en effet l'attention. Les juges européens observent d'abord que « *le droit espagnol exige [...] que le juge d'instruction, chargé d'instruire tant à charge qu'à décharge, réponde à des critères d'impartialité* » (§112). Or, rappellent-ils, « *[p]ar [le] système de garantie collective des droits qu'elle consacre, la Convention vient renforcer, conformément au principe de subsidiarité, la protection qui en est offerte au niveau national* » (*ibid.*). Si la Cour tranche donc la question qui lui est soumise à l'aune des exigences de la Convention, elle fait néanmoins cas des impératifs nationaux, son rôle n'étant pas de participer à leur déliquescence.

589. La Haute juridiction précise surtout que, conformément à sa jurisprudence traditionnelle, les garanties formulées à l'article 6 de la Convention doivent trouver à s'appliquer « *y compris aux phases de l'information préliminaire et de l'instruction judiciaire* » lorsque « *leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable de la procédure* ». En effet, le but de la Convention étant « *de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* », elle ne peut se désintéresser de la phase préalable au procès *stricto sensu* (§109)¹⁶⁴². Elle insiste d'ailleurs sur ce point en rappelant « *l'importance du stade de l'enquête pour la préparation du procès, dans la mesure où les preuves obtenues durant cette phase déterminent le cadre dans lequel l'infraction imputée sera examinée au procès* » (§111). Elle précise que « *dans la mesure où les actes accomplis par le juge d'instruction influent directement et inéluctablement sur la conduite du procès et, dès lors, sur l'équité de la procédure ultérieure, y compris le procès proprement dit [...], même si certaines des garanties procédurales envisagées par l'article 6§1 de la Convention peuvent ne pas s'appliquer au stade de l'instruction, les exigences du droit à un procès*

¹⁶⁴¹ G. YILDIRIM, « Avocat général et parrain ou pourquoi la garantie d'impartialité de l'article 6§1 de la Convention EDH ne vise que les juges », préc.

¹⁶⁴² V., *Supra*, n°71.

équitable au sens large impliquent nécessairement que le juge d'instruction soit impartial » (ibid.). Aussi, « *compte tenu des spécificités du droit espagnol à cet égard et, notamment, quant à l'exigence d'impartialité du juge d'instruction [...], l'article 6§1 de la Convention trouve à s'appliquer à la procédure d'instruction* » (§113).

590. Les implications du constat, sous cet angle, de la partialité de l'autorité d'instruction -. La Cour ne conclut toutefois pas à la violation du droit du requérant à un procès équitable. Au-delà des exigences nationales et de l'impératif, à la charge des droits nationaux, de garantir l'effectivité des exigences qu'ils formulent, elle estime être en mesure de s'assurer que la procédure était restée globalement équitable. En effet, si l'impartialité du juge d'instruction initialement saisi était sujette à caution (§125), un autre magistrat instructeur, dont l'impartialité n'était pas discutée (§134), avait été ultérieurement désigné. Or, l'instruction complète menée par celui-ci (§133) avait, pour la Cour, permis de « *redress[er] les défauts de l'instruction initiale* » (§136). Elle ne fait ici que reproduire une logique bien connue qui veut que l'existence d'un vice ne soit pas examinée de manière isolée mais au regard de ses effets sur l'équité de la procédure et celle-ci envisagée dans son ensemble.

591. La contestation de la solution adoptée -. Ce constat de non-violation, adopté par 4 voix contre 3, a cependant été discuté au sein de la chambre, donnant lieu à trois opinions dissidentes. Celles-ci peuvent être rappelées tant elles expriment une perception bien différente de l'affaire soumise à l'examen de la Cour.

Le juge Casadevall, auquel s'est rallié le juge Power, a fait observer que le deuxième juge d'instruction n'avait pas « *refait* » l'instruction mais s'était contenté de la « *poursuivre* ». Il a déduit que « *le manque d'impartialité objective du [premier] juge [...], constatée par la majorité [avait] contaminé toute l'instruction sans possibilité de réparation* ». Aussi, le constat de violation aurait-il dû s'imposer (§12).

Dans son opinion séparée, le juge Power a indiqué que la question décisive posée par l'arrêt *Vera Fernández-Huidobro* était de savoir « *dans quelle mesure une procédure judiciaire qui a été entachée, au tout début, par un manque d'impartialité peut néanmoins, le cas échéant, être réputée répondre aux exigences de l'article 6 lorsqu'on estime qu'il a été porté remède au vice ainsi constaté* ». Or, a-t-il précisé, « *lorsqu'elle envisage l'impartialité au sens de l'article 6, la Cour dit qu'il y va "de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer, au pénal, par les prévenus"*. Pareille confiance est intrinsèque à l'ordre démocratique et serait [...] compromise si, sur le plan des principes juridiques, une procédure pénale viciée par un préjugé n'en pouvait pas moins être considérée comme conforme aux exigences de la Convention à partir du raisonnement adopté par la majorité en l'espèce (§§133-135 de l'arrêt) [...] ».

Aussi, « [b]ien qu'il remplisse personnellement les exigences d'impartialité, le juge d'instruction nouvellement désigné a repris et poursuivi l'instruction d'un dossier qui avait déjà été manifestement entaché de préjugé. Il peut fort bien avoir recueilli de nouvelles dépositions, contre-interrogé à nouveau les témoins et ordonné l'administration de preuves supplémentaires, mais il aurait peut-être toujours ignoré l'existence de ces témoins ou la pertinence de telle ou telle preuve s'il n'avait pas disposé des informations que renfermait déjà le dossier – informations qui avaient été recueillies sur les ordres et les instructions d'un juge auquel manquait l'impartialité requise par l'article 6 ». En définitive, pour le juge Power « une procédure judiciaire [étant] un tout organique [...] ce qui se passe dans une phase donnée peut influencer sur une autre phase et parfois déterminer la suite des événements ». Il s'ensuivait que « ni la désignation d'un nouveau juge d'instruction, ni le nouvel interrogatoire des témoins menés par lui, ni le fait qu'il ait ordonné l'administration de preuves supplémentaires n'ont vraiment porté remède au défaut tenant au préjugé objectif du juge d'instruction initial » (§§2-5).

Le juge Zupančič a, lui, considéré que « tous les événements juridiques sont historiques et non reproductibles ». Il en découle que « la réalité objective est irrémédiablement perdue par le passé [;] elle ne peut être ressuscitée, répétée, recrée ou vérifiée. C'est précisément parce qu'il en est ainsi qu'il est d'autant plus important qu'un processus qui a de fortes probabilités de violer les droits procéduraux, constitutionnels et fondamentaux soit impartial. Les erreurs judiciaires ne sont pas faciles à redresser ; si ces droits sont méconnus au stade décisif, au début de l'instruction [...] le seul remède est d'exclure les éléments de preuve viciés », ce qui n'avait pas été le cas en l'espèce (§§8-12).

592. Les enseignements susceptibles d'être tirés de cet arrêt -. Cet arrêt est riche d'enseignements. Une première interrogation peut résider dans les implications que peut (ou doit) avoir pour le législateur le fait d'avoir volontairement soumis les membres du parquet à une obligation d'impartialité et à l'obligation de veiller à l'impartialité de l'enquête. Plus précisément, en l'y astreignant expressément, le législateur ne s'est-il pas, par-là même, obligé à en assurer l'effectivité ? C'est à nos yeux ce qui peut être déduit de la référence aussi claire au droit espagnol pour apprécier l'applicabilité de l'exigence d'impartialité au juge national (« compte tenu des spécificités du droit espagnol à cet égard [...] quant à l'exigence d'impartialité du juge d'instruction [...] » (§113)). Du moins, peinerions-nous à comprendre que la Cour s'écarte de ce raisonnement si elle avait à connaître d'une cause dans laquelle l'impartialité du parquet était sujette à caution pour des raisons semblables, compte tenu des précisions désormais apportées par l'article 39-3 du CPP.

Cette interprétation impliquerait-elle toutefois que la soumission explicite du parquet à une exigence d'impartialité s'accompagne de mécanismes préventifs permettant à la personne concernée de la mettre en cause, à l'image d'une procédure de récusation ? Si de tels mécanismes, existants à l'égard des magistrats du siège, et

notamment à propos du juge d'instruction, pourraient contribuer à l'effectivité de cette exigence, la réponse à cette question reste toutefois incertaine. Plusieurs arrêts rendus à l'égard des membres d'un « *tribunal* » - au sens de la Convention - ont rappelé l'obligation pour le juge de se récuser lorsque son impartialité est sujette à caution¹⁶⁴³. La jurisprudence européenne est moins claire, à notre connaissance, sur l'obligation pour les législateurs nationaux d'instaurer des mécanismes préventifs à l'initiative des parties, l'inexistence de tels dispositifs multipliant toutefois les chances d'un constat de la violation de l'article 6§1¹⁶⁴⁴. Or, dès lors qu'une telle exigence est incertaine à l'égard de juges conventionnellement tenus à celle-ci, il est hasardeux d'estimer que l'existence de tels dispositifs s'impose pour des autorités qui ne sont pas directement concernées par l'exigence d'impartialité formulée à l'article 6§1.

593. L'arrêt *Vera Fernández-Huidoboro* nous paraît en revanche poser la question de la prise en considération de l'impartialité personnelle du procureur au cours de la procédure, lorsqu'il ne s'est pas déporté de sa propre initiative. Certes, la Cour s'intéresse ici à l'impartialité du juge d'instruction. Elle le fait cependant en considération des conséquences que sa partialité a pu avoir sur l'équité de la procédure dans son ensemble. Or, la situation du procureur dans son rôle de directeur fonctionnel des investigations dans le cadre d'une enquête n'est pas fondamentalement différente de celle du magistrat instructeur espagnol. Ainsi lu, l'arrêt rapporté invite probablement les juridictions internes à s'intéresser aux conséquences d'une éventuelle partialité du procureur sur l'équité de la procédure et, le cas échéant, à en tirer les conséquences sur la régularité de la procédure antérieure.

Il n'est pas exclu, à la lumière de la solution rendue par la Cour, que les juridictions internes puissent conclure, au regard des faits soumis à leur examen et de la procédure envisagée dans son ensemble, que celle-ci n'a pas été viciée ou que les défauts constatés ont pu être redressés par l'intervention ultérieure d'une autre autorité dont l'impartialité n'était pas sujette à caution. On conviendra en revanche que la (seule) conclusion suivant laquelle le moyen pris de la partialité éventuelle d'un magistrat du parquet est inopérant semble aujourd'hui difficilement tenable.

594. L'insuffisante indépendance du procureur à l'égard de l'exécutif et l'impuissance de l'exigence d'impartialité à laquelle il est tenu interrogent avec d'autant plus d'acuité que le parquetier se substitue aujourd'hui au juge d'instruction. Si la

¹⁶⁴³ CEDH, *Piersack c. Belgique*, préc. (§30) ; CEDH, *Nortier c. Pays-Bas*, préc. (§33) ; CEDH, *Hauschildt c. Danemark*, préc. (§48).

¹⁶⁴⁴ N. MOLE et C. HARBY, *Le droit à un procès équitable*, Précis sur les droits de l'homme, n° 3, éd. Conseil de l'Europe, 2003, p. 32.

jurisprudence de la Cour européenne n'offre pas, selon nous, un argument solide pour soutenir l'affermissement de l'indépendance statutaire des magistrats du parquet, d'autres instruments ou communications européens y conviennent en revanche. L'impartialité des magistrats du parquet pose également question. Car si cette qualité n'est en principe pas attendue de l'autorité qui poursuit, la manière dont la Cour analyse le caractère équitable de la procédure invite néanmoins à prendre en considération les conséquences de son éventuelle partialité sur l'équité de la procédure appréciée globalement.

Le rôle du juge dans l'enquête peut pareillement être questionné à l'aune des standards européens.

Section Seconde. La place du juge

595. Si le recul du juge emporté par la métamorphose de la mise en état des affaires pénales et plus largement par l'évolution de la procédure pénale française alimente différentes discussions en droit interne, les droits européens invitent-ils à une évolution des règles en vigueur ? D'emblée, la garantie judiciaire, qui suppose l'intervention ou l'accès à une autorité présentant les qualités requises, apparaît comme une garantie cardinale de la Convention. Elle est parfois explicitement formulée – on pense à l'article 5 de la Convention –, parfois dégagée par la Cour européenne. La jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 8 de la Convention est de ce point de vue éclairante. La garantie ressort encore de dispositions plus générales obligeant les Etats parties à la Convention à ménager au justiciable qui se prétend victime d'une violation de ses droits un « *recours effectif devant une instance nationale* » (article 13) ou à lui garantir l'accès à un juge pour porter une contestation sur ses droits à caractère civil (article 6), comme son droit au respect de la vie privée¹⁶⁴⁵.

596. La substitution du procureur de la République au juge d'instruction est une première source d'interrogations. Puisque le procureur de la République ne peut être une autorité judiciaire au sens de certaines dispositions conventionnelles, la mise en œuvre de mesures attentatoires aux droits protégés (droit à la liberté, droit au respect de la vie privée essentiellement) suppose-t-elle l'intervention effective *ab initio* ou *in situ*

¹⁶⁴⁵ V. not., CEDH, 21 fév. 2008, *Ravon et autres c. France*, Req. n°18497/03, D. 2008. AJ 1054, obs. GUELAUD ; LPA, 15 avr. 2008, n°76, p. 3, obs. F. PERROTIN ; *Procédures* 2008, n°4, comm. 108, obs. N. FRICERO ; JCP éd. G. 2008. I. 167, obs. F. SUDRE ; RSC 2009, p. 598, obs. H. MATSOPOULOU ;

d'une autorité présentant l'ensemble des qualités requises, à l'image du JLD ? Le recul du contrôle *a posteriori* du juge, qui résulte de la déliquescence de l'information judiciaire et le développement de modes de traitement simplifiés de la délinquance fait naître une autre question. Les exigences européennes obligent-elles à l'existence d'un contrôle *a posteriori* ? Dans l'affirmative, la satisfaction de cet impératif suppose-t-il de renforcer la juridictionnalisation de l'enquête ou l'existence d'autres voies de droit est-elle susceptible de pallier l'absence de tout contrôle judiciaire ultérieur dans le cadre de la procédure pénale concernée ? C'est à ces deux interrogations, concernant pour l'une le contrôle *in situ* du juge (§1^{er}), pour l'autre le contrôle *a posteriori* (§2^d) qu'il convient de s'intéresser.

§1^{er} - *La nécessité d'affirmer le contrôle judiciaire in situ*

597. L'affermissement du contrôle *ab initio* ou *in situ* du juge renvoie à deux interrogations distinctes qui ne peuvent se concevoir séparément. La première tient aux hypothèses dans lesquelles les exigences européennes supposent l'intervention immédiate ou rapide d'une autorité judiciaire présentant les qualités d'indépendance requises pour autoriser le recours à une mesure attentatoire aux droits protégés ou en contrôler la mise en œuvre. Puisque le procureur de la République ne peut être considéré comme une autorité judiciaire au sens européen, l'observation de ces exigences doit permettre de déterminer la nécessité d'étendre l'office du JLD dans l'enquête (A). La seconde a trait à l'effectivité de ce contrôle puisque l'ineffectivité équivaut, selon l'analyse classique de la Cour, à une garantie inexistante (B).

A. L'expansion de l'office du juge au stade de l'enquête

598. La question de l'expansion de l'office du juge au stade de l'enquête a gagné en intensité à la suite des arrêts *Medvedyev* et *Moulin contre France*. Déniant au procureur la qualité d'autorité judiciaire au sens européen, ces arrêts ont parfois été lus comme imposant de cantonner le rôle des magistrats du ministère public à la protection des libertés individuelles. Certains auteurs ont ainsi regretté que le législateur français n'ait pas saisi de l'occasion des adaptations du droit en vigueur pour confier le contrôle des gardes à vue – ou au moins de leur prolongation –, à un magistrat indépendant vis-à-vis

du pouvoir exécutif et des parties¹⁶⁴⁶. D'autres ont promu une redistribution des rôles, jugée nécessaire à la satisfaction des exigences européennes. La Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme a par exemple préconisé que pour « tous les actes portant une atteinte grave aux droits et libertés fondamentaux (prolongation de garde à vue ; expertises techniques ou scientifiques impliquant un prélèvement sur une personne ou une intrusion corporelle ; perquisitions ; prélèvements sur une personne ; saisies de biens, mesure de géolocalisation, etc.), le ministère public [soit] dans l'obligation de saisir le juge des libertés aux fins d'ordonner la mesure d'investigation »¹⁶⁴⁷. L'Union syndicale des magistrats s'y est opposée, considérant que cette répartition des fonctions ferait du procureur une sorte de « super-OPJ » qui consacrerait « une part essentielle de son activité à ... saisir le juge [sic] »¹⁶⁴⁸, au risque de « [perdre] toute légitimité ou *a minima* toute capacité à exercer un quelconque contrôle sur la police judiciaire »¹⁶⁴⁹.

Promouvoir l'expansion de l'office du JLD sur le fondement du droit conventionnel suppose d'avoir à l'esprit les cas dans lesquels la Cour exige l'intervention *ab initio* ou *in situ* d'une autorité présentant tous les attributs de l'« autorité judiciaire » au sens qu'elle donne à cette expression. Or, il semble résulter de l'analyse de ces impératifs que, sous certaines réserves et incertitudes, les règles applicables à l'enquête, forgées par les impératifs constitutionnels¹⁶⁵⁰, sont largement conformes aux exigences de la Cour. La convergence entre les règles applicables à l'enquête et ces impératifs peut être observée tant sur le plan du contrôle des mesures attentatoires au droit à la vie privée (1), que sur celui des privations de liberté (2).

1) *Le contrôle des mesures d'investigation intrusives*

599. Si l'exigence d'un contrôle judiciaire ne ressort pas explicitement du libellé de l'article 8 de la Convention, la Cour a néanmoins dégagé de l'impératif de

¹⁶⁴⁶ V. not. F. DEBOVE, « Garde à vue : entre cadence et décadence », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Lexis Nexis, Paris, 2012, p. 191, spéc. p. 206 ; H. MATSOPOULOU, « Une réforme inachevée. À propos de la loi du 14 avril 2011 », *JCP éd. G.* 9 mai 2011, 542.

¹⁶⁴⁷ CNDCH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, 29 avr. 2014, p. 8.

¹⁶⁴⁸ USM, Mission visant à réformer l'architecture de l'enquête pénale, in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., Annexe 18.

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*

¹⁶⁵⁰ V. not., Cons. Const., Déc. n° 96-377 DC, 16 juil. 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire* (consid. 17 et s.) ; Cons. Const., Déc. n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, *Adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, préc. (consid. 6, 46, 55, 59, 64). V., en revanche, Cons. Const., Déc. n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration* (consid. 16 et s.) ; Cons. Const., Déc. n° 2014-693 DC, 25 mars 2014, *Loi relative à la géolocalisation*, préc. (consid. 17).

prééminence du droit l'obligation de garantir à la personne concernée une protection suffisante contre des comportements arbitraires, protection à laquelle concourt le contrôle judiciaire¹⁶⁵¹. Celui-ci doit être exercé par une autorité présentant les qualités de l'autorité judiciaire, et en particulier l'indépendance classiquement requise. Aussi, la conventionnalité du contrôle exercé par le procureur de la République sur certaines mesures attentatoires au droit au respect de la vie privée – telles que les réquisitions adressées dans le cadre d'une enquête préliminaire aux fins de l'obtention d'informations – pose-t-elle question.

600. Jusque récemment, la Cour concédait le plus souvent une alternative entre une autorisation judiciaire préalable et un contrôle *a posteriori*. La recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative aux techniques spéciales d'enquête en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme procède également ainsi. Le « *contrôle adéquat* » qu'elle préconise peut, d'une manière générale, prendre la forme « *d'une autorisation préalable, d'une supervision durant l'enquête ou d'un contrôle a posteriori* » (Recommandation n°3). Un arrêt récent nourrit toutefois certaines incertitudes car, selon l'interprétation retenue, il semble abandonner cette alternative au profit d'une autre articulation. L'alternative classiquement admise et ses exceptions seront rappelées (a) avant de souligner l'ambiguïté de la jurisprudence plus récente (b).

a) L'alternative classiquement admise

601. Si l'on met de côté cet arrêt récent, la jurisprudence conventionnelle paraît laisser aux Etats membres une certaine marge de manœuvre dans la détermination des modalités du contrôle judiciaire des mesures attentatoires au droit au respect de la vie privée. Elle admet que la mise en œuvre de certaines d'entre elles peut demeurer compatible avec les exigences conventionnelles dès lors qu'un contrôle *a posteriori*, même relativement tardif, est assuré. Si tel est le principe, certaines mesures y font cependant exception. La Cour prend en effet en considération la clandestinité de certains moyens d'investigation, qui évince, par essence, toute possibilité de contrôle à

¹⁶⁵¹ V. not., CEDH, 6 sept. 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, Req. n°5029/71 (§55 : « Il faut de surcroît, pour ne pas dépasser les bornes de la nécessité au sens de l'article 8 par. 2 (art. 8- 2), respecter aussi fidèlement que possible, dans les procédures de contrôle, les valeurs d'une société démocratique. Parmi les principes fondamentaux de pareille société figure la prééminence du droit, à laquelle se réfère expressément le préambule de la Convention (arrêt *Golder* du 21 février 1975, série A no 18, pp. 16-17, par. 34). Elle implique, entre autres, qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits d'un individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière »), *Cah. dr. eur.* 1979, 474, obs. G. COHEN-JONATHAN ; V. ég., U. KILKELLY, *Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Ed. Conseil de l'Europe, Coll. Précis du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2003, pp. 25 et s.

l'initiative de la personne visée, sauf à ce qu'il soit ultérieurement révélé. Elle semble soumettre les moyens plus intrusifs à un contrôle judiciaire préalable. Il en va ainsi des moyens d'investigation visuels ou acoustiques « *révél[a]nt plus d'informations sur la conduite, les opinions et les sentiments de la personne en fait l'objet* »¹⁶⁵². Sans être exclusif, le cas des écoutes téléphoniques est le plus éclairant. Envisageons donc le principe (α) et l'exception (β).

α) Le principe

602. Les arrêts relatifs aux perquisitions et à la géolocalisation illustrent l'alternative admise par la Cour entre un contrôle judiciaire immédiat et un contrôle *a posteriori*. Des arrêts récents témoignent toutefois des mérites que la Cour reconnaît au contrôle judiciaire *ab initio*.

603. Le contrôle des perquisitions -. A propos des perquisitions, les juges européens rappellent régulièrement que l'absence d'autorisation judiciaire préalable « *peut être contrecarrée par un contrôle judiciaire ex post factum* »¹⁶⁵³ pour autant que ce contrôle soit « *efficace dans les circonstances particulières de l'affaire en cause* »¹⁶⁵⁴. Il semble, en revanche, pouvoir prendre la forme d'un contrôle rapide et automatique¹⁶⁵⁵ ou d'un contrôle plus tardif, laissé à l'initiative de la personne soumise à la mesure¹⁶⁵⁶.

604. La « tolérance » de la Cour est toutefois compensée par la rigueur avec laquelle elle apprécie, dans ces circonstances, les autres garanties ménagées pour prévenir une méconnaissance arbitraire ou abusive du droit à l'inviolabilité du domicile. Elle précise que « *[n]onobstant la marge d'appréciation qu'elle reconnaît en la matière aux États contractants, [il lui faut] redoubler de vigilance lorsque le droit national habilite les autorités à conduire une perquisition sans mandat judiciaire : la protection des individus contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par l'article 8 réclame [en effet] un encadrement légal et une limitation des plus stricts de tels pouvoirs* »¹⁶⁵⁷.

Ainsi, dans son arrêt *Camenzind contre Suisse* du 16 décembre 1997¹⁶⁵⁸, relatif à la

¹⁶⁵² CEDH, *Uzun c. Allemagne*, préc. (§52).

¹⁶⁵³ V. not., CEDH, 7 juin 2007, *Smirnov c. Russie*, Req. n°71362/01 (§45) ; CEDH, 1^e avr. 2008, *Varga c. Roumanie*, Req. n°73957/01 (§§60 et 73) ; CEDH, 15 fév. 2011, *Heino c. Finlande*, Req. n° 56720/09 (§45) ; CEDH, *Gutsanovi c. Bulgarie*, préc. (§222).

¹⁶⁵⁴ V. not., CEDH, *Smirnov c. Russie*, préc. (§45 *in fine*) ; CEDH, *Heino c. Finlande*, préc. (§ 45) ; CEDH, *Gutsanovi c. Bulgarie*, préc. (§220) ; CEDH, 2 oct. 2014, *Delta Pekarni A.S. c. République Tchèque*, Req. n°97/11 (§83) ; V. ég., CEDH, *Varga c. Roumanie*, préc. (§73).

¹⁶⁵⁵ CEDH, *Gutsanovi c. Bulgarie*, préc. (§223).

¹⁶⁵⁶ CEDH, *Smirnov c. Russie*, préc. (§45) ; CEDH, *Gutsanovi c. Bulgarie*, préc. (§223 *in fine*).

¹⁶⁵⁷ CEDH, 16 déc. 1997, *Camenzind c. Suisse*, Req. n°21353/93, §§45-47) ; CEDH, *Gutsanovi c. Bulgarie*, préc. (§220)

¹⁶⁵⁸ CEDH, 16 déc. 1997, *Camenzind c. Suisse*, préc.

perquisition et à la saisie d'un téléphone portable, la Cour n'a conclu à l'absence de violation de l'article 8§2 qu'après s'être assurée de la prévisibilité de la loi nationale et avoir apprécié les conditions dans lesquelles ces mesures avaient été mises en œuvre. En l'espèce, elle s'est attachée, d'une part, à la présence d'un enquêteur, obligé de justifier de sa qualité auprès de l'occupant des lieux et de l'informer des motifs de la perquisition. Elle s'est intéressée, d'autre part, à la possibilité pour le requérant, qui avait pu prendre connaissance du dossier, de contacter son avocat. La Cour s'est enfin attachée à l'aménagement d'un recours *a posteriori* pour contester la légalité de la mesure et, le cas échéant, obtenir réparation (§§45-47). Dans son arrêt *Gutsanovi contre Bulgarie*, en revanche, la Cour a observé que si la perquisition litigieuse a été opérée en présence du requérant, de son avocat, de deux autres témoins et d'un expert, l'étendue de la recherche n'a pas été circonscrite (§224). En atteste le nombre important et la diversité des objets et documents saisis et l'absence de tout lien apparent entre certains objets et les infractions sur lesquelles portaient les investigations en cours. L'absence de tout contrôle *a posteriori* effectif, joint à l'inexistence d'une autorisation judiciaire préalable, devait entraîner un constat de violation des exigences de l'article 8 de la Convention (§225).

605. Le contrôle des géolocalisations -. A l'égard des géolocalisations, la Cour concède la même alternative, comme en atteste l'arrêt *Uzun contre Allemagne* rendu le 2 septembre 2010. Les juges européens ont admis que « *le contrôle judiciaire ultérieur de la surveillance d'une personne par GPS [en l'espèce décidée par un procureur] offre une protection suffisante contre l'arbitraire* » (§72). Ce contrôle, exercé par les juridictions « *dans le cadre de la procédure pénale ultérieure menée contre l'intéressé* » et susceptible de conduire à l'exclusion des éléments illégalement obtenus est, selon les termes de la Cour, de nature à « *décourage[r] les autorités d'enquête de recueillir des preuves par des moyens illégaux* » (*ibid.*), ce qui, à l'égard de mesures jugées moins intrusives, suffit à satisfaire aux exigences conventionnelles. La position de la chambre criminelle française à l'égard des géolocalisations décidées dans le cadre d'une enquête¹⁶⁵⁹, et donc placées sous le contrôle du parquet, était donc excessive ce qu'avait fait observer la doctrine majoritaire¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵⁹ Cass. crim., 22 oct. 2013, *Bull. crim.* n°197, préc. (« *la technique dite de 'géolocalisation' constitue une ingérence dans la vie dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge* ») ; V. ég., Cass. crim., 14 janv. 2014, n°13-84.909).

¹⁶⁶⁰ V. not., C. FONTEIX, « Droit au respect de la vie privée (Art. 8 CEDH) : Un encadrement judiciaire en demi-teinte des mesures de « géolocalisation », in *Lettres « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 12 nov. 2013 ; P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Le régime juridique de la géolocalisation : une pierre de plus à la mosaïque processuelle pénale », *Gaz. Pal.* 29 juil. 2014, p. 4.

606. Les mérites d'un contrôle judiciaire *in situ* néanmoins relevés par la Cour -. Si la Cour reste fidèle cette alternative pour les mesures les moins intrusives, elle souligne cependant les mérites d'un contrôle *ab initio* ou *in situ* dans ces arrêts les plus récents.

Dans son arrêt *Uzun*, elle s'est ainsi félicitée de l'évolution du droit allemand qui soumet depuis la prolongation des mesures de géolocalisation à l'autorisation d'un juge au-delà d'un délai d'un mois (§71).

Ces mérites sont plus clairement mis en lumière dans l'arrêt *Gutsanovi contre Bulgarie*¹⁶⁶¹. Dans celui-ci, la perquisition litigieuse s'était déroulée de manière particulièrement musclée (« *la porte d'entrée de la maison a[vait] été forcée par une équipe d'intervention spéciale* ») et le requérant « *immobilisé par des agents cagoulés et armés, amené de force à l'étage inférieur de sa maison et menotté* » (§123)). La Cour relève que les conditions dans lesquelles elle avait eu lieu avaient été de nature à amplifier le sentiment de peur et d'angoisse éprouvés par le requérant mais également par son épouse - qui n'était pas impliquée dans la commission de l'infraction - et ses filles - âgées de cinq et sept ans-, toutes trois présentes au moment de la perquisition. La Cour note que s'il ne peut s'agir d'« *imposer aux forces de l'ordre de ne pas arrêter les suspects d'infractions pénales dans leur domicile chaque fois que leurs enfants ou conjoints s'y trouvent* » (§131), « *la présence éventuelle des membres de la famille du suspect sur les lieux de l'arrestation est une circonstance qui doit être prise en compte dans la planification et l'exécution de ce type d'opérations policières* » (*ibid*). Bien qu'une autorisation préalable du juge ne s'imposât pas, l'intervention de celui-ci « *aurait [indique la Cour] pu permettre la mise en balance de[s] intérêts légitimes [du requérant et de sa famille] avec l'intérêt général d'appréhender les personnes suspectées d'avoir commis une infraction pénale* » (§133). Cette mise en exergue des mérites du contrôle judiciaire pourrait laisser présager d'un resserrement des exigences de la Cour¹⁶⁶². Le renforcement des standards conventionnels est plus certain à l'égard des mesures secrètes les plus intrusives.

β) L'exception

607. Si la Cour laisse classiquement une marge de manœuvre aux Etats membres, elle fait preuve de davantage de rigueur à l'égard des mesures particulièrement attentatoires au droit au respect de la vie privée. La jurisprudence européenne relative aux interceptions de télécommunications, qui est la plus fournie à ce jour, est révélatrice de ces exigences particulières.

¹⁶⁶¹ N. HERVIEU, « Un spectaculaire resserrement de l'étau européen sur les perquisitions et les privations de liberté (CEDH, 4e Sect. 15 octobre 2013, *Gutsanovi c. Bulgarie*) », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 18 octobre 2013.

¹⁶⁶² *Ibid*.

608. Les précisions de l'arrêt *Klass et autres contre Allemagne*. L'arrêt *Klass et autres contre Allemagne*, rendu le 6 septembre 1978, a donné à la Cour une première occasion de se prononcer sur le contrôle des interceptions de télécommunications. En plus de leur caractère particulièrement intrusif, celles-ci ont aussi la particularité d'être secrètes. Or, la Cour a fait observer que cette circonstance particulière n'était pas sans répercussion sur le contrôle de leur mise en œuvre. Généralement, le contrôle de ces mesures peut s'opérer à trois stades distincts – « *lorsqu'on l'ordonne, pendant qu'on la mène ou après qu'elle a cessé* » (§55) – « *la nature et la logique mêmes de la surveillance secrète commandent d'exercer à l'insu de l'intéressé non seulement la surveillance comme telle, mais aussi le contrôle qui l'accompagne* » (*ibid.*). La Cour en a déduit que puisque la personne qui en fait l'objet peut être « *empêché[ée] d'introduire un recours effectif ou de prendre une part directe à un contrôle quelconque* », même une fois la mesure levée, « *il se révèle indispensable que les procédures existantes procurent en soi des garanties appropriées et équivalentes sauvegardant les droits de l'individu* » (§58). L'exercice d'une voie de recours ultérieure impliquerait, par définition, que la mesure de surveillance soit ultérieurement révélée à la personne qui en a fait l'objet, ce que les juges européens ne paraissent pas exiger même lorsque la surveillance a cessé (*ibid.*)¹⁶⁶³. La Cour en a déduit que, dans ce « *domaine où les abus sont potentiellement si aisés [...]* », il est souhaitable que le contrôle initial soit confié à un juge (§56). De l'avis des juges européens cependant, il était possible, « *eu égard à la nature du contrôle et des autres sauvegardes* » entourant la mise en œuvre de ces mesures de surveillance, que « *l'exclusion du contrôle judiciaire ne transgresse pas les limites de ce qui peut passer pour nécessaire dans une société démocratique* » (*ibid.*). Après avoir observé que les deux organes intervenant pour contrôler ces mesures – en l'occurrence, un Comité de cinq parlementaires et une commission spécifique – étaient, d'une part, « *investis de pouvoirs et attributions suffisants pour exercer un contrôle efficace et permanent* » et, d'autre part, « *indépendants des autorités qui procèdent à la surveillance* » (*ibid.*), ils ont conclu que les exigences de l'article 8§2 n'avaient

¹⁶⁶³ La Cour a relevé que le contrôle *a posteriori* est indissolublement liée à la question de la notification ultérieure de la mesure puisque, par définition, si l'intéressé n'est pas avisé des mesures prises à son insu, il « *ne peut guère [...] en contester rétrospectivement la légalité en justice* » (§57). Aussi, la question du contrôle *a posteriori* est-elle liée à celle de savoir si une telle peut être exigée « *dans tous les cas* » (§58). Or, la Cour a estimé que « *l'activité ou le danger qu'un ensemble de mesures de surveillance tend à combattre peut subsister pendant des années, voire des décennies, après leur levée. Une notification ultérieure à chaque individu touché par une mesure désormais levée pourrait bien compromettre le but à long terme qui motivait à l'origine la surveillance. En outre, la Cour constitutionnelle fédérale l'a fait remarquer à juste titre, pareille notification risquerait de contribuer à révéler les méthodes de travail des services de renseignements, leurs champs d'observation et même, le cas échéant, l'identité de leurs agents. De l'avis de la Cour, dès lors que l'"ingérence" résultant de la législation contestée se justifie en principe au regard de l'article 8 par 2, il ne saurait être incompatible avec cette disposition de ne pas informer l'intéressé dès la fin de la surveillance, car c'est précisément cette abstention qui assure l'efficacité de l'"ingérence"* » (*ibid.*). Elle observait, par ailleurs, que depuis un arrêt du 15 décembre 1970 rendu par la Cour constitutionnelle fédérale « *l'intéressé doit être avisé après la levée des mesures de surveillance dès que la notification peut être donnée sans compromettre le but de la restriction* » (*ibid.*) et estimer, en définitive, que la législation allemande offrait des garanties suffisantes, considération faite de la nécessité de « *conciliation entre les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des droits individuels* » (§§59-60).

pas été méconnues (§60).

609. Les indications des arrêts *Kruslin* et *Huvig contre France* -. Dans leurs arrêts *Kruslin* et *Huvig*¹⁶⁶⁴, les juges européens ne se sont pas non plus désintéressés du contrôle judiciaire exercé préalablement à la mise en œuvre d'une écoute téléphonique dans le cadre d'une procédure judiciaire. Sans formuler explicitement l'obligation de soumettre l'autorisation de telles mesures à un juge, la Cour n'a pas minimisé l'importance de « *la nécessité d'une décision d'un juge d'instruction, indépendant* » (§33 ; §34), lui-même soumis, le cas échéant, au contrôle « *de la chambre de l'accusation [sic], des juridictions du fond et, au besoin, de la Cour de cassation* » (*ibid.*).

610. L'ancrage de cette exigence dans des arrêts plus récents -. Des arrêts plus récents ont conforté l'idée suivant laquelle un contrôle judiciaire *ab initio*, à tout le moins d'un contrôle immédiat par un « *organe indépendant* », est devenu pour ce qui concerne les mesures les plus intrusives, une véritable exigence. L'arrêt *Dumitru Popescu*¹⁶⁶⁵ donnait déjà matière à réflexion même s'il laissait entières certaines hésitations. Dans celui-ci, la Cour a observé les carences du contrôle opéré par le procureur roumain, qui ne bénéficiait pas de l'indépendance requise (§§70-71), et l'absence d'un contrôle *a priori* des autorisations de ce dernier par « *un juge* » ou une « *autre autorité indépendante* » (§§72-73). La juridiction européenne a également constaté l'inexistence de tout contrôle *a posteriori* du bien-fondé de l'interception par une autorité indépendante et impartiale (§§74-77). Elle a en outre souligné les autres insuffisances du droit roumain : « *le manque de garanties concernant la sauvegarde du caractère intact et complet des enregistrements et leur destruction* » (§§78-79) ou « *d'indépendance de l'autorité qui aurait pu attester la réalité et la fiabilité des enregistrements* » (§§80-81). Compte tenu de la pluralité des considérations justifiant le constat de violation, il était, à nos yeux, délicat de déterminer si la conclusion de la Cour procédait de l'inexistence d'un contrôle judiciaire *a priori*, à l'absence de tout contrôle *a priori* ou *a posteriori* ou des autres carences observées par les juges européens.

Dans son arrêt *Iordachi contre Moldavie*¹⁶⁶⁶, la quatrième section a toutefois indiqué, renvoyant à l'arrêt *Dumitru Popescu* précité, que la Cour exigeait qu'une interception de télécommunications soit autorisée par un organe indépendant (§40). Toutefois, faute de certitudes sur les motifs qui avaient conduit la Cour à conclure à la violation de l'article 8§2 dans celui-ci, la conclusion à laquelle elle est parvenue dans l'arrêt *Iordachi* ne permettait pas de lever tout doute sur la pérennité de cette exigence.

¹⁶⁶⁴ CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin c. France*, Req. n°11801/85 ; CEDH, 24 avr. 1990, *Huvig c. France*, Req. n°11105/84.

¹⁶⁶⁵ CEDH, *Dumitru Popescu c. Roumanie* (n°2), préc.

¹⁶⁶⁶ CEDH, 10 fév. 2009, *Iordachi c. Moldavie*, Req. n°25198/02.

Celle-ci a cependant été reprise, par la cinquième section, dans l'arrêt *Uzun contre Allemagne*. La Cour a en effet mis en perspective les garanties exigées avec le degré d'atteinte au droit à la vie privée et aux correspondances impliqué par différentes mesures. Elle a fait observer que « *[l]a surveillance par GPS devant être considérée comme étant moins attentatoire à la vie privée d'une personne que, par exemple, des écoutes téléphoniques, mesure pour laquelle tant le droit interne que l'article 8 de la Convention requièrent la délivrance d'un mandat par un organe indépendant*¹⁶⁶⁷, [...] le contrôle judiciaire ultérieur de la surveillance d'une personne par GPS offre une protection suffisante contre l'arbitraire » (§72). Ce paragraphe paraît confirmer les distinctions auxquelles procède la Cour en fonction du degré d'atteinte au droit protégé. Si une autorisation préalable ne s'impose pas pour l'ensemble des mesures d'investigation, elle apparaît en revanche comme une exigence en matière d'interception de télécommunications. Les écoutes téléphoniques ne sont toutefois citées qu'à titre d'illustration de telle sorte que l'on peut raisonnablement penser qu'une même exigence s'impose pour toute mesure impliquant un même degré d'atteinte au droit au respect de la vie privée. La lecture du paragraphe 52 de l'arrêt, dans lequel la Cour invite à « *distinguer [...] la surveillance par GPS d'autres méthodes de surveillance par des moyens visuels ou acoustiques qui, en règle générale, sont davantage susceptibles de porter atteinte au droit d'une personne au respect de sa vie privée car elles révèlent plus d'informations sur la conduite, les opinions ou les sentiments de la personne qui en fait l'objet* », vient au soutien de cette analyse. Et, d'une manière générale, il y aurait quelques difficultés à justifier que la Cour fasse varier son degré d'exigence lorsque l'atteinte au droit protégé est équivalente.

611. Les arrêts rapportés, et en particulier de l'arrêt *Uzun*, semblent offrir une grille de lecture des exigences européennes, déterminant les critères autour desquels celles-ci s'articulent. La clandestinité de la mesure, qui rend le contrôle judiciaire *ab initio* plus nécessaire parce que le contrôle *a posteriori* est aléatoire, apparaît comme un premier critère. Le degré d'atteinte au droit à la vie privée serait le second critère, à la lecture de l'arrêt *Uzun* précité.

612. La convergence du droit français positif -. Le constat d'une convergence du droit interne avec exigences de la Convention paraît s'imposer. Certes, le droit français ne soumet pas l'ensemble des mesures d'investigation à l'obtention d'une autorisation judiciaire préalable. Ainsi les perquisitions n'y sont soumises que de manière dérogatoire, dans le cadre d'une enquête préliminaire, pour pallier l'absence du consentement de l'occupant des lieux (C.P.P., article 76, al. 4) ou, quel que soit le cadre des investigations, lorsqu'elles doivent être réalisées en dehors des heures légales (C.P.P.,

¹⁶⁶⁷ Nous soulignons.

articles 706-89 et s.). Les exigences conventionnelles ne paraissent cependant pas s'y opposer¹⁶⁶⁸.

613. De même, le régime des géolocalisations, issu de la loi n°2014-372 du 28 mars 2014¹⁶⁶⁹ - dont l'objectif était de maintenir la possibilité de recourir à une telle mesure dans le cadre d'une enquête de police¹⁶⁷⁰ - ne peut pas davantage être contesté. Prenant le contrepied de la position de la chambre criminelle, le législateur, approuvé par le Conseil constitutionnel¹⁶⁷¹, confie prioritairement le contrôle de ces mesures au procureur de la République. Ce n'est qu'en cas de prorogation de celle-ci au-delà de quinze jours que l'intervention du JLD s'impose (C.P.P., Article 230-33). Le dispositif français n'apparaît toutefois pas contraire aux impératifs européens, la Cour ayant implicitement approuvé un régime moins protecteur que ce dernier dans son arrêt *Uzun*.

614. Le constat d'une convergence s'impose enfin à propos des mesures les plus intrusives. Le Code de procédure pénale impose, conformément aux exigences constitutionnelles, l'intervention d'un magistrat du siège préalablement à la mise en œuvre des mesures d'investigations les plus attentatoires au droit au respect de la vie privée, quel que soit le cadre processuel des investigations. Ainsi, les écoutes téléphoniques ne peuvent être mise en œuvre qu'avec l'autorisation préalable du JLD ou sur décision du juge d'instruction, selon que les investigations prennent place dans le cadre d'une enquête ou d'une information judiciaire. Les autres mesures d'investigation qui présentent un même degré d'ingérence, désormais étendues à l'enquête, sont soumises à cette même exigence. Tel est le cas des sonorisations de lieux et des fixations d'images (C.P.P., articles 706-96 et 706-96-1) ou, encore, de l'accès à

¹⁶⁶⁸ Le Conseil constitutionnel s'est notamment attaché à ces exigences européennes, sur le fondement desquelles il ne se prononce certes pas, avant de trancher la question de la constitutionnalité des perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence (V., Commentaire Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016 Ligue des droits de l'homme (Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence), spéc. p. 16).

¹⁶⁶⁹ L. n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, *JORF* du 29 mars 2014, p. 6123, *Procédures* 2014, n°8, p. 6, obs. J. BUISSON ; *Gaz. Pal.*, 4 avr. 2014, p. 14, obs. E. DUPIC ; *Ibid.*, 27 juil. 2014, p. 8, obs. P. LE MONNIER DE GOUVILLE ; *Ibid.*, 26 sept. 2014, p. 9, obs. G. GRECOURT ; *RSC* 2014, p. 339, obs. J.-B. PERRIER ; *Dr. pén.*, juin 2014, Et. p. 9, obs. J.-P. VALAT ; Sur l'état du droit avant cette loi, V. not., A. LEPAGE, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », *Dr. pén.* 2009, chron. n°11 ; B. DE LAMY, « La Cour européenne des droits de l'homme, protectrice des droits fondamentaux », *Dr. pén.* 2011, ét. n°13 ; K. GRABARCZYK, « La conventionalité de la surveillance policière par GPS », *JCP éd. G.*, 2010, 905 ; S. LAVRIC, « Surveillance par GPS pendant l'enquête et droit au respect de la vie privée », *Dalloz actualités*, 20 sept. 2010 ; H. MATSOPOULOU, « La surveillance par géolocalisation à l'épreuve de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2011, p. 724 ; J.-C. SAINT-PAU, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », *D. pén.* 2011, ét. n°20 ; D. ROETS, « La surveillance d'un suspect par Global positioning system et le droit au respect de la vie privée », *RSC* 2011, p. 217.

¹⁶⁷⁰ V., Projet de loi n°257 relatif à la géolocalisation, Enregistré à la Présidence du Sénat le 23 décembre 2013, Présenté par Mme Ch. TAUBIRA, p. 3.

¹⁶⁷¹ Cons. Const., Déc. n° 2014-693 DC du 25 mars 2014, *Loi relative à la géolocalisation*, *Gaz. Pal.* 4-5 avr. 2014, p. 14, comm. E. DUPIC ; *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 9 mai 2014, obs. C. FONTEIX ; *RSC* 2014, p. 669, comm. Ch. LAZERGES.

distance et à l'insu de la personne visée, aux correspondances stockées par la voie des communications électroniques accessibles via un identifiant informatique (C.P.P., articles 706-95-1 et 706-95-2).

615. Malgré les invitations de certains observateurs à étendre le contrôle du JLD sur les mesures d'investigations décidées dans le cadre d'une enquête¹⁶⁷², aucune évolution de cet ordre ne s'impose au regard des exigences conventionnelles précédemment rappelées.

Un arrêt récent alimente néanmoins l'incertitude puisque, selon la lecture que l'on en a, il peut présager d'une autre articulation des impératifs européens.

b) Les hésitations nées de la jurisprudence récente

616. L'arrêt *Trabajo Rueda contre Espagne* rendu par la troisième section le 30 mai 2017 introduit une certaine ambiguïté. Elle ressort de la manière dont la Cour s'approprie l'« urgence » de procéder à une mesure intrusive. Le rappel préalable des faits n'est pas dénué d'intérêt.

617. Les faits -. Le 17 décembre 2007, Monsieur Trabajo Rueda avait déposé son ordinateur dans un magasin afin de remplacer l'enregistreur défectueux. Le technicien lui avait demandé si l'ordinateur était protégé par un mot de passe, ce à quoi le requérant avait répondu qu'il ne l'était pas. Une fois l'enregistreur remplacé, le technicien avait procédé à un test, en ouvrant différents fichiers du dossier « mes documents ». Il avait constaté que ce dossier contenait des éléments à caractère pédopornographique. Il avait alors dénoncé les faits et remis l'ordinateur aux agents de police, qui en avaient examiné le contenu et notamment un dossier « mes documents » ainsi que le fichier Incoming du programme d'échange et de partage de fichiers eMule. L'ordinateur avait ensuite été remis à des enquêteurs experts en informatique et les faits portés à la connaissance du juge d'instruction. Le 20 décembre suivant, alors que le requérant s'était rendu au magasin pour récupérer son ordinateur, il avait été arrêté et placé en détention avant d'être conduit devant le juge. Il fut condamné à une peine de quatre ans d'emprisonnement pour détention et diffusion d'images de mineurs présentant un caractère pornographique par l'Audiencia provincial de Séville. A cette occasion, la juridiction écarta le moyen de nullité soulevé par le requérant qui considérait que son droit au respect de sa vie privée avait été illégitimement atteint. Elle releva que le

¹⁶⁷² CNDCH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, 29 avr. 2014, p. 8.

requérant n'avait formulé, lors de la remise de son ordinateur au technicien, aucune réserve à propos de l'usage de l'ordinateur et de l'accès à certains fichiers. Pour les juges, ceci signifiait que le requérant n'avait pas entendu mettre à l'abri de tiers certaines informations. Cette conclusion se trouvait confortée par le fait que Monsieur Trabajo Rueda avait configuré le programme eMule de manière à ce que la totalité des fichiers soient accessibles à tout utilisateur de l'application. Dans ces circonstances, la juridiction avait conclu qu'il était difficile de reconnaître que le droit à la vie privée du requérant avait été méconnu, ses propres actions démontrant qu'il n'avait aucune intention de garder dans sa sphère intime, exclusive et personnelle les fichiers qu'il conservait dans son ordinateur. Le requérant s'était alors plaint, selon la procédure d'*amparo*, de la violation de ses droits fondamentaux devant le Tribunal constitutionnel. Il invoquait la méconnaissance des articles 18§1 (droit à la vie privée) et 24§2 (respect du principe de la présomption d'innocence). Le Tribunal constitutionnel a conclu à l'absence de violation des dispositions invoquées. Se référant à sa jurisprudence en la matière, il a estimé que tout accès au contenu d'un ordinateur personnel devait être précédé soit par le consentement de son propriétaire, soit par une autorisation judiciaire préalable, respectueuse du principe de proportionnalité. Il constatait que l'ingérence n'avait été ni consentie - l'autorisation du requérant n'avait été donnée qu'aux fins de la réparation informatique et ne pouvait donc légitimer une intervention postérieure par d'autres personnes ou à d'autres fins -, ni autorisée par une autorité judiciaire. Il relevait toutefois que l'espèce s'inscrivait dans le cadre d'une exception à la règle générale suivant laquelle « *lorsqu'il existe des motifs qui exigent une intervention nécessaire et immédiate de la police pour la prévention et la constatation du délit, la découverte des délinquants et la recherche de la preuve* », l'intervention peut avoir lieu sans autorisation judiciaire préalable à condition que le principe de proportionnalité soit respecté. Dans ce cas, « *l'appréciation de l'urgence et de la nécessité de l'intervention policière doit être faite a priori et est soumise à un contrôle juridictionnel a posteriori, tout comme l'exigence de proportionnalité* » ; « *le constat ex post d'un manque [d'urgence et de nécessité] ou de respect du principe de proportionnalité entraîne[...] une violation d'un droit fondamental et conduirait à l'illégalité des preuves ainsi obtenues* ». Or, le Tribunal constitutionnel a estimé que le moyen d'enquête était raisonnable en termes de proportionnalité et que l'action rapide de la police était, en l'espèce, nécessaire. En effet, puisque le requérant n'avait pas encore été arrêté lors de l'intervention sur l'ordinateur, les enquêteurs pouvaient craindre qu'il supprime les fichiers illicites, ou d'autres fichiers, en se connectant à distance. La police avait en outre intérêt à vérifier au plus vite s'il y avait d'autres participants au délit, d'autant que l'auteur avait utilisé un programme informatique permettant d'échanger des fichiers et qu'il était possible que le matériel pornographique cachât des abus sur mineurs qu'il fallait encore rechercher.

618. L'argumentation du requérant -. Devant la Cour, le requérant a argué que la législation et la jurisprudence espagnoles applicables à la saisie d'un ordinateur personnel ne répondait pas à la condition de prévisibilité énoncée à l'article 8§2 de la Convention puisqu'elles ne définissaient pas avec précision les circonstances dans lesquelles la police était autorisée à procéder à une telle saisie sans l'autorisation préalable d'un juge. Tout particulièrement, les notions d'« urgence » et de « nécessité » établies par la jurisprudence constitutionnelle espagnole n'étaient pas suffisamment précises, de sorte que la police disposait, selon le requérant, d'une trop large marge de manœuvre. Il a en outre soutenu qu'il n'y avait aucune urgence justifiant qu'il soit procédé à la fouille de son ordinateur sans l'autorisation judiciaire. Cet argument était étayé par une opinion dissidente d'un juge constitutionnel, qui avait considéré qu'il n'y avait eu, en l'espèce, aucun risque de disparition des fichiers puisque l'ordinateur, retenu au commissariat, était resté éteint et non connecté à Internet. En conséquence, il avait estimé que les règles établies par la jurisprudence constitutionnelle n'avaient pas été respectées.

619. La solution de la Cour -. Puisqu'il ne faisait aucun doute que l'accès aux archives d'un ordinateur personnel constituait une « ingérence des autorités publiques » dans le droit à la vie privée de l'intéressé, la Cour était appelée à examiner si la mesure répondait aux exigences formulées par l'article 8§2 de la Convention et donc à apprécier l'existence d'un but légitime et nécessaire dans une société démocratique.

La Cour rappelle d'abord que, dans le contexte des mesures d'investigation clandestines, la loi autorisant des procédés d'investigation intrusifs « *doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à prendre pareilles mesures secrètes* » (§33). Aussi était-elle invitée à examiner la qualité du droit en vigueur. Elle relève que si l'accès au contenu d'un ordinateur personnel n'est pas spécifiquement réglementé par la loi espagnole, ni par la Constitution, il découle de différentes dispositions légales autorisant les enquêteurs à prendre les mesures nécessaires pour démasquer et appréhender leurs auteurs présumés et recueillir les preuves pertinentes. Or, si elle estime que ces textes ne répondent pas à l'ensemble des conditions exigées pour éviter les abus – elle renvoie là aux arrêts *Kruslin* et *Hwig* notamment -, elle relève que la jurisprudence constitutionnelle peut pallier les lacunes du droit écrit, à condition d'être bien établie au moment où l'ingérence a eu lieu (§34). Ainsi, rappelle-t-elle, la « loi » ne saurait se confondre avec la loi au sens « formel » mais doit s'entendre dans son acception

matérielle, incluant à la fois des textes de rang infralégislatif et le « droit non écrit »¹⁶⁷³. La Cour constate que la jurisprudence du Tribunal constitutionnel a posé la règle de l'autorisation judiciaire préalable, règle à laquelle il ne peut être fait exception que dans des situations de « nécessité urgente », le contrôle judiciaire s'opérant, dans ce cas, *a posteriori* (§35). A propos de la clarté des termes employés, la Cour observe que la notion d'« urgence » est régulièrement utilisée dans les droits nationaux et indiquent que, « *par la force des choses, des situations urgentes peuvent être de différentes natures et peuvent être imprévues et difficiles à définir à l'avance* » (§36). Aussi, estime-t-elle que « *l'emploi de l'expression 'urgence' donne aux citoyens une indication suffisante quant aux situations et aux conditions dans lesquelles les pouvoirs publics sont habilités à recourir à l'ingérence sans autorisation préalable du juge, à savoir lorsque la police en mission d'enquête ne peut attendre une autorisation judiciaire sans entraver le bon déroulement et le but de ladite enquête* » (§36). Elle rappelle toutefois que si la marge de manœuvre offerte aux enquêteurs peut être sources d'abus¹⁶⁷⁴, elle a déjà admis la compatibilité de législations internes faisant exception à l'autorisation préalable d'un juge dans de telles hypothèses, sous réserve de l'existence d'un contrôle judiciaire *a posteriori* (§37). Or nul ne contestait que le requérant avait bénéficié d'un tel contrôle (*ibid.*). La Cour estime donc que le droit interne était suffisamment clair et détaillé pour que la personne concernée puisse prévoir les conséquences de son comportement. En l'occurrence, la police ayant saisi l'ordinateur du requérant sous la conviction qu'il y avait l'urgence requise par la loi interne, l'ingérence dans le droit au respect de sa vie privée était « *prévue par la loi* » au sens de l'article 8§2 de la Convention.

La Cour s'intéresse ensuite à la légitimité de l'ingérence. Elle relève qu'elle poursuivait l'un des buts énumérés à l'article 8§2 de la Convention, à savoir la « *prévention des infractions pénales* » ou la « *protection (...) des droits d'autrui* » (§39). Elle précise, pour appuyer cette conclusion, qu'elle a déjà jugé qu'il ressort des obligations positives des Etats dans la protection des enfants et autres personnes vulnérables le devoir d'adopter des mesures efficaces pour identifier le détenteur de l'adresse dynamique IP à partir de

¹⁶⁷³ V. déjà., CEDH, *Kruslin c. France*, préc. (§29 : « On ne saurait faire abstraction d'une jurisprudence ainsi établie. Dans le domaine du paragraphe 2 de l'article 8 (art. 8-2) de la Convention et d'autres clauses analogues, la Cour a toujours entendu le terme "loi" dans son acception "matérielle" et non "formelle"; elle y a inclus à la fois des textes de rang infralégislatif (voir notamment l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* du 18 juin 1971, série A no 12, p. 45, § 93) et le "droit non écrit". Les arrêts *Sunday Times*, *Dudgeon* et *Chappell* concernaient certes le Royaume-Uni, mais on aurait tort de forcer la distinction entre pays de common law et pays "continentaux"; le Gouvernement le souligne avec raison. La loi écrite (statute law) revêt aussi, bien entendu, de l'importance dans les premiers. Vice versa, la jurisprudence joue traditionnellement un rôle considérable dans les seconds, à telle enseigne que des branches entières du droit positif y résultent, dans une large mesure, des décisions des cours et tribunaux. La Cour l'a du reste prise en considération en plus d'une occasion pour de tels pays (voir notamment les arrêts *Müller* et autres du 24 mai 1988, série A no 133, p. 20, § 29, *Salabiaku* du 7 octobre 1988, série A no 141, pp. 16-17, § 29, et *Markt Intern Verlag GmbH* et *Klaus Beermann*, du 20 novembre 1989, série A no 165, pp. 18-19, § 30). A la négliger, elle ne minerait guère moins le système juridique des États "continentaux" que son arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979 n'eût "frappé à la base" celui du Royaume-Uni s'il avait écarté la common law de la notion de "loi" (série A no 30, p. 30, § 47). Dans un domaine couvert par le droit écrit, la "loi" est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété en ayant égard, au besoin, à des données techniques nouvelles »); V. ég., CEDH, déc., 25 sept. 2006, *Cabon c. Espagne*, Req. n°17060/02 (à propos des interceptions de télécommunications en droit espagnol).

¹⁶⁷⁴ CEDH, [G.C.], 4 déc. 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, Req. n°47143/06 (§266).

laquelle une annonce sexuelle visant un mineur a été insérée sur Internet¹⁶⁷⁵. Toutefois, rappelant, comme elle l'avait déjà fait dans son arrêt *Klass contre Allemagne*, que « [m]ême la poursuite des délits graves doit être soumise à certaines limites si on ne veut pas 'saper, voire [...] détruire, la démocratie au motif de la défendre », elle précise qu'elle doit nécessairement se demander « si l'ingérence litigieuse [pouvait] être considérée comme nécessaire dans une société démocratique » (§41).

A ce propos, la Cour rappelle que l'ingérence est considérée comme « nécessaire dans une société démocratique » lorsqu'elle « répond à un "besoin social impérieux" », en particulier lorsqu'« elle est proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent 'pertinents et suffisants' » (*ibid.*). Elle précise que si cette appréciation revient en premier lieu aux autorités internes, elle reste compétente pour trancher la question de la nécessité de l'ingérence au regard des exigences de la Convention. L'examen de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus se réalise au regard de l'ensemble des circonstances de la cause, telles que la nature, l'étendue et la durée de la mesure litigieuse et le type de recours fourni par le droit interne (§43). La Cour prend ici note de la position du requérant qui remet, selon ses termes, en question la nécessité de l'ingérence pour la poursuite du délit en cause puisqu'« une autorisation judiciaire préalable aurait pu être obtenue ». Elle observe également que, pour le Gouvernement, « en accédant au contenu de l'ordinateur personnel du requérant, la police s'est limitée à constater la véracité des faits dénoncés, faisant reposer l'urgence de l'intervention policière sur le un éventuel risque de disparition 'accidentelle' des fichiers » (§44). Elle relève toutefois que « loin de se limiter à la véracité des faits portés à sa connaissance [...], la police a procédé à une inspection de l'intégralité du contenu des archives de l'ordinateur [...] sans avoir recueilli au préalable l'autorisation de l'autorité judiciaire requise, ce qui n'aurait été justifié, le cas échéant, que par une 'nécessité urgente' » (§45). Or la Cour ne parvient pas à déceler les raisons pour lesquelles l'attente d'une autorisation judiciaire, qui pouvait être obtenue relativement rapidement, aurait entravé l'efficacité de l'enquête. Puisque l'ordinateur était saisi et non connecté au réseau Internet, il n'existait aucun risque de disparition de fichiers. Aussi conclut-elle que « la saisie et l'examen des archives de l'ordinateur par la police, tels qu'ils ont été effectués en l'espèce, n'étaient pas proportionnés aux buts légitimes poursuivis et donc 'nécessaires dans une société démocratique' au sens de l'article 8 § 2 de la Convention » (§47).

620. Les interrogations soulevées -. Sous le prisme du droit espagnol, la conclusion n'est sans doute pas contestable. Il est vrai qu'en l'espèce le caractère urgent de l'intervention policière, justifiant qu'il soit passé outre l'autorisation judiciaire normalement imposée selon le droit espagnol, pouvait paraître discutable. Or la Cour

¹⁶⁷⁵ En ce sens, V., CEDH, 2 déc. 2008, *K. U. c. Finlande*, Req. n°2872/02 (§49).

a déjà indiqué par le passé que « *par son système de garantie collective des droits qu'elle consacre, la Convention vient renforcer, conformément au principe de subsidiarité, la protection qui en est offerte au niveau national* »¹⁶⁷⁶. Il s'ensuit qu'il lui est délicat de reconnaître l'absence de violation des dispositions conventionnelles lorsqu'elle constate que les exigences des droits nationaux visant à garantir le respect de ses propres impératifs ont été méconnus.

621. Les interrogations soulevées par cet arrêt ne se situent pas tant là que dans la portée de l'analyse livrée par la Cour qui, à nos yeux, peut donner lieu à différentes interprétations dont les conséquences sont diamétralement opposées. La conclusion à laquelle elle parvient est-elle intimement liée au droit espagnol en vigueur, de telle sorte qu'elle ne peut être transposée à d'autres situations ou à d'autres droits, différents sur ce point ? Ou faut-il au contraire déduire de la conclusion de la Cour des exigences plus générales, servant donc l'examen de la compatibilité des droits internes aux exigences conventionnelles ? En d'autres termes, la conventionnalité des mesures intrusives suppose-t-elle (désormais) une autorisation judiciaire préalable, sauf urgence (établie) d'y procéder immédiatement ? Dans l'affirmative, toutes les ingérences sont-elles concernées ou simplement les plus intrusives ?

622. Différents éléments rendent, selon nous, l'interprétation de cet arrêt et la détermination de sa portée délicats.

En premier lieu, l'arrêt soulève des interrogations si on le compare à des arrêts antérieurs rendus par d'autres sections. Dans son arrêt *Gutsanovi*, la Cour s'est également interrogée sur le caractère urgent de la perquisition litigieuse, lequel autorise, en droit bulgare, les enquêteurs à se passer de l'autorisation judiciaire normalement exigée, un contrôle judiciaire *a posteriori* immédiat s'imposant dans ce cas. Ce droit était donc comparable au droit espagnol. Les juges européens ont alors observé que « *l'enquête pénale en cause avait été ouverte cinq mois auparavant, ce qui posait la question de savoir si les organes de l'enquête n'auraient pas pu demander la délivrance d'un mandat judiciaire avant de procéder à la perquisition du domicile des requérants* » (§224). La Cour n'a toutefois pas fait de l'absence d'urgence un motif de condamnation. Au contraire, elle a rappelé qu'en matière de perquisition, un contrôle *a posteriori* pouvait contrecarrer l'absence de mandat judiciaire préalable. Ce n'est qu'après avoir constaté qu'aucun contrôle judiciaire *a posteriori* effectif et efficace n'avait pallié l'inexistence d'un mandat judiciaire préalable que la Cour a conclu à la méconnaissance des exigences conventionnelles. Aussi nous pouvions en déduire que la Cour aurait pris une décision différente si elle avait été en mesure de s'assurer qu'un contrôle judiciaire ultérieur répondant à ses exigences avait

¹⁶⁷⁶ CEDH, 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, req. n°19392/92 (§48) ; CEDH, 6 janv. 2010, *Vera Fernandez Huidobro*, Req. n°74181/01 (§112).

été exercé. Sous réserve de considérer que l'accès à un ordinateur personnel et la saisie des données présentent un même degré d'atteinte au droit au respect de la vie privée qu'une perquisition et la saisie de biens consécutive à celle-ci, l'arrêt *Trabajo Rueda contre Espagne* semble donc s'écarter de l'arrêt *Gutsanovi* puisque l'existence d'un contrôle judiciaire effectif, qui n'était pas contesté, n'a pas suffi à faire échec au constat de violation par la Cour.

Certaines indications avivent ces interrogations. La Cour indique en effet, lorsqu'elle apprécie le respect de l'exigence d'une « ingérence prévue par la loi », que la règle de l'autorisation judiciaire préalable établie par la jurisprudence constitutionnelle espagnole est une « condition exigée en tout état de cause par l'article 8 de la Convention (qui requiert la délivrance d'un mandat par un organe indépendant) lorsqu'une atteinte à la vie privée est en jeu » (§35). Elle se réfère alors aux arrêts *Dumitru Popescu* et *Iordachi* précités, relatifs aux interceptions de télécommunications. Puis, elle précise que sa jurisprudence ne condamne pas, dans leur principe, les législations qui autorisent, en cas d'urgence, les enquêteurs à procéder à des mesures intrusives sans avoir obtenu un mandat judiciaire préalable, rappelant qu'un contrôle *a posteriori* est, dans ce cas, une exigence nécessaire mais suffisante. Elle renvoie alors aux arrêts *Smirnov*, *Heino*, *Gutsanovi*, relatifs aux perquisitions. Elle ajoute qu'« un contrôle judiciaire postérieur, par les juridictions pénales, de la légalité de la mesure de surveillance en cause – de même que la possibilité d'exclure les éléments de preuve ainsi obtenus en cas de constat d'illégalité de ladite mesure – constitue une garantie importante, en ce que pareil contrôle permet de décourager les autorités d'enquête de recueillir des preuves par des moyens illégaux et offre une protection suffisante contre l'arbitraire », reprenant là les indications de l'arrêt *Uzun contre Allemagne* (relatif à la géolocalisation) (§37).

La succession de précisions et de références laisse penser que l'on assiste à une « généralisation » des exigences conventionnelles, avec une nouvelle articulation des impératifs européens. Quelle que soit la mesure intrusive en cause, l'autorisation judiciaire préalable paraît s'imposer sauf urgence de procéder à la mesure immédiatement. Dans ce dernier cas, la satisfaction des exigences conventionnelles suppose que la mesure puisse faire l'objet d'un contrôle judiciaire *a posteriori* effectif, susceptible de conduire à l'invalidation de la mesure.

Cette compréhension de l'arrêt paraît confirmée par les affaires auxquelles la Cour se réfère dans ces différents paragraphes. En effet, elles concernaient des mesures différentes qui paraissaient jusque-là justifier un degré d'exigence variable. L'arrêt *Trabajo Rueda* semble donc s'écarter de l'analyse qui pouvait jusqu'à présent être faite de la jurisprudence de la Cour : alors qu'elle paraissait plutôt faire dépendre l'exigence du

contrôle judiciaire *a priori* du caractère clandestin de la mesure mise en œuvre et du degré d'atteinte au droit au respect de la vie privée, elle semble davantage se fonder dorénavant sur l'urgence de la mesure en cause, quelle qu'elle soit.

623. De l'interprétation retenue dépendent les enseignements à tirer de cet arrêt qui est, soulignons-le, un arrêt de section.

Soit, la solution est lue comme étant intimement liée au droit espagnol et aux exigences qu'il fixe. L'arrêt ne signifie alors pas nécessairement qu'à la lumière d'un autre droit, la même situation aboutirait à une même solution. Ainsi, le seul fait que le droit français ne prévoit pas l'autorisation d'une autorité judiciaire indépendante en amont d'une mesure attentatoire au droit au respect de la vie privée, dans des circonstances plus larges que l'« urgence » - la flagrance¹⁶⁷⁷ - (songeons aux perquisitions en enquête de flagrance ou aux réquisitions adressées aux fins de l'obtention de certaines informations nécessaires à l'enquête) ne serait pas nécessairement contraire aux exigences européennes. Il résulterait d'une telle interprétation que les législateurs nationaux disposent d'une marge de manœuvre conséquente, au risque d'une jurisprudence européenne disharmonieuse.

Soit on voit dans cet arrêt un premier mouvement vers une nouvelle articulation des exigences européennes autour de la circonstance de l'urgence. Les répercussions sur le droit français n'en seraient que plus importantes, notamment sur la distinction qui demeure entre l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire. Pour satisfaire pleinement aux exigences conventionnelles, le législateur devrait alors prévoir l'intervention d'un juge en amont de toute mesure d'investigation intrusive, sauf à ce qu'il soit nécessaire de la mettre en œuvre immédiatement (ou, à ce que l'intéressé y consente). Or, si une telle équation n'est pas inconnue en droit français¹⁶⁷⁸, elle ne vaut encore que pour certaines mesures, dont le régime a été défini récemment.

La jurisprudence européenne la plus récente remet ainsi en question certaines des certitudes que pouvaient inspirer des arrêts antérieurs. Une certaine ambiguïté ressort

¹⁶⁷⁷ L'article 230-35 du CPP, applicable quel que soit le cadre procédural des investigations, témoigne en particulier de ce que l'urgence ne se confond pas avec la flagrance. Si celle-ci permet un allègement des formes dans un temps proche de la commission de l'infraction, la première suppose de constater concrètement que la réalisation immédiate d'une mesure d'investigation est nécessaire pour éviter le dépérissement des preuves ou une atteinte aux personnes. Aussi, la flagrance n'induit pas nécessairement l'urgence ; et l'urgence n'est pas réductible à une situation de flagrance, comme en atteste la disposition précitée qui ne distingue pas selon que la mesure prend place dans le cadre d'une enquête de flagrance ou d'une enquête préliminaire.

¹⁶⁷⁸ Songeons au régime de l'autorisation d'utiliser un dispositif technique permettant le recueil de certaines données prévu à l'article 706-95-4 du CPP, qui prévoit que « [e]n cas d'urgence résultant d'un risque imminent de dépérissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens, l'autorisation mentionnée aux I et II peut être délivrée par le procureur de la République. Elle comporte l'énoncé des circonstances de fait établissant l'existence du risque imminent. L'autorisation doit alors être confirmée par le juge des libertés et de la détention dans un délai maximal de vingt-quatre heures. A défaut, il est mis fin à l'opération, les données ou correspondances recueillies sont placées sous scellés fermés et elles ne peuvent pas être exploitées ou utilisées dans la procédure ».

pareillement de certains arrêts rendus à propos du contrôle des mesures privatives de liberté avant jugement.

2) *Le contrôle des mesures privatives de liberté*

624. La question du contrôle des mesures privatives de liberté a logiquement gagné en intensité à la suite des arrêts *Medvedyev* et *Moulin contre France*. Certains auteurs avaient déduit du constat de violation de l'article 5§3 de la Convention, une obligation d'affermir le contrôle d'un juge à ce stade au détriment de celui du procureur de la République qui, selon les constatations de la Cour, ne présentait l'indépendance requise ni à l'égard du pouvoir exécutif, ni à l'égard des parties. Aussi avaient-ils regretté que le législateur français, plutôt que d'affirmer la compétence du procureur de la République pour contrôler les premières heures de privations de liberté¹⁶⁷⁹, n'ait pas tiré toutes les conséquences des observations des juges européens ou anticipé les évolutions de la jurisprudence de la Cour en prévoyant l'intervention du JLD dès la première prolongation d'une garde à vue¹⁶⁸⁰.

625. L'incompatibilité du droit français avec les exigences conventionnelles n'est cependant pas évidente. Au premier abord, les marges de manœuvre que concède la Cour sur le fondement de l'article 5§3 de la Convention conduisent à constater la convergence du droit interne avec les standards européens (a). Des arrêts récents, empreints d'une certaine ambiguïté, renouvellent cependant la question (b).

a) L'admission d'un contrôle non immédiat

626. Contrairement à l'article 8 de la Convention qui n'évoque pas explicitement l'exigence d'un contrôle judiciaire, l'article 5§3, relatif aux privations de liberté d'un suspect préalablement à son jugement, contient différentes garanties contre les

¹⁶⁷⁹ Au terme de l'article 62-3 du CPP, dans sa rédaction issue de la loi du 14 avril 2011, « [l]a garde à vue s'exécute sous le contrôle du procureur de la République, sans préjudice des prérogatives du juge des libertés et de la détention prévues aux articles 63-4-2 et 706-88 à 706-88-2 en matière de prolongation de la mesure au-delà de la quarante-huitième heure et de report de l'intervention de l'avocat. Le procureur de la République apprécie si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits que la personne est soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre. Il assure la sauvegarde des droits reconnus par la loi à la personne gardée à vue. Il peut ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté ».

¹⁶⁸⁰ V. not., H. MATSOPOULOU, « Une réforme inachevée. A propos de la loi du 14 avril 2011 », *JCP éd. G.* 9 mai 2011, p. 908 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La réforme de la garde à vue », *D.* 2011, p. 1570 ; A. TALEB, « Quelles perspectives d'évolution pour le parquet français ? Etude des systèmes français et anglais à la lumière de la jurisprudence européenne (à propos de l'arrêt CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c/France*) », *RIDP* 2011, p. 242.

détentions secrètes et arbitraires, au premier rang desquels un contrôle judiciaire par une autorité présentant certaines qualités – l'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties – et ayant la compétence pour apprécier la régularité d'une mesure privative de liberté et, le cas échéant, ordonner la remise en liberté de la personne détenue¹⁶⁸¹. L'importance reconnue au droit à la sûreté de la personne soupçonnée justifie l'exigence d'un contrôle automatique et rapide¹⁶⁸², qui se traduit par la formule selon laquelle la personne privée de sa liberté doit être « *aussitôt traduite* » devant l'autorité présentant les qualités et disposant de la compétence requise.

627. L'interprétation de cet impératif de brièveté est évidemment cardinale pour apprécier la compatibilité du droit interne avec le droit européen. Comme le rappelle Monsieur Dourneau-Josette, en amont, le contrôle exercé par une autorité ne présentant pas l'ensemble des attributs de l'autorité judiciaire au sens européen ne soulève aucune difficulté au regard de la Convention¹⁶⁸³. Et, la Cour précise qu'« *il ne saurait y avoir violation du paragraphe 3 de l'article 5 si l'élargissement de la personne arrêtée a eu lieu 'aussitôt' avant qu'un contrôle judiciaire de la détention ait pu se réaliser* » a déjà précisé la Cour¹⁶⁸⁴. En d'autres termes, la suffisance du contrôle exercé par le procureur dépend donc du moment à partir duquel la Cour exige un contrôle judiciaire.

628. L'exigence d'une présentation rapide et non immédiate -. La marge de manœuvre, certes réduite, ménagée par la Cour européenne se comprend à l'aune des divergences rédactionnelles entre la version française et la version anglaise de la Convention. A s'en tenir à la version française, la traduction de la personne arrêtée doit être immédiate, de telle sorte que toute privation de liberté, même d'une durée objectivement courte, ne satisfait aux exigences conventionnelles qu'à la condition d'assurer la traduction de l'intéressé devant un juge. Comme l'avait d'ailleurs relevé la Cour dans son arrêt *Brogan et autres contre Royaume-Uni*, le terme « *aussitôt* » « *évoque avec force l'idée d'imminence* »¹⁶⁸⁵. Dans la version anglaise de la Convention en revanche, le terme est traduit par l'adverbe "*promptly*" qui, s'il évoque également l'idée de brièveté, est néanmoins plus flexible¹⁶⁸⁶. « *[P]lacés [...] devant des textes d'un même traité normatif*

¹⁶⁸¹ V. not., CEDH, 28 oct. 1998, *Assenov et autres c. Bulgarie*, Req. n° 24760/94 (§§146 et 149). Pour un rappel de ces exigences, V. not., CEDH, [G.C.], *Medvedyev et autres c. France*, préc. (§122).

¹⁶⁸² V. not., CEDH, [G.C.], 29 avr. 1999, *Aquilina c. Malte*, Req. n°25642/94 (§47) ; CEDH, 21 avr. 2009, *Stephens c. Malte*, Req. n°33740/06 (§52).

¹⁶⁸³ P. DOURNEAU-JOSETTE, « Convention européenne des droits de l'homme (Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale) », préc., n°208.

¹⁶⁸⁴ V. not., CEDH, 22 mai 1984, *De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas*, Req. n°8805/79, 8806/79 et 9242/81 (§52).

¹⁶⁸⁵ CEDH, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, préc. (§59).

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*, (§59).

faisant également foi, mais ne concordant pas entièrement », les juges européens ont donc dû déterminer les contours de cet impératif « *d'une manière qui les concilie dans la mesure du possible et soit la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objectif de ce traité* »¹⁶⁸⁷. S'ils ont jugé que le terme "*promptly*" ne pouvait être interprété trop soupagement au risque d'affaiblir considérablement la garantie offerte¹⁶⁸⁸, ils ont parallèlement considéré que les exigences européennes n'allaient pas jusqu'à soumettre toute privation de liberté à une présentation immédiate à un juge. Ce laps de temps acceptable doit notamment permettre le transfert de l'intéressé au commissariat, le prélèvement d'échantillons scientifiques sur sa personne, un interrogatoire destiné à établir son identité et à vérifier si les soupçons initiaux peuvent être valablement dissipés, la détermination du lieu où les preuves se trouvent pour éviter leur élimination, des mesures visant à éviter que d'autres suspects sur le point d'être appréhendés ne soient alertés et prennent la fuite¹⁶⁸⁹...

629. En l'état de la jurisprudence la plus récente, la présentation de l'intéressé à un juge doit nécessairement avoir lieu, « *dans un délai maximum de quatre jours* »¹⁶⁹⁰, un délai de « *deux ou trois jours* »¹⁶⁹¹ passant donc généralement pour compatible avec les exigences de la Cour¹⁶⁹².

630. La convergence du droit interne -. Ainsi lus, les standards européens n'imposeraient donc aucune évolution des dispositions françaises relatives au contrôle des mesures de garde à vue. Conformément aux exigences constitutionnelles, celles-ci exigent en effet l'intervention d'un juge à l'expiration des deux premiers jours de privation de liberté. C'est d'ailleurs dans cette brèche que la chambre criminelle s'est engouffrée pour estimer que si le procureur de la République n'est pas un « *magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* » au sens de l'article 5§3 de la

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸⁸ *Ibid.* (§62) ; CEDH [G.C.], 3 oct. 2006, *McKay c. Royaume-Uni*, Req. n° 543/03 (§33) ; CEDH [G.C.], *Medvedyev et autres c. France*, préc. (§121) ; CEDH, *Moulin c. France*, préc. (§46) ; CEDH, *Vassiss et autres c. France*, préc. (§52) ; CEDH, *Ali Samatar et autres c. France*, préc. (§45) ; CEDH, *Hassan et autres c. France*, préc. (§89) ; V. ég., CEDH, 19 nov. 2013, *El Kashif c. Pologne*, Req. n° 69398/11 (§72).

¹⁶⁸⁹ M. MACOVEI, *Un guide sur la mise en œuvre de l'article 5 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, préc., p. 53.

¹⁶⁹⁰ V. déjà, CEDH [G.C.], *McKay c. Royaume-Uni*, préc. (§47).

¹⁶⁹¹ V. not., CEDH, *Vassiss et autres c. France*, préc. (§61) ; CEDH, *Ali Samatar et autres c. France*, préc. (§58) ; CEDH, *Hassan et autres c. France*, préc. (§103).

¹⁶⁹² V. ég., CEDH, *Aquilina c. Malte*, préc. (§51 : « La Cour partage l'avis des parties selon lequel la comparution du requérant devant un magistrat deux jours après son arrestation (paragraphe 9 ci-dessus) peut passer pour avoir eu lieu « aussitôt », au sens de l'article 5§3 ») ; CEDH, 1^e avr. 2008, *Varga c. Roumanie*, Req. n°73957/01 (§53, la Cour observait que les requérants avaient été présentés à une autorité présentant les qualités exigées et compétente pour apprécier le bien-fondé de la privation de liberté et décider de l'éventuel élargissement des intéressés, « trois jours après leur arrestation, ce qui répond[ait] au terme « aussitôt » prévu par l'article précité, tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour ») ; V. ég. (Entre autres), CEDH, 27 juill. 2004, *Ikincisoy c. Turquie*, Req. n°26144/95 (§103). Sur cette question, V., D. DOURNEAU-JOSETTE, « Convention européenne des droits de l'homme (Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale) », préc., n°208.

Convention¹⁶⁹³ - infléchissant, par-là même, sa jurisprudence passée¹⁶⁹⁴ -, le contrôle qu'il exerce n'est pas contestable au regard des impératifs européens « *dès lors que le demandeur a été libéré à l'issue d'une privation de liberté d'une durée compatible avec l'exigence de brièveté imposée par le texte conventionnel* »¹⁶⁹⁵. Par cet arrêt simplement didactique puisqu'il n'a eu aucune conséquence particulière sur la position de la Cour, la Haute juridiction a *in fine* reconnu la convergence du droit interne et des exigences conventionnelles. Selon une même logique puisque toutes les exigences formulées sur le fondement de l'article 5§3 de la Convention dépendent de cet impératif de promptitude, les dispositions autorisant, « *à titre exceptionnel* »¹⁶⁹⁶, une première prolongation sans présentation physique de la personne retenue doivent être considérées comme compatibles avec les exigences conventionnelles.

631. La doctrine majoritaire a approuvé cette interprétation salvatrice¹⁶⁹⁷. Seuls certains auteurs ont estimé que la Haute juridiction aurait pu aller plus loin ou que sa position emportait une regrettable contradiction avec les exigences formulées par l'article préliminaire du Code de procédure pénale, plaçant les mesures de contrainte « *sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire* ». En ce sens, Monsieur le Professeur Giudicelli a considéré que la chambre criminelle ne pouvait, dans le même temps, juger que le procureur de la République n'était pas une « *autorité judiciaire* » et considérer qu'il disposait de la qualité requise pour contrôler les premières heures de privation de liberté¹⁶⁹⁸. Cette conclusion peut toutefois être discutée. De même que l'interprétation qui suggérerait de lire dans les arrêts européens une remise en question de l'unité du corps de la magistrature, cette interprétation nous paraît occulter le caractère autonome de la notion d'autorité judiciaire au sens européen sur laquelle se fonde, en l'espèce, la conclusion de la chambre criminelle. Or, la conception française de l'autorité judiciaire, qui est celle de l'article préliminaire, peut parfaitement diverger de l'acception européenne pour autant que les garanties reconnues au suspect par le droit interne demeurent compatibles avec les exigences européennes.

¹⁶⁹³ Cass. crim., 15 déc. 2010, *Bull. crim.* n°207, précité.

¹⁶⁹⁴ Cass. crim., 10 mars 1992, *Bull. crim.* n°105.

¹⁶⁹⁵ Cass. crim., 15 déc. 2010, *Bull. crim.* n°207, préc. ; V. ég., Cass. crim., 18 janv. 2011, *Bull. crim.* n°8, *Dalloz actualité*, 20 fév. 2011, obs. E. ALLAIN ; *D.* 2011, act. 381 ; *Ibid.*, pan. 2235, obs. J. PRADEL ; *AJ Pén.* 2011, p. 83, obs. J. DANET ; *Ibid.*, p. 198, obs. L. ASCENCI ; *Dr. pén.* 2011, Chron. 7, obs. V. LESCLOUS ; Cass. crim., 20 mars 2013, *Dr. pén.* 2013, comm. 8, obs. V. LESCLOUS.

¹⁶⁹⁶ C.P.P., art. 63.

¹⁶⁹⁷ V. not., J. PRADEL, « Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la chambre criminelle de la Cour de cassation », *D.* 2011, p. 338 ; A.-N. CHAVENT-LECLERE, « La promptitude au secours de l'indépendance du Parquet ! », *Procédures*, fév. 2011, comm. 67 ; D. ROETS, « Le pouvoir du procureur de la République de prolonger la garde à vue à l'aune de l'article 5§3 de la Conv. EDH », *Gaz. Pal.* n°4, p. 21.

¹⁶⁹⁸ A. GIUDICELLI, « Le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme : quelles conséquences sur le contrôle de la garde à vue ? », *RSC* 2011, p. 142.

632. En réalité, si le contrôle de la garde à vue, prévu par le droit français, paraissait conforme aux exigences européennes, toute interrogation n'était cependant pas levée jusque récemment. Dans sa rédaction issue de la loi du 9 mars 2004¹⁶⁹⁹, l'article 802-3 du code de procédure pénale prévoyait que « [t]oute personne ayant fait l'objet d'un déferement à l'issue de sa garde à vue à la demande du procureur de la République [devait comparaître] le jour même devant ce magistrat ou, en cas d'ouverture d'une information, devant le juge d'instruction saisi de la procédure. Il en [était] de même si la personne est déférée devant le juge d'instruction à l'issue d'une garde à vue au cours d'une commission rogatoire, ou si la personne est conduite devant un magistrat en exécution d'un mandat d'amener ou d'arrêt ». Le législateur avait toutefois précisé que, par dérogation, « la personne [pouvait] comparaître le jour suivant et [...] être retenue à cette fin dans les locaux de la juridiction spécialement aménagés, à la condition que cette comparution intervienne au plus tard dans un délai de vingt heures à compter de l'heure à laquelle la garde à vue [avait] été levée, à défaut de quoi [elle était] immédiatement remis[e] en liberté ». Il s'ensuivait qu'une personne placée en garde à vue dans le cadre d'une enquête de police pouvait demeurer privée de liberté pendant une durée excédant quarante-huit heures sans intervention d'un juge. La conformité de ces dispositions aux règles européennes et constitutionnelles pouvait être discutée. Dans sa décision n°2010-80 QPC du 17 décembre 2010, le Conseil constitutionnel a observé que « si l'autorité judiciaire comprend [effectivement] les magistrats du siège et du parquet, l'intervention d'un magistrat du siège est requise pour la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures. [P]ar suite, la privation de liberté instituée par l'article 803-3 du code de procédure pénale à l'issue d'une mesure de garde à vue prolongée par le procureur de la République, méconnaît la protection constitutionnelle de la liberté individuelle si la personne retenue n'était pas effectivement présentée à un magistrat du siège avant l'expiration du délai de vingt heures prévu par cette article » (consid. 11)¹⁷⁰⁰. Le législateur a tiré les conséquences de cette réserve d'interprétation avec la loi du 14 avril 2011¹⁷⁰¹, qui a introduit de nouvelles dispositions à l'article 803-3, alinéa 3, du CPP. Assurant la compatibilité des règles internes aux standards constitutionnels, elle a par-là même mis

¹⁶⁹⁹ Rappelons qu'elles avaient été introduites alors que l'affaire Zervudacki (CEDH, *Zervudacki c. France*, préc.) était pendante devant la Cour européenne et la condamnation certaine.

¹⁷⁰⁰ Cons. const., Déc. n° 2010-80 QPC, 17 décembre 2010, *M. Michel F*, préc.

¹⁷⁰¹ Lors des travaux préparatoires, Monsieur Dominique Raimbourg, rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée nationale, devait en effet introduire un amendement destiné à assurer le respect des exigences constitutionnelles. Ainsi, devait-il préciser que « lorsque la garde à vue a été prolongée par le procureur de la République (cas des gardes à vue de droit commun, dont la durée maximale de vingt-quatre heures peut être prolongée pour un nouveau délai de vingt-quatre heures supplémentaires sur autorisation écrite et motivée du procureur de la République [...]), la personne retenue dans le « petit dépôt » [soit] effectivement présentée à la juridiction saisie, ou, à défaut, au juge des libertés et de la détention, avant l'expiration du délai de vingt heures ». Ces nouvelles dispositions n'étaient appelées à s'appliquer que dans le cadre des gardes à vue et petit dépôt décidés lors d'une enquête – dans le cadre d'une information judiciaire, l'intervention du juge d'instruction suffisait à satisfaire aux exigences constitutionnelles – et à la condition que la prolongation de la mesure initiale n'ait pas été décidée « par le juge des libertés et de la détention (cas des régimes dérogatoires). [D]ans ce cas, en effet, la personne gardée à vue [a] été mise en mesure d'être entendue par un magistrat du siège avant son déferement », ce qui mettait à l'abri de toute inconstitutionnalité (F. ZOCCHETTO, Rapport n°315, préc., spéc. pp. 92 et s.).

la France à l'abri d'une condamnation européenne.

De nouveaux arrêts européens nourrissent l'incertitude sur la pleine conventionnalité des dispositions en vigueur.

b) Les ambiguïtés de la jurisprudence récente

633. Plusieurs arrêts alimentent les doutes sur la conventionnalité du contrôle exercé par le procureur de la République sur les premières heures de privation de liberté. On observe en effet que si, dans le dernier état de sa jurisprudence, la Cour européenne reste attachée à une présentation de la personne retenue à une autorité judiciaire dans un délai maximal de quatre jours¹⁷⁰², elle note qu'« un délai inférieur [...] peut se révéler incompatible avec l'exigence de promptitude que pose l'article 5§3 si aucune difficulté particulière ou circonstance exceptionnelle n'empêchaient les autorités de traduire plus tôt la personne arrêtée devant le juge ou lorsque des circonstances spécifiques justifiaient une présentation plus rapide devant un magistrat »¹⁷⁰³.

L'appréciation de la compatibilité du droit interne impose cependant de procéder à des distinctions. Les arrêts rendus par la Cour concernent en effet deux situations distinctes, qui ne posent pas la question de la conventionnalité du droit interne dans les mêmes termes. La première est celle dans laquelle une mesure privative de liberté fait elle-même suite à une première privation de liberté (α) ; la seconde, celle dans laquelle le début de la garde à vue a au contraire coïncidé avec le début de la privation de liberté (β).

α) Lorsque la mesure fait suite à une première période de privation de liberté

634. Dans une première série d'arrêts – qui ont eu un retentissement particulier puisqu'ils concernaient la France¹⁷⁰⁴ –, la Cour a témoigné d'une rigueur particulière

¹⁷⁰² V., CEDH, *Ali Samatar et autres c. France*, préc. (§45) ; CEDH, *Hassan et autres c. France*, préc. (§89) ; CEDH, 10 nov. 2016, *Kiril Zlatkov Nikolov c. France*, Req. n°70474/11 et 68038/12 (§39).

¹⁷⁰³ CEDH, *Kiril Zlatkov Nikolov c. France*, préc. (§39).

¹⁷⁰⁴ Pour des confirmations des arrêts *Medvedyev et Moulin*, V., CEDH, *Vassis et autres c. France*, préc. (En l'espèce, un navire battant pavillon panaméen, soupçonné d'être utilisé pour transporter de la drogue, avait été intercepté en haute mer par un bâtiment de la marine française. Interpellés à cette occasion, les neuf membres de l'équipage avaient été privés de leur liberté à bord le temps de l'acheminement du navire vers la France, soit durant dix-huit jours. A leur arrivée, ils avaient été placés en garde à vue) ; CEDH, *Ali Samatar et autres*, préc. et *Hassan et autres c. France*, préc. (Ces deux affaires concernaient neuf requérants qui, en 2008, s'étaient emparés, séparément, de deux navires de croisière battant pavillon français et avaient pris leur équipage en otage en vue de négocier leur libération contre une rançon. Les requérants furent arrêtés et maintenus sous la garde de l'armée française, durant quatre jours et une vingtaine d'heures dans l'une de ces affaires (Ali Samatar et autres) et durant six jours et seize heures dans

dans l'appréciation de l'exigence de promptitude dans le cas où le placement en garde à vue des requérants n'avait pas coïncidé avec le début de leur privation de liberté du fait de l'éloignement du lieu de leur interpellation.

635. Dans le prolongement de l'arrêt *Medvedyev contre France* notamment¹⁷⁰⁵, la Cour a en effet estimé que des « *circonstances tout à fait exceptionnelles* » pouvaient justifier que les personnes retenues le temps de leur acheminement ne soient pas présentées dans le délai normalement requis à un juge ou à un magistrat habilité¹⁷⁰⁶. L'exigence de promptitude fait cependant alors l'objet d'une interprétation plus stricte¹⁷⁰⁷. En effet, si le délai d'acheminement n'est pas précisément pris en considération dans l'appréciation de la notion « *aussitôt traduite* », il n'est pas sans effet sur le degré d'exigence de la Cour. Pour satisfaire aux standards conventionnels, les personnes interpellées en des lieux éloignés et privés de liberté le temps de leur acheminement doivent être « *traduit[e]s, dès leur arrivée [...] et sans délai, devant 'un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires'* » sauf, précise la Cour, à ce que cela s'avère concrètement impossible¹⁷⁰⁸. Ainsi les juges européens ont estimé, dans l'arrêt *Vassis contre France*, qu'un délai de quarante-huit heures – soit le temps de la garde à vue des requérants, soumise au seul contrôle du procureur de la République – entre l'arrivée des requérants sur le sol français et leur présentation à un juge ou un « *autre magistrat habilité [...] à exercer des fonctions judiciaires* » – en l'occurrence, un JLD (§58) -, ne satisfaisait pas aux exigences de la Convention (§62). En réponse à l'argumentaire du gouvernement français¹⁷⁰⁹, la Cour a précisé que « *sa jurisprudence relative à des délais de deux ou trois jours,*

l'autre (Hassan et autres) avant d'être amenés en France par avion militaire et placés en garde à vue à leur arrivée sur le sol français.

¹⁷⁰⁵ CEDH, [G.C], *Medvedyev et autres c. France*, préc. (§§131-134). En l'espèce, l'armée française avait intercepté, au large des îles du Cap Vert, un navire battant pavillon cambodgien dans le cadre de soupçons de trafic de drogue. Les requérants avaient été privés de leur liberté le temps du convoiement du navire vers la France – soit, durant un délai de 13 jours -, avant d'être placés en garde à vue à leur arrivée sur le sol français. La Cour devait estimer que la détention de l'équipage le temps de son convoiement vers un port de l'Etat défendeur n'était pas incompatible avec la notion d'« aussitôt traduit » énoncée à l'article 5§3 de la Convention, compte tenu de l'existence de « circonstances tout à fait exceptionnelles » qui justifiaient un tel délai ; V. ég., CEDH, déc., 12 janv. 1999, *Rizopoulos c. Espagne*, Req. n°37388/97. En l'espèce, la police des douanes espagnoles avait, dans le cadre d'une enquête judiciaire portant sur un trafic international de stupéfiants, intercepté un navire battant pavillon panaméen en haute mer, à 5 500 km environ du territoire espagnol. Les membres de l'équipage avaient été détenus, le temps du convoiement du navire vers l'Espagne, durant un délai de seize jours. La Cour en avait déduit « *une impossibilité matérielle d'amener physiquement le requérant devant le juge d'instruction dans un délai plus court* » et jugé à l'unanimité que « *compte tenu des circonstances tout à fait exceptionnelles de la présente affaire, on ne saurait conclure que le délai qui s'est écoulé entre le moment de la mise en détention du requérant et sa présentation au juge d'instruction a excédé la promptitude telle qu'elle est conçue* » par l'article 5§3.

¹⁷⁰⁶ CEDH, *Vassis et autres c. France*, préc. (§54) ; CEDH, *Ali Samatar et autres c. France*, préc. (§54) ; CEDH, *Hassan et autres c. France*, préc. (§99).

¹⁷⁰⁷ CEDH, *Vassis et autres c. France*, préc. (§60) ; CEDH, *Ali Samatar et autres c. France*, préc. (§57) ; CEDH, *Hassan et autres c. France*, préc. (§102).

¹⁷⁰⁸ CEDH, *Vassis et autres c. France*, préc. (§60) ; V. ég., CEDH, *Ali Samatar et autres c. France*, préc. (§57) ; CEDH, *Hassan et autres c. France*, préc. (§102).

¹⁷⁰⁹ Il arguait que « *le placement des requérants en garde à vue et la durée de celle-ci s'expliqu[ai]ent par les besoins de l'enquête* » (§50), en soulignant que « *les interrogatoires et les investigations concomitantes effectués pendant le temps de la garde à vue avaient*

pour lesquels elle a pu juger que l'absence de comparution devant un juge n'était pas contraire à l'exigence de promptitude, n'a pas pour finalité de permettre aux autorités d'approfondir leur enquête et de réunir les indices graves et concordants susceptibles de conduire à la mise en examen des requérants par un juge d'instruction, au motif notamment qu'ils nieraient les faits qui leur sont reprochés » (§60). Pour les juges européens, « [o]n ne saurait [...] en déduire une quelconque volonté de mettre à la disposition des autorités internes un délai dont elles auraient la libre jouissance pour compléter le dossier de l'accusation » sauf à affaiblir la garantie offerte par cette disposition (*ibid.*). Par cette formule, reprise dans les arrêts *Ali Samatar* et *Hassan contre France* du 4 décembre 2014¹⁷¹⁰, la Cour entend non pas annoncer l'inconventionnalité de la « garde à vue à la française » mais simplement indiquer que « s'il n'est évidemment pas interdit d'utiliser le temps de la garde à vue pour poursuivre les investigations, les autorités ne peuvent [en revanche] invoquer cet objectif pour étendre le délai de 'deux ou trois jours' supplémentaires »¹⁷¹¹ lorsque la personne mise en cause a fait l'objet d'une première privation de liberté nécessitée par son acheminement. C'est précisément ce qui distingue les affaires *Rigopoulos* et *Medvedyev*, dans lesquelles la Cour a conclu au respect des exigences conventionnelles, des affaires *Vassiss*, *Ali Samatar* et *Hassan*, dans lesquelles les juges européens ont estimé qu'elles avaient été méconnues. Dans les premières, la Cour a pu constater que les requérants avaient été présentés à une autorité présentant tous les attributs du « magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires » dans un temps très voisin de leur arrivée sur terre, ce qui n'était pas le cas dans les secondes.

636. La convergence actuelle du droit français -. La rigueur particulière dont a fait preuve la Cour dans ces différentes espèces ne constitue pas un revirement brutal susceptible de remettre en question la conventionnalité du droit français¹⁷¹². La Cour européenne a d'ailleurs admis la compatibilité avec la Convention du droit interne applicable en dehors de ces hypothèses dans son arrêt *Vassiss et autres*. Elle a en effet pris le soin de préciser, avant de se livrer à l'analyse concrète des circonstances de la cause, que « contrairement à ce que soutiennent les requérants, l'intervention d'un membre du ministère public au début et pendant le déroulement de la garde à vue ne soulève pas, en soi, de difficulté, à condition que la personne gardée à vue soit ensuite présentée à 'un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires' » dans un délai jugé acceptable (§53). Cette jurisprudence

précisément pour but de réunir les indices graves et concordants susceptibles de conduire à la mise en examen des requérants par le juge d'instruction, d'autant qu'ils n'ont pas les faits, à l'exception de l'un d'eux » (§51).

¹⁷¹⁰ CEDH, *Ali Samatar et autres c. France*, préc. (§58) ; CEDH, *Hassan et autres c. France*, préc. (§103).

¹⁷¹¹ B. DANLOS, « De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale », préc.

¹⁷¹² V. not., J.-F. RENUCCI, « L'obligation de présenter « aussitôt » le gardé à vue à l'autorité judiciaire : présentation « à court délai » ou présentation « sans délai » ? », *D.* 2015, p. 303 (à propos des arrêts *Vassiss et autres contre France*, *Ali Samatar et autres contre France* et *Hassan et autres contre France*) ; V. ég., P. DOURNEAU-JOSETTE, « Convention européenne des droits de l'homme (Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale) », préc., n°209 ; *Contra.*, E. RASCHEL, « Garde à vue de pirates somaliens : la France viole à nouveau le droit à la liberté et à la sûreté », *Gaz. Pal.* 10 janv. 2015, p. 9 ; O. BACHELET, « Privation de liberté suivie d'une garde à vue : condamnation de la France – Cour européenne des droits de l'homme 27 juin 2013 », *D.* 2013. 1687.

constitue plutôt une actualisation des standards européens dans des hypothèses particulières qui justifient une plus grande rigueur dans l'appréciation de l'exigence de promptitude. Elle n'implique donc pas de s'interroger sur la compatibilité du droit applicable dans des situations plus « ordinaires ».

637. Jusque récemment, il était néanmoins permis de s'interroger sur la conventionnalité du droit français, insuffisamment précis pour satisfaire pleinement aux impératifs formulés¹⁷¹³. Certes, la condamnation de la France à l'occasion de l'arrêt *Medvedyev* a conduit le législateur à élaborer un régime *sui generis* de consignation des personnes interpellées en mer dans le cadre de la lutte contre la piraterie maritime et le trafic international de stupéfiants. Il s'agissait, conformément à l'article 5§1 de la Convention, de donner une base légale aux mesures privatives ou restrictives de liberté le temps de l'acheminement des personnes interpellées, soit en amont de la « phase judiciaire »¹⁷¹⁴. La loi du 5 janvier 2011¹⁷¹⁵, qui a introduit cette base légale, a placé ces mesures sous le contrôle initial du procureur de la République (C. défense, article L. 1521-12). L'intervention du JLD s'impose néanmoins, conformément aux exigences constitutionnelles, « avant l'expiration du délai de quarante-huit heures à compter de la mise en œuvre [de ces] mesures » (C. défense, article L. 1521-14). Il est alors seul compétent pour statuer, « par ordonnance motivée insusceptible de recours » (C. défense, article L. 1521-16), sur la prolongation de ces mesures pour une durée maximale de cent vingt heures, renouvelable dans les mêmes conditions (C. défense, article L. 1521-14). A cette fin, il « peut solliciter du procureur de la République tous éléments de nature à apprécier la situation matérielle et l'état de santé de la personne qui fait l'objet d'une mesure de restriction ou de privation de liberté » voire, « s'il le juge utile », communiquer avec celle-ci (C. défense, Article L. 1521-15). Enfin, il était précisé que « dès leur arrivée sur le sol français, les personnes faisant l'objet de mesures de coercition [doivent être] mises à la disposition de l'autorité judiciaire » (C. défense, article L. 1521-18).

638. Le contrôle à distance ne peut pourtant correspondre à l'exigence européenne d'une traduction de la personne interpellée devant un juge, donc permettre de se dispenser d'une présentation physique des personnes interpellées à un magistrat du siège à leur arrivée sur le sol français¹⁷¹⁶. Or, les règles introduites par la loi précitée

¹⁷¹³ O. DECIMA, « A la recherche du temps perdu en garde à vue », préc., n°11.

¹⁷¹⁴ Rapport n°2937, sur le projet de loi relatif à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État en mer, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 novembre 2010, présenté par C. MENARD, spéc. pp. 63 et 65).

¹⁷¹⁵ L. n°2011-13 du 5 janv. 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'Etat en mer, *JORF* 6 janv. 2011, p. 374, *Dr. pén.* 2011, ét. n°5, M. RECIO ; *Ren. dr. transp.* 2011, ét. n°6, J.-B. CHARLES et E. COUTY.

¹⁷¹⁶ O. DECIMA, « A la recherche du temps perdu en garde à vue », préc., n°11.

exigeaient uniquement qu'elles soient mises à la disposition de « l'autorité judiciaire » (C. défense, article L. 1521-18). Il s'ensuivait, au regard de l'acception française de cette notion, que les personnes interpellées en mer pouvaient être présentées au procureur de la République, contrairement aux exigences découlant de la Convention. Le législateur a remédié à ce risque d'incompatibilité en procédant, lors de la loi du 3 juin 2016, à la réécriture de l'article L. 1521-18 du Code de la défense. Le texte prévoit désormais que « [s]i [l]es personne font l'objet d'une mesure de garde à vue à leur arrivée sur le sol français, elles sont présentées dans les plus brefs délais soit, à la requête du procureur de la République, au juge des libertés et de la détention, soit au juge d'instruction, qui peuvent ordonner leur remise en liberté. A défaut d'une telle décision, la garde à vue se poursuit ».

Reste cependant à observer les ambiguïtés de la jurisprudence récente, relative à des cas dans lesquels le début de la garde à vue a coïncidé avec le début de la privation de liberté.

β) Lorsque la mesure privative de liberté ne succède pas à une première privation de liberté

639. D'autres arrêts paraissent témoigner de ce que la Cour européenne relève son niveau d'exigence dans des situations dans lesquelles le placement en garde à vue a coïncidé avec le début de la privation de liberté¹⁷¹⁷. Ils renouvèlent donc la question de la compatibilité avec le droit européen du régime français de la garde à vue qui place les quarante-huit premières de privation de liberté sous le contrôle du procureur.

640. Les indications de la Cour -. Dans les affaires *Ipek contre Turquie, Kandjov et Gutsanovi contre Bulgarie*, la Cour a conclu à une violation de l'exigence de promptitude dans des situations où elle reconnaissait pourtant, au préalable, que le délai de présentation n'avait pas excédé la durée jugée classiquement comme acceptable. Pour justifier la méconnaissance de l'article 5§3, elle s'est attachée à la nature de l'infraction à l'origine de la privation de liberté – il s'agissait d'infractions « non-violente[s] »¹⁷¹⁸ voire « mineure[s] »¹⁷¹⁹ -, à la personnalité du requérant – mineur¹⁷²⁰ ou psychologiquement fragile¹⁷²¹ - ou encore à l'absence de toute autre garantie le

¹⁷¹⁷ CEDH, 6 nov. 2008, *Kandjov c. Bulgarie*, Req. n° 68294/01 (§66) ; CEDH, 3 fév. 2009, *Ipek et autres c. Turquie*, n°17019/02 et 30070/02 (§36) ; CEDH, 15 oct. 2013, *Gutsanovi c. Bulgarie*, Req. n°34529/10 (§154), RSC 2014. 163 et 169, obs. D. ROETS ; *Dalloz actualité*, 30 oct. 2013, obs. O. BACHELET ; RPDP 2014. 97, obs. P. BEAUVAIS.

¹⁷¹⁸ CEDH, *Kandjov c. Bulgarie*, (§66) ; CEDH, *Gutsanovi c. Bulgarie*, (§§156 et 159).

¹⁷¹⁹ CEDH, *Kandjov c. Bulgarie*, préc.

¹⁷²⁰ CEDH, *Ipek et autres c. Turquie*, préc. (§36).

¹⁷²¹ CEDH, *Gutsanovi c. Bulgarie*, (§§156 et 159).

protégeant contre une détention arbitraire¹⁷²². Elle a surtout relevé qu'après le premier jour de privation de liberté, aucune investigation impliquant la présence de l'intéressé n'avait été réalisée. Liant ainsi l'absence d'une présentation prompte du suspect devant une autorité judiciaire à la présence nécessaire de celui-ci aux fins d'investigations, elle a estimé qu'aucune difficulté particulière ou circonstance exceptionnelle n'avait justifié que les requérants n'aient pas été présentés à une autorité judiciaire plus tôt. Elle a donc conclu à la violation de l'article 5§3 de la Convention¹⁷²³. L'arrêt *Gutsanovi* semble d'ailleurs manifester une rigueur particulière puisque la Cour indique que rien ne justifiait que l'intéressé n'ait pas été traduit devant un juge « *dès le lendemain de son arrestation et de son inculpation* »¹⁷²⁴ (§157).

641. L'interprétation incertaine de ces arrêts -. La compréhension de ces arrêts est malaisée. Ils ont d'ailleurs donné lieu à des interprétations plurielles, aux conséquences tout à fait différentes.

642. Certains auteurs y ont vu un signe de l'abaissement progressif du délai maximal de présentation de la personne détenue à une autorité judiciaire¹⁷²⁵. Dans chacun des arrêts précités en effet le délai de présentation devant une autorité judiciaire est chaque fois un peu plus bref :

- trois jours et vingt-trois heures dans l'arrêt *Kandjov* rendu en 2008 ;
- trois jours et neuf heures dans l'arrêt *Ipek* rendu en 2009 et trois jours ;
- cinq heures et trente minutes dans l'arrêt *Gutsanovi* rendu en 2013.

Un tel abaissement du délai maximal de présentation n'aurait cependant aucune répercussion sur la conventionnalité du droit interne puisque le Code de procédure pénale assure la présentation de la personne gardée à vue à un juge dans un délai maximal de quarante-huit heures¹⁷²⁶.

Cette interprétation peut toutefois être discutée puisqu'elle ne paraît pas correspondre ni à l'attitude habituelle de la Cour – qui ne fixe pas aussi strictement les délais auxquels elle recourt en principe –, ni à ses constatations dans des arrêts plus récents. En effet, les juges européens n'ont pas abandonné la référence à un délai

¹⁷²² CEDH, *Ipek et autres c. Turquie*, préc. (§36).

¹⁷²³ CEDH, *Ipek et autres c. Turquie*, préc. (§§36-38) ; CEDH, *Kandjov c. Bulgarie*, (§66) ; CEDH, *Gutsanovi c. Bulgarie*, (§159).

¹⁷²⁴ Nous soulignons.

¹⁷²⁵ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, *op. cit.*, n°269, p. 257 ; V. ég., S. PELLE, « Repenser le pouvoir de contrainte policier et judiciaire » in J. LEROY (sous la dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, LexisNexis, Coll. « Hors collection », Paris, juin 2017, Actes du Colloque 13 et 14 octobre 2016, UFR Collegium Droit, Economie, Gestion, Université d'Orléans.

¹⁷²⁶ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, *op. cit.*, n°270, p. 258.

maximal de quatre jours¹⁷²⁷, qui reste donc le principe. L'arrêt *Kiril Zlatkov Nikolov* rendu contre la France 10 novembre 2016¹⁷²⁸ vient en outre contredire, à nos yeux, la lecture proposée puisque dans cet arrêt la Cour a estimé que la présentation de l'intéressé à un juge – en l'occurrence, un juge d'instruction – dans un délai supérieur à celui dans lequel Monsieur Gutsanovi avait été présenté à un magistrat habilité au sens de l'article 5§3 était compatible avec les exigences conventionnelles, considération faite des circonstances spécifiques qui avaient empêché une présentation plus rapide : arrêté par les autorités allemandes et retenu à Strasbourg, le requérant n'avait pu être plus rapidement présenté au juge saisi du dossier, à Lyon, en raison de « conditions météorologiques particulièrement mauvaises » (§52).

643. Pour d'autres commentateurs, les arrêts précités sont susceptibles d'« enfoncer le clou de l'inconventionnalité des pratiques nationales consistant à

¹⁷²⁷ Dans les arrêts *Ali Samatar* et *Hassan*, ils ont indiqué que « le contrôle juridictionnel requis par l'article 5§3 doit [...] en tout cas intervenir dans un délai maximum de quatre jours après l'arrestation » sauf « circonstances tout à fait exceptionnelles ».

¹⁷²⁸ En l'espèce, le requérant avait été remis aux autorités françaises par les autorités allemandes dans le cadre d'une enquête portant sur un réseau international de prostitution. Il avait été placé en « rétention » à Strasbourg après avoir été présenté au procureur de la République, puis traduit devant un juge d'instruction lyonnais trois jours, vingt-trois heures et onze minutes après sa remise aux autorités françaises. Mis en examen, l'intéressé avait excipé la tardiveté de sa présentation à un juge au regard des standards conventionnels. Les juges du fond avaient confirmé l'ordonnance du magistrat instructeur au motif que le délai entre le placement en rétention et la comparution devant le juge n'était pas excessif, précisant que ce délai doit s'apprécier au regard du temps nécessaire pour assurer l'information du juge mandant, procéder à la levée de l'érou de l'intéressé et organiser matériellement son transfert vers Lyon. Le requérant s'est pourvu en cassation, soulevant parallèlement différentes QPC, transmises par la chambre de l'instruction à la chambre criminelle, puis adressées au Conseil constitutionnel (Cass. crim., 29 mars 2011, n° 11-90.008, RSC 2011, p. 417, obs. J. DANET). Dans sa décision du 24 juin 2011, le Conseil constitutionnel a jugé les dispositions applicables conformes aux impératifs constitutionnels. Il s'est attaché à la circonstance suivant laquelle cette privation de liberté n'est permise qu'« en cas de circonstances matérielles objectivement et précisément déterminées par la loi et qui rendent impossible la présentation immédiate de la personne arrêtée devant le juge » (consid. 11). Il a également observé que le magistrat du siège mandant conserve la maîtrise de l'exécution du mandat pendant tout le temps nécessaire à la présentation de l'intéressé devant lui (consid. 12) (Cons. Const., Déc. n°2011-133 QPC du 24 juin 2011, *M. Kiril Z.* [Exécution du mandat d'arrêt et du mandat d'amener], *Dalloz Actualité*, 28 juin 2011, obs. E. ALLAIN ; *Procédures* 2011, p. 23, obs. A.-N. CHAVENT-LECLERE ; *Garç. Pal.* 9-11 oct. 2011, p. 17, obs. A. BOTTON ; *AJ Pén.* 2011, p. 602, obs. J.-B. PERRIER ; *L.P.A.* 31 juin 2012, n°152, p. 17, obs. L. BAGHESTANI). Au terme de la procédure, la chambre criminelle, appelée à apprécier la conventionnalité de la présentation à un juge dans un délai de presque quatre jours, devait trancher en faveur de la conventionnalité de la procédure. Elle a rappelé que l'arrêt attaqué avait relevé que le délai de présentation avait été justifié « par la nécessité, pour le procureur de la République de Strasbourg d'informer complètement le magistrat mandant, de procéder à la levée d'érou et d'organiser matériellement un transfert entre deux villes distantes de près de 500 kilomètres, impliquant la mise à disposition d'un véhicule administratif et d'une escorte policière et ce, en pleine période hivernale ». La chambre criminelle a jugé qu'en se prononçant pas des motifs qui établissent que la durée de privation subie par Monsieur *Kiril Zlatkov Nikolov* avant qu'il ne soit traduit devant le juge d'instruction était « compatible avec l'exigence de brièveté résultant des textes conventionnels invoqués, la chambre de l'instruction [avait] justifié sa décision » (Cass. crim., 10 mai 2012, *Bull. crim.* n°116). Les dispositions contestées ont depuis été modifiées par la loi du 14 avril 2011 pour assurer l'intervention du JLD dans un délai compatible avec les exigences conventionnelles. N'ayant obtenu gain de cause devant les juridictions nationales, le requérant a saisi la Cour européenne des droits de l'homme, arguant de la méconnaissance des garanties de l'article 5§3 de la Convention. Il a fait valoir que, selon la jurisprudence européenne la plus récente, un délai inférieur à quatre jours pouvait être excessif et qu'il l'avait été en l'espèce, au regard des éléments suivants : le délai était sensiblement plus long que celui jugé excessif dans les affaires *Ipek* et *Gutsanovi* ; les faits qui lui étaient reprochés ne mettaient aucune vie en péril ; aucune investigation n'avait été réalisée durant sa privation de liberté ; faute d'avoir eu accès au dossier de la procédure, d'avoir pu être assisté d'un avocat et ne parlant, ni ne comprenant le français, il s'était trouvé dans une position de fragilité ; enfin, dans le dossier de l'instruction, ne permettait de s'assurer des diligences mises en œuvre par les autorités françaises pour procéder plus promptement à son acheminement vers le juge d'instruction lyonnais ... (§36).

retarder, sans justifications concrètes, la présentation du suspect arrêté à un magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires »¹⁷²⁹ ou de « sonner le glas du contrôle systématique exercé, en France, par le procureur de la République sur les quarante-huit premières heures de garde à vue »¹⁷³⁰.

Cette interprétation résulte surtout de la référence, dans l'arrêt *Gutsanovi*, à une présentation de l'intéressé à un juge « dès le lendemain de son arrestation et de son inculpation » (§157). La Cour avait alors expliqué le constat de violation par l'absence de toute investigation supposant la présence de l'intéressé durant les deuxième et troisième jours de privation de liberté.

Selon cette approche, le contrôle de ces mesures devrait donc varier en fonction des investigations en cours et de la nécessité de la présence du suspect à cette fin. En définitive, si sa présentation ne s'impose pas, le suspect devrait être conduit devant un juge dès le lendemain de son arrestation ; si elle s'impose, la présentation du suspect peut être retardée.

L'application d'une telle solution aurait toutefois pour effet de complexifier le droit en vigueur et, par-là même, de générer un contentieux important sur la détermination de la nécessité de la présence de l'intéressé. Elle nous apparaît surtout incertaine au regard d'autres arrêts européens, en particulier des indications données par la Cour dans son arrêt *Vassis et autres* qui semblent approuver la conventionnalité du droit français (§53). Cette interprétation s'inscrirait de plus à contre-courant d'arrêts plus récents dans lesquels la Cour rappelle sa jurisprudence traditionnelle suivant laquelle une présentation dans un délai de deux ou trois jours n'est pas contraire à l'exigence de promptitude¹⁷³¹.

644. Une troisième lecture paraît donc s'imposer, fondée sur la considération du délai dans lequel l'intéressé a été présenté à une autorité judiciaire au sens européen et des circonstances justifiant une comparution relativement tardive. Une présentation dans un délai de « deux ou trois jours », *a fortiori* dans un délai maximal de quarante-huit heures, passerait pour compatible avec les exigences conventionnelles. Une comparution dans un délai de quatre jours constituerait le maximum acceptable, sauf « circonstances particulières », telles que l'acheminement nécessaire de l'intéressé. En revanche, une comparution dans un délai de trois à quatre jours ne serait compatible avec l'exigence d'une présentation prompte qu'à la condition d'être concrètement

¹⁷²⁹ O. BACHELET, « La « garantie judiciaire », la garde à vue et les perquisitions », *Dalloz actualité*, 30 oct. 2013 ; V. ég., N. HERVIEU, « Un spectaculaire resserrement de l'étau européen sur les perquisitions et les privations de liberté », préc. ; J.-F. RENUCCI, « L'obligation de présenter « aussitôt » le gardé à vue à l'autorité judiciaire : présentation « à court délai » ou présentation « sans délai » ? », préc. (à propos de l'arrêt *Gutsanovi*).

¹⁷³⁰ O. BACHELET, « La « garantie judiciaire », la garde à vue et les perquisitions », préc.

¹⁷³¹ CEDH, *Ali Samatar et autres c. France*, préc. (§58) ; CEDH, *Hassan et autres c. France*, préc. (§103).

justifiée¹⁷³². Si telle doit être l'interprétation de ces arrêts, le régime français de la garde à vue est donc compatible avec les exigences de la Cour.

645. Si le droit interne paraît donc présenter un fort degré de compatibilité avec les exigences conventionnelles, la prudence s'impose néanmoins. La référence au « *lendemain de l'arrestation* » dans l'arrêt *Gutsanovi*, de même que les ambiguïtés de l'arrêt *Trabajo Rueda contre Espagne* invitent à une certaine retenue. Deux solutions paraissent, dans ces circonstances, s'offrir au législateur.

Soit, il prend acte des fluctuations de la jurisprudence européenne et repense le système sans faire des exigences conventionnelles le seul baromètre des évolutions législatives¹⁷³³.

Soit, il attend des précisions de la jurisprudence ultérieure puisqu'en l'état il paraît délicat de considérer que le droit européen impose une évolution de la législation française.

En revanche, sur le plan de l'effectivité du contrôle du juge – lorsque celui-ci s'impose –, la jurisprudence européenne vient au soutien d'une modification des textes.

B. L'affirmation de l'effectivité de son contrôle

646. La question de l'effectivité du contrôle *ab initio* sonne avec une résonance particulière dès lors que le contrôle exercé par le JLD sur les actes de l'enquête est souvent perçu comme un contrôle plus virtuel ou artificiel que réel. L'affermissement progressif du rôle de ce juge ne servirait, en définitive, que d'alibi procédural à l'expansion des prérogatives du procureur de la République et des enquêteurs dans ce cadre procédural. Son positionnement – en retrait de l'enquête –, son statut – certes récemment modifié – et les obligations mises à sa charge – accrues, il y a peu – en feraient plutôt une « chambre d'enregistrement » et de validation des requêtes du parquet, aux antipodes de l'exigence d'un contrôle effectif¹⁷³⁴.

¹⁷³² Cette interprétation nous paraît confortée par l'analyse de Monsieur Dourneau-Josette. L'auteur relève que « [l]a Cour n'a pas indiqué de période précise au-delà de laquelle l'absence de traduction devant 'un juge ou un autre magistrat' emportera[it] violation de l'article 5§3 ». Cependant, précise-t-il, « sa jurisprudence offre de nombreux exemples dont il est possible de tirer certains enseignements : jusqu'à trois jours environ, l'absence de comparution devant 'un juge ou un autre magistrat' ne pose pas *a priori* de problème de conformité ; en revanche, au-delà de trois jours, plus on s'éloigne de cette limite et plus le risque est réel » (P. DOURNEAU-JOSETTE, « Convention européenne des droits de l'homme (Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale) », préc., n°208).

¹⁷³³ En ce sens, V., S. PELLE, « Repenser le pouvoir de contrainte policier et judiciaire », préc.

¹⁷³⁴ V., *Supra*, n°416 et s.

647. La jurisprudence européenne enseigne, d'une manière générale, qu'une garantie prévue par le droit interne ne peut être valablement invoquée qu'à la condition d'être pleinement effective. Cette exigence d'effectivité à laquelle les juges européens veillent et qu'ils ont déclinée s'étend naturellement à la garantie judiciaire. Aussi certains arrêts témoignent-ils de ce qu'un contrôle insuffisamment effectif équivaut à un contrôle inexistant¹⁷³⁵.

Une précision s'impose, au risque de conclusions erronées. L'ineffectivité de la garantie judiciaire initiale ne peut emporter le constat d'une violation des exigences conventionnelles que si cette garantie s'impose ou, à défaut, que si le contrôle ultérieur est lui-même inexistant ou insuffisamment effectif aux yeux de la Cour. En d'autres termes, les indications de la jurisprudence européenne à propos de l'effectivité du contrôle initial ne sauraient être comprises comme obligeant à étendre ce contrôle à des hypothèses dans lesquelles la Cour ne l'impose pas. Elles servent, en revanche, à comprendre pourquoi la Cour reporte parfois son analyse sur le contrôle *a posteriori* et renseignent, plus généralement, sur les conditions dans lesquelles le contrôle aménagé par les droits nationaux est considéré comme satisfaisant.

Ces exigences doivent être envisagées en distinguant celles qui sont relatives aux mesures attentatoires à la liberté d'aller et venir (1) de celles qui sont inhérentes aux mesures d'investigation intrusives (2).

1) *L'effectivité du contrôle in situ des mesures privatives de liberté*

648. **Les conditions de l'effectivité de ce contrôle -.** Les conditions de l'effectivité du contrôle initial des mesures privatives de liberté sont les plus saisissables. Le droit national doit, comme le rappelle régulièrement la Cour, fournir aux suspects arrêtés et détenus des garanties contre une privation de liberté injustifiée¹⁷³⁶ et contre les risques de mauvais traitements¹⁷³⁷. L'effectivité de cette garantie suppose que soient respectés, en plus des impératifs d'automatisme et de rapidité du contrôle¹⁷³⁸, une

¹⁷³⁵ CEDH, *Gutsanovi c. Bulgarie*, préc. (§§233-225), à propos cependant d'un contrôle *a posteriori*.

¹⁷³⁶ V. not., CEDH, *Assenov et autres c. Bulgarie*, préc. (§§146) ; CEDH [G.C], *Aquilina c. Malte*, préc. (§47) ; CEDH, *Stephens c. Malte (n°2)*, préc. (§52).

¹⁷³⁷ CEDH, 18 mars 2003, *Ladent c. Pologne*, Req. n°11036 (§72) ; CEDH [G.C], *McKay c. Royaume-Uni*, préc. (§33).

¹⁷³⁸ La première garantie formulée à l'article 5§3 de la Convention (« Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être traduite aussitôt devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ») vise à assurer un contrôle rapide et automatique d'une détention ordonnée par la police ou l'administration (V. not., CEDH, 22 mai 1984, *De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas*, Req. n°8805/79, 8806/79 et 9242/81 (§51) ; CEDH [G.C], *Aquilina c. Malte*, préc. (§§48-49)). Outre l'exigence de promptitude, qui ne peut être interprétée trop soupagement au risque de mutiler la garantie offerte et d'aboutir à des conséquences contraires à la substance même du droit protégé (V. not., CEDH, [G.C], *McKay c. Royaume-Uni*, préc. (§33)), la Cour a pu rappeler

exigence de forme et une exigence de fond¹⁷³⁹. La première met à la charge du « magistrat habilité » une obligation d'entendre personnellement l'individu traduit devant lui avant de prendre sa décision¹⁷⁴⁰. La seconde se dédouble. Elle oblige, d'une part, le magistrat à examiner la question de la détention au fond, c'est-à-dire à apprécier la régularité de la mesure et l'existence de raisons plausibles de soupçonner que la personne arrêtée a commis ou participé à la commission d'une infraction¹⁷⁴¹. Elle impose, d'autre part, au législateur de veiller à ce que le magistrat soit compétent pour ordonner la libération de la personne arrêtée lorsqu'aucune raison ne justifie la détention¹⁷⁴².

649. La convergence relative du droit français -. Le droit interne ne présente pas, à la lecture des dispositions applicables, d'incompatibilité manifeste. En effet, en cas de prolongations exceptionnelles de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures, la personne retenue est nécessairement présentée à un juge préalablement à sa décision, écrite et motivée, d'autoriser la prolongation de la mesure (C.P.P., Article 706-88, al. 2). Il peut corrélativement y mettre fin lorsqu'elle ne lui semble pas, ou plus, justifiée.

650. La contestation peut néanmoins découler des conditions de son intervention, régulièrement jugées trop fragiles pour assurer un contrôle effectif. Comme il l'a été précédemment relevé, comment ce juge, qui intervient de manière sporadique et peut ne pas disposer d'une véritable expérience en matière pénale, pourrait-il s'opposer à une prolongation sollicitée par le maître d'œuvre des investigations ? Les dernières évolutions institutionnelles – la spécialisation fonctionnelle du juge des libertés et de la détention – et jurisprudentielles – l'intensification du degré d'exigence de la chambre criminelle à propos la motivation des autorisations données par le juge des libertés et de la détention¹⁷⁴³ – doivent certes

que le contrôle judiciaire garanti devait être automatique et non tributaire d'une demande formée par la personne retenue (V. not., CEDH, [G.C], *McKay c. Royaume-Uni*, préc. (§34) ; CEDH, 1^e avr. 2008, *Varga c. Roumanie*, Req. n°73957/01 (§52) ; CEDH, 30 juin 2009, *Viorel Burzo c. Roumanie*, Req. 75109/01 et 12639/02 (§107)). Pour la Cour, en effet, pareille exigence modifierait la nature de la garantie judiciaire offerte par l'article 5§3, pour la confondre avec celle de l'article 5§4, et risquerait même de la priver de sa substance, cette disposition visant à protéger l'individu contre une détention arbitraire en exigeant que l'acte privatif de liberté soit soumis au contrôle d'un juge indépendant (V. not., CEDH [G.C], *Aquilina c. Malte*, préc. (§49)). Les juges européens ont également pu indiquer que « le caractère automatique du contrôle est nécessaire pour atteindre le but de ce paragraphe, étant donné qu'une personne soumise à des mauvais traitements pourrait se trouver dans l'impossibilité de saisir le juge d'une demande de contrôle de la légalité de sa détention ; Il pourrait en aller de même pour d'autres catégories vulnérables de personnes arrêtées, telles celles atteintes d'une déficience mentale ou celles qui ne parlent pas la langue du magistrat » (V. not., CEDH [G.C], *McKay c. Royaume-Uni*, préc. (§34)).

¹⁷³⁹ CEDH, 4 déc. 1979, *Schiesser c. Suisse*, Req. n°7710/76 (§31).

¹⁷⁴⁰ *Ibid.*, (§31) ; CEDH, *De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas*, préc. (§51) ; CEDH, 25 mars 1999, *Nikolova c. Bulgarie*, Req. n°31195/96 (§49) ; CEDH [G.C], *Aquilina c. Malte*, préc. (§50).

¹⁷⁴¹ *Ibid.*, (§31) ; V. ég., CEDH, *Aquilina c. Malte*, préc. (§47) ; CEDH, 3 juin 2003, *Pantea c. Roumanie*, Req. n°33343/96 (§231) ; CEDH, [G.C], *McKay c. Royaume-Uni*, préc. (§40).

¹⁷⁴² *Ibid.*, (§31) ; CEDH, *Assenov et autres c. Bulgarie*, préc. (§146) ; CEDH, *Nikolova c. Bulgarie*, préc. (§49) ; CEDH, [G.C], *McKay c. Royaume-Uni*, préc. (§40).

¹⁷⁴³ Cass. crim., 23 nov. 2016, n°16-81.904, préc.

contribuer à renforcer l'effectivité de son contrôle. Seul le recul permettra néanmoins d'apprécier les effets concrets de ces évolutions, particulièrement récentes. Rappelons néanmoins que la loi « Justice 21 » a, pour l'heure, plutôt laissé un goût d'inachevé¹⁷⁴⁴ qui ne favorise pas davantage la perception d'un contrôle *in situ* effectif des mesures intrusives.

2) L'effectivité du contrôle *in situ* des mesures intrusives

651. Certains arrêts européens renseignent également sur les attentes de la Cour à propos de l'effectivité du contrôle initial et/ou *in situ*. La décision *Keslassy contre France* du 8 janvier 2002¹⁷⁴⁵ offre un aperçu intéressant des conditions dans lesquelles la Cour européenne estime que le contrôle *in situ* d'une mesure d'investigation portant atteinte au droit au respect de sa vie privée et de son domicile est suffisamment effectif. Relevons cependant que cette décision, relative à des visites domiciliaires en matière fiscale, vise des opérations pour lesquelles la Cour concède, en principe, une alternative entre un contrôle *a priori* et un contrôle *a posteriori*¹⁷⁴⁶. Le fait que cette décision ne concerne pas une procédure pénale *stricto sensu* ne fait toutefois pas obstacle à ce que l'on s'appuie sur les indications de la Cour pour préciser les conditions de l'effectivité du contrôle car ces garanties tiennent moins à la nature de la procédure en cours qu'au droit substantiel protégé. Aussi, les exigences conventionnelles sont-elles, semblables que la mesure litigieuse prenne place à l'occasion d'une enquête pénale *stricto sensu* ou lors d'une enquête fiscale, douanière ou autre.

Dans cette affaire, il n'était pas contesté que la mesure litigieuse constituait une ingérence des autorités publiques dans le droit des personnes au respect de leur vie privée et de leur domicile¹⁷⁴⁷. La Cour était donc appelée à examiner le respect des protections offertes par l'article 8§2 de la Convention. Le requérant l'invitait surtout à se prononcer sur le caractère effectif du contrôle judiciaire *in situ* de la visite litigieuse, telle qu'il est garanti par le Livre des procédures fiscales. Les juges européens ont observé que la visite domiciliaire était, selon le droit interne en vigueur, soumise à l'autorisation préalable d'un juge et son exécution placée sous l'autorité et le contrôle

¹⁷⁴⁴ V., *Supra*, n°447 et s.

¹⁷⁴⁵ CEDH, déc., 8 janv. 2002, *Keslassy c. France*, Req. n° 51578/99.

¹⁷⁴⁶ En l'espèce, il s'agissait de visites en matière fiscale. Toutefois, les exigences de la Cour tiennent certainement moins à la nature de la procédure en cours qu'au droit substantiel protégé, à savoir le droit au respect de la vie privée, du domicile et des correspondances.

¹⁷⁴⁷ Celui-ci comprend, au sens de la jurisprudence européenne, tout endroit où la personne vit sur une base stable, mais également les locaux professionnels CEDH, 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c. France*, Req. n° 37971/97 (§§40-42) ; V. ég., U. KIKELLY, *Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, préc., p. 19.

de celui-ci. Elle a souligné que le juge avait rendu une ordonnance motivée précisant, à l'appui des résultats des investigations fiscales diligentées, « *les éléments de fait et de droit retenu laissant présumer l'existence d'agissements frauduleux dont il fallait rechercher la preuve* ». La Cour a également observé que le juge avait contrôlé l'exécution de la mesure : il avait désigné les membres de la commission judiciaire qui ont effectué la visite et donné « *des instructions particulières subordonnant notamment son autorisation toute visite nécessaire pour de nouveaux lieux découverts au cours de l'opération* » ; toute difficulté d'exécution devait être portée à sa connaissance et l'ouverture de tout coffre dans un établissement de crédit dont la personne occupant les lieux était titulaire devaient être soumises à son autorisation expresse ; enfin, une copie de son ordonnance devait être remise à l'occupant des lieux ou à son représentant.

Les juges européens en conclurent qu'« *eu égard au cadre strict dans lequel les autorisations de visites domiciliaires sont enfermées et au fait que la visite domiciliaire litigieuse [s'était] déroulée dans le respect de ce cadre [...], l'ingérence dans le droit du requérant au respect de sa vie privée et de son domicile était proportionnée aux buts légitimes poursuivis et donc 'nécessaire, dans un société démocratique' au sens de l'article 8§2 de la Convention* ».

652. L'arrêt *Gutsanovi* – qui concerne, certes, un contrôle ultérieur automatique et rapide aux fins de validation de la mesure - est également intéressant en ce qu'il permet de faire le pendant et d'illustrer une hypothèse dans laquelle le contrôle opéré n'a pas été suffisamment effectif pour être considéré, par les juges européens, comme ayant assuré à l'intéressé la protection requise. Selon le droit en vigueur au moment des faits, une perquisition devait en principe être autorisée par un juge de première instance. Il pouvait cependant être fait exception à ce mandat judiciaire préalable en cas d'urgence, sous réserve de la « *présentation immédiate du procès-verbal de ces mesures à un juge pour son approbation et, en tout état de cause, dans un délai de vingt-quatre heures* » (C.P.P. (bulgare), art. 161, al. 2). Dans ce cas, selon la jurisprudence des tribunaux internes, le juge était tenu de vérifier l'existence des circonstances matérielles justifiant la réalisation de la mesure ainsi que le respect des garanties procédurales entourant les opérations et la régularité du procès-verbal. Le non-respect des conditions matérielles et procédurales l'astreignait à invalider la perquisition et de la saisie consécutive (§60).

La Cour a constaté que si le procès-verbal de la perquisition litigieuse avait été effectivement transmis au juge aux fins de la validation *a posteriori* de la mesure, rien n'attestait de l'effectivité du contrôle exercé par celui-ci. La seule trace de ce contrôle figurait sur la première page du procès-verbal transmis sur laquelle le juge avait apposé sa signature, le sceau du tribunal, la date et l'heure de sa décision et la mention « J'approuve ». La Cour a naturellement considéré que cette seule mention était insuffisante pour la convaincre de l'exercice effectif d'un quelconque contrôle. Rien ne

lui permettait, en effet, de s'assurer que le juge avait effectivement apprécié la nécessité de la perquisition en se penchant sur les éléments de faits et de droit la justifiant (§223). Elle a donc conclu que cette validation ne pouvait s'analyser comme un « *un contrôle effectif* ». Faute de tout autre contrôle ultérieur, elle a jugé que les garanties offertes au requérant « *n'étaient pas suffisantes pour prévenir le risque d'abus de pouvoir de la part des autorités de l'enquête pénale* » (§225). La Haute juridiction est parvenue à la même conclusion dans son arrêt *Slavov et autres contre Bulgarie*¹⁷⁴⁸, dans lequel les faits de la cause étaient semblables (§§147-151).

653. Ces arrêts mettent en relief l'importance de la motivation de la décision judiciaire, qui donne au contrôle exercé la visibilité nécessaire pour permettre à la Cour de s'assurer de son effectivité. Ils conduisent à s'interroger sur les fragilités de l'exigence de motivation des décisions du JLD lorsqu'il intervient pour autoriser la réalisation d'une mesure particulièrement intrusive¹⁷⁴⁹, laquelle reste parfois inexistante ou lacunaire¹⁷⁵⁰. La question se pose d'autant plus que l'exigence de motivation à laquelle il est parfois astreint est invoquée, au soutien de l'effectivité de son contrôle par ses défenseurs¹⁷⁵¹. Plus généralement, les indications apportées dans la décision *Keslassy* et dans les arrêts *Gutsanovi* et *Slavov* invitent, à nos yeux, à questionner les prérogatives qui doivent être les siennes lorsque, informé de la réalisation de la mesure pour assurer un contrôle de son exécution (selon les rapports parlementaires¹⁷⁵²), il en constate l'irrégularité. Quelle peut être en effet l'effectivité d'un contrôle dépourvu de toute possibilité de sanction ? En l'état du droit, les autorités internes auraient probablement quelques difficultés à convaincre la Cour de l'effectivité du contrôle que le JLD exerce, si la question venait à lui être clairement posée.

654. Sous réserve de l'interprétation incertaine de certains arrêts récents, une expansion de l'office du JLD ne paraît pas, pour l'heure, s'imposer. Certes, le procureur de la République, qui est la première autorité judiciaire (au sens français) de contrôle de l'enquête n'est pas une autorité judiciaire au sens du droit européen. Toutefois, la conventionnalité du droit interne se loge dans les marges de manœuvre que la Cour concède aux législateurs nationaux. L'effectivité du contrôle que le JLD exerce, qui constitue le second pan des exigences européennes, est sans doute davantage sujette à discussion. Si sa spécialisation fonctionnelle, de même que l'intensification des

¹⁷⁴⁸ CEDH, 10 nov. 2015, *Slavov et autres c. Bulgarie*, Req. n°58500/10.

¹⁷⁴⁹ M. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Quel juge pour l'enquête ? », in O. DECIMA, *La juridictionnalisation de l'enquête*, *op. cit.*, p. 83, spéc. p. 95.

¹⁷⁵⁰ V., *Supra*.

¹⁷⁵¹ S. CARRERE, « Le juge des libertés et de la détention : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », préc.

¹⁷⁵² V., *Supra*, n°462.

exigences de la Cour de cassation, doivent contribuer à renforcer l'effectivité du contrôle qu'il opère, les silences de la loi « Justice 21 » et le caractère encore circonstancié des solutions de la chambre criminelle font encore douter de la pleine compatibilité du droit interne avec les exigences formulées par la Cour.

Si le contrôle *a priori* et *in situ* du JLD sur les actes de l'enquête pose moins la question de l'expansion de son office que celle de l'effectivité de celui-ci, la problématique du rôle du juge lorsque l'enquête n'est pas suivie d'une information judiciaire ne se résume pas à cela. L'aléa qui pèse sur le contrôle *a posteriori*, lequel donne lieu à des discussions doctrinales et hésitations jurisprudentielles, doit également être passé au crible des exigences conventionnelles qui font de ce contrôle une garantie cardinale.

§2^d- *La nécessité de garantir un contrôle judiciaire a posteriori*

655. L'éviction du contrôle *a posteriori* de la régularité d'une mesure attentatoire aux droits et libertés au cours de la procédure répressive est une hypothèse récurrente qui donne lieu à certaines critiques doctrinales, exacerbées par la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel. Il n'est donc pas sans intérêt de confronter ces hypothèses aux exigences européennes.

656. Si le droit de l'Union européenne est plus taiseur sur ce point¹⁷⁵³, différentes dispositions de la Convention européenne invitent, en revanche, à garantir aux personnes qui s'estiment victimes d'une méconnaissance de leurs droits un recours effectif devant une instance nationale compétente pour se prononcer sur cette violation et, le cas échéant, pour leur accorder un redressement approprié¹⁷⁵⁴.

Cette garantie, formulée de manière générale par l'article 13 de la Convention, revêt une importance centrale. Si elle participe nécessairement à l'effectivité du respect des garanties formulées par la Convention – quelle serait l'assurance du respect d'un droit si sa méconnaissance prétendue ne pouvait-être soumise à un contrôle et à une éventuelle sanction ? -, elle exprime plus largement la philosophie du mécanisme

¹⁷⁵³F.-X. ROUX-DEMARRE, « L'influence de l'Union européenne dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale », préc., p. 31.

¹⁷⁵⁴ V. not., CEDH, 21 janv. 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, Req. n°30696 (§288) ; CEDH, 25 juin 1997, *Halford c. Royaume-Uni*, Req. n°20605/92 (§64).

européen de protection des droits fondamentaux et pourvoit *in fine* à sa pérennité. Ce mécanisme a en effet vocation à suppléer aux carences des Etats et, partant, à n'intervenir que de manière subsidiaire par rapport aux protections juridictionnelles offertes en leur sein¹⁷⁵⁵. L'obligation pour les Etats parties de prévoir des recours effectifs devant les juridictions nationales est le reflet de cette subsidiarité.

Au-delà de l'article 13 de la Convention, l'article 6, qui garantit plus généralement un accès au juge, les y oblige également lorsqu'il trouve application en tant que *lex specialis* car les droits et obligations à caractère civil sont en cause. Il se substitue alors aux exigences moins strictes de l'article 13. L'applicabilité de cette disposition lorsque le droit au respect de la vie privée est en cause n'est plus sujette à discussion¹⁷⁵⁶. Ainsi, devrait-il trouver à s'appliquer lorsque la personne qui s'estime victime d'une méconnaissance de ce droit lors d'une perquisition, d'écoutes téléphoniques, de fixations d'image ou de tout autre mesure susceptible d'y porter atteinte entend en contester la régularité. Ces deux dispositions invitent donc à s'interroger sur la compatibilité d'un droit qui ferme, selon les modalités de la réponse pénale, la voie à un contrôle de la légalité des mesures d'investigation réalisées.

S'il nous faut préalablement envisager la manière dont s'exprime cette exigence dans la jurisprudence européenne (A), la souplesse des exigences conventionnelles doit également être soulignée (B).

A. L'exigence de principe d'un tel contrôle

657. Cette exigence doit s'observer à la lumière d'un double balancement. Il ressort, d'abord, de la jurisprudence européenne qu'un contrôle *a posteriori* des mesures attentatoires aux droits et libertés protégées peut parfois supplanter un contrôle *in situ* ou remédier à l'absence d'un contrôle *in situ* ineffectif. Dans ce cas, le respect des exigences conventionnelles suppose donc qu'un contrôle *a posteriori* puisse être exercé. Il en ressort ensuite qu'un contrôle *a priori* ou *in situ* ne peut se substituer valablement à l'aménagement d'un contrôle *a posteriori*. En d'autres termes, le contrôle du JLD au cours de l'enquête ne peut suffire à compenser l'éviction d'un contrôle *a posteriori* sous l'angle des exigences européennes. L'exigence d'un contrôle *a posteriori*, qui suscite des interrogations particulières lorsque l'enquête n'est pas suivie d'une information judiciaire puisque la certitude de ce contrôle dépend alors des suites données à la

¹⁷⁵⁵ V., *Supra*, n°172 et s.

¹⁷⁵⁶ V., *Infra*, n°668.

procédure, poserait également question dans le cadre de l'information judiciaire. Celui-ci est alors, en principe, soumis à l'acquisition de la qualité requise pour exciper de l'irrégularité des actes ou des pièces de la procédure¹⁷⁵⁷. Notre objectif n'étant pas de mener une étude exhaustive des interrogations que suscite chacune des phases de la mise en état au regard des droits européens, mais de pointer celles que soulève la mutation de l'avant-procès à l'aune de ces derniers, nous nous concentrerons sur ces questions. Nous envisagerons donc successivement la nécessité de garantir un contrôle *a posteriori* à défaut d'un contrôle *ab initio* ou *in situ* (1) et l'impératif d'assurer un contrôle *a posteriori* en dépit d'un contrôle *ab initio* ou *in situ* (2).

1) *La nécessité de garantir un contrôle a posteriori à défaut d'un contrôle ab initio ou in situ*

658. La jurisprudence européenne classique concède, s'agissant du contrôle des mesures attentatoires au droit au respect de la vie privée, une alternative entre l'aménagement d'un contrôle judiciaire *ab initio* et l'organisation d'un contrôle ultérieur. Dans ce cas, un contrôle *a posteriori* effectif revêt un caractère impératif puisqu'il est *in fine* le seul exercé.

659. C'est la conclusion à laquelle invite la mise en parallèle des arrêts *Uzun contre Allemagne* et *Gutsanovi contre Bulgarie*. Dans le premier, les juges européens ont constaté que les juridictions allemandes, appelées à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation, étaient compétentes pour contrôler la régularité des mesures de surveillance dont le requérant avait fait l'objet et pour exclure, en cas d'illégalité, les éléments de preuve obtenus (§71). A leurs yeux, ce contrôle constitue « *une garantie importante* », et suffisante, puisque le risque d'annulation prévient la méconnaissance des formalités prescrites (§72). Observant que ce contrôle avait été effectivement exercé (§§14, 19, 21, 71), ils concluent que les garanties formulées à l'article 8§2 de la Convention ont été respectées (§74). Dans le second, en revanche, la Cour est parvenue à un constat de violation, après avoir constaté l'inexistence de tout contrôle effectif. Le contrôle *a posteriori* rapide, substitué à l'autorisation judiciaire préalable en principe requise, avait été inefficace et le Gouvernement n'avait pas non plus démontré « *qu'il existait un autre recours qui aurait permis aux requérants de faire examiner la légalité et la nécessité de la perquisition de leur domicile* » (§§211 et 223) : le Code de procédure pénale bulgare n'ouvrait à l'intéressé aucune voie de droit lui permettant de faire contrôler la régularité

¹⁷⁵⁷ Sur cette question, V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°2030 et s., pp. 1355 et s.

de la perquisition et la loi permettant l'engagement de la responsabilité de l'Etat ne pouvait être invoquée dans ces circonstances (§211). A défaut « *d'une autorisation préalable d'un juge et d'un contrôle effectif a posteriori de la mesure d'instruction contestée* », les garanties prévues par le droit bulgare « *n'étaient pas suffisantes pour prévenir le risque d'abus de pouvoir de la part des autorités de l'enquête pénale* » (§225). Le constat de violation s'imposait donc.

660. Les formes du contrôle *a posteriori* admises -. Lorsque le contrôle *a posteriori* revêt ce caractère impératif, la Cour se montre cependant peu injonctive sur les formes qu'il peut revêtir : il peut s'agir d'un contrôle immédiat et automatique, comme dans l'affaire *Gutsanovi contre Bulgarie*, ou d'un contrôle plus tardif et soumis à l'initiative de la personne qui fait l'objet de la mesure litigieuse, comme dans l'affaire *Uzun contre Allemagne*.

Ces constats invitent à une première remarque. Si, comme nous l'avons relevé, l'effectivité du contrôle de la régularité est discutée par une partie de la doctrine française lorsqu'il est exercé par le juge appelé à trancher la question de la culpabilité¹⁷⁵⁸, on doit convenir que la concentration des fonctions de juge de l'action et de juge de l'exception n'est pas, en elle-même, condamnable sur le plan des standards conventionnels. Rien n'interdit néanmoins, il est vrai, de proposer d'autres solutions.

661. La fragilité du droit interne -. La compatibilité du droit interne avec l'exigence formulée par la Cour européenne sur le fondement de l'article 8 de la Convention interroge en revanche sur un autre point. On ne peut probablement que souscrire à l'observation de certains commentateurs qui, observant les voies de droit existantes lorsque l'enquête est directement suivie d'un renvoi en jugement, regrettent le caractère aléatoire du contrôle *a posteriori* et l'éviction qui peut s'ensuivre selon les suites données à la procédure. Dans sa note relative l'arrêt *Gutsanovi* précité, Monsieur Bachelet insiste sur cette carence du droit interne¹⁷⁵⁹. L'auteur fait observer que, sauf les hypothèses dans lesquelles le juge autorise la mesure ou intervient lorsqu'elle doit être prolongée¹⁷⁶⁰, l'absence d'autorisation judiciaire préalable n'est compensée par un

¹⁷⁵⁸ V., *Supra*, n°448.

¹⁷⁵⁹ O. BACHELET, « La « garantie judiciaire », la garde à vue et les perquisitions », *Dalloz-actualité*, 30 octobre 2013 ; V. ég., H. MATSOPOULOU, « L'impact du droit européen sur le juge interne : approche de procédure pénale. L'exemple des perquisitions et saisies effectuées par les agents de certaines administrations sous le contrôle de l'autorité judiciaire » in V. DONIER et B. LAPEROU-SCHNEIDER (sous la dir.), *La régulation par le juge de l'accès au prétoire*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2013, p. 266 et s., spéc. pp. 268-269 (l'auteur souligne les imperfections du dispositif actuel puisqu'il « n'institue aucun recours 'effectif' au profit de ceux qui ont été victime d'opérations illicites, dès lors qu'ils ne sont pas parties à la procédure »).

¹⁷⁶⁰ Un contrôle judiciaire *a posteriori* immédiat est parfois exceptionnellement aménagé. Pour l'essentiel, les dispositions introduites par la loi du 3 juin 2016, autorisant le recours à un appareil ou un dispositif technique permettant de recueillir les données techniques de connexion permettant l'identification d'un équipement terminal

contrôle *a posteriori* que dans certaines circonstances. S'il n'est pas inexistant, « puisqu'il est possible de soulever la nullité [la mesure] », ce « recours n'est [toutefois] ouvert que si des poursuites pénales ont effectivement été engagées et [...] ne peut être exercé que par les parties à la procédure »¹⁷⁶¹. Ce contrôle est aussi incertain lorsque le procureur opte, avec l'accord de la personne mise en cause, pour des modalités de poursuite simplifiées¹⁷⁶². L'observation de Monsieur Bachelet s'inscrit toutefois dans une perspective plus large puisque si un contrôle *a posteriori* doit s'imposer à défaut d'un contrôle *ab initio* ou *in situ*, il s'impose autant lorsqu'un tel contrôle est prévu.

2) La nécessité d'un contrôle *a posteriori* en dépit d'un contrôle *ab initio* ou *in situ*

662. Le fait qu'un contrôle *a posteriori* puisse parfois se substituer à un contrôle *ab initio* ne signifie pas qu'un contrôle *ab initio* ou *in situ* puisse se substituer au contrôle *a posteriori*. Il ressort en effet de la jurisprudence européenne qu'un contrôle judiciaire immédiat ne peut combler l'inexistence d'un contrôle *a posteriori*.

663. Différents arrêts invitent à cette conclusion. L'arrêt *Lambert contre France* du 24 août 1998¹⁷⁶³ relatif à une interception de télécommunications est un premier

ou du numéro d'abonnement de son utilisateur, ainsi que les données relatives à la localisation d'un équipement terminal utilisé, permet, « [e]n cas d'urgence résultant d'un risque imminent de déperissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens », que l'autorisation de l'utiliser soit donnée par le procureur de la République et non par le juge des libertés et de la détention. Toutefois, l'autorisation du parquetier, qui doit comporter « l'énoncé des circonstances de fait établissant l'existence du risque imminent [...] doit alors être confirmée par le juge des libertés et de la détention dans un délai maximal de vingt-quatre heures. A défaut, il est mis fin à l'opération, les données ou correspondances recueillies sont placées sous scellés fermés et elles ne peuvent pas être exploitées ou utilisées dans la procédure » (C.P.P., art. 706-95-4).

¹⁷⁶¹ O. BACHELET, « La « garantie judiciaire », la garde à vue et les perquisitions », préc.

¹⁷⁶² V., *Supra*, n°489 et s.

¹⁷⁶³ CEDH, 24 août 1998, *Lambert c. France*, Req. n°23618/94, RJC 1998, p. 393, obs. R. KOERING-JOULIN ; *Ibid.*, p. 829, obs. L.-E. PETTITI p. JCP éd. G. 1999, I, 105, obs. F. SUDRE ; D. 1999, somm. 271, obs. J.-Fr. RENUCCI (Un juge d'instruction avait, dans le cadre d'une information judiciaire ouverte des chefs de vols, vols avec effraction, recels de vols simples et aggravés et détention sans autorisation d'armes et de munitions de la quatrième catégorie, délivré une commission rogatoire donnant instructions aux services de gendarmerie de faire établir un dispositif d'écoutes téléphoniques pour une durée d'un mois. Par plusieurs soit-transmis, le magistrat instructeur avait prorogé la mise en place du dispositif. A la suite de ces écoutes et de l'interception de certaines de ses conversations, le requérant avait été inculpé de recel de vol aggravé. Son conseil avait soulevé la nullité des renouvellements des écoutes téléphoniques aux motifs qu'ils avaient été ordonnés par simple soit-transmis et qu'ils ne comportaient aucune référence aux infractions les motivant. La chambre d'accusation avait rejeté la requête, estimant que la décision initiale tout comme les décisions de renouvellement de la mesure avaient été conformes aux articles 100, 100-1 et 100-2 du code de procédure pénale. Le requérant s'était alors pourvu en cassation, invoquant notamment l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La chambre criminelle a alors fait une stricte application du principe selon lequel lorsque la règle est d'intérêt privé, le requérant ne peut être considéré comme concerné par la violation que s'il a été « personnellement victime » de l'irrégularité. Elle a jugé que « le requérant était sans qualité pour critiquer les conditions dans lesquelles [avait] été ordonnée la prolongation d'écoutes téléphoniques sur une ligne attribuée à un tiers ». En conséquence, « les moyens qui discut[aient] les motifs par lesquels la chambre d'accusation [avait] cru devoir à tort examiner, pour les rejeter, [les] exceptions de nullité, [étaient] irrecevables ». Devant la Cour européenne, Monsieur Lambert a fait valoir que la décision de la chambre criminelle de lui refuser toute qualité pour contester la légalité des écoutes téléphoniques dont il avait l'objet parce qu'elles avaient été effectuées sur la ligne d'un tiers, constituait une violation de l'article 8

exemple, la Cour estimant que l'autorisation judiciaire de procéder à la mesure litigieuse ne suffit à justifier l'absence d'un contrôle ultérieur. La Cour s'en est plus clairement expliquée dans les arrêts *Matheron contre France* du 29 mars 2005¹⁷⁶⁴ et *Ravon et autres contre France* du 21 février 2008¹⁷⁶⁵.

Ni l'un ni l'autre n'a concerné l'hypothèse d'une personne soumise à une mesure intrusive dans le cadre d'une enquête de police et privée de la possibilité de contester la régularité de celle-ci à défaut de poursuites ultérieures. Le premier arrêt a en effet concerné les conditions auxquelles est soumise une requête en annulation dans le cadre d'une information judiciaire¹⁷⁶⁶. Le second est relatif au contrôle de visites domiciliaires en matière fiscale. Les indications de la Cour dans ces deux arrêts n'en sont pas moins intéressantes puisque chacun d'eux ne constitue, en définitive, qu'une application concrète des exigences européennes liées à la sauvegarde du droit substantiel protégé.

664. Les enseignements de l'arrêt *Matheron contre France* -. Les faits de la cause sont connus. Sept personnes, dont Monsieur Matheron et un certain G.B. ont été mis en examen, courant 1994, par un juge d'instruction marseillais des chefs d'infractions à la législation sur les stupéfiants. En parallèle de cette première procédure, deux magistrats instructeurs nancéens ont signé une commission rogatoire aux fins d'écoutes téléphoniques dans le cadre d'une affaire portant sur des faits différents, mais impliquant également G.B.. Par commission rogatoire, le juge d'instruction de Marseille a ordonné la transcription de ces écoutes téléphoniques. Monsieur Matheron a contesté

de la Convention (§20). Il a également invoqué la méconnaissance de l'article 13 de la Convention. Le Gouvernement a estimé, pour sa part, que le requérant avait bénéficié d'un recours devant la chambre d'accusation. Les juges européens ont observé que le requérant avait effectivement pu porter sa contestation devant la chambre d'accusation, laquelle s'était prononcée sur la régularité du renouvellement des écoutes téléphoniques (§37). Toutefois, ils ont également observé que la chambre criminelle, statuant au-delà du moyen concernant le renouvellement des écoutes téléphoniques, avait reproché à la chambre d'accusation d'avoir à tort examiné la requête du requérant au fond puisque, non-titulaire de la ligne surveillée, il était sans qualité pour invoquer la protection de la loi nationale ou celle de l'article 8 de la Convention (§§37 et 38). Pour la Cour européenne, le raisonnement de la chambre criminelle, « gardienne de la loi nationale » (§37), « pou[va]it conduire à des décisions privant de la protection de la loi un nombre très important de personnes, à savoir toutes celles qui conversent sur une autre ligne téléphonique que la leur » (§38). « [C]ela reviendrait, d'ailleurs, en pratique, à vider le mécanisme protecteur d'une large partie de sa substance » (*ibid.*). Les juges européens ont conclu que le requérant n'avait pas bénéficié d'un « contrôle efficace » et donc qu'il y avait eu, en l'espèce, violation de l'article 8 de la Convention (§§40-41). Eu égard à cette conclusion, elle ne jugeait pas nécessaire de se prononcer sur la violation de l'article 13 de la Convention (§43). Cette condamnation a conduit à une évolution de la jurisprudence de la chambre criminelle, jugeant au visa de l'article 6§1 de la Convention que « le requérant à la nullité peut invoquer l'irrégularité d'un acte de procédure concernant un tiers si cet acte, illégalement accompli, a porté atteinte à ses intérêts » (Cass. crim., 6 sept. 2006, *Bull. crim.* n°208, *JCP éd. G.* 2007, II, 10081, note H. MATSOPOULOU ; *RJC* 2007, p. 335). Des solutions plus récentes témoignent toutefois de certains inflexions de cette évolution jurisprudentielle, du moins de l'incertitude qui persiste parfois sur la recevabilité de la requête d'un tiers à la procédure. Sur ces évolutions, V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°2032, p. 1357.

¹⁷⁶⁴ CEDH, 29 mars 2005, *Matheron c. France*, Req. n°57752/00, D. 2005, 1755, obs. J. PRADEL ; *JCP éd. G.* 2005, II, 10091, note L. DI RAIMONDO.

¹⁷⁶⁵ CEDH, *Ravon et autres c. France*, préc.

¹⁷⁶⁶ V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°2027 et s., pp. 1354 et s.

la régularité de cette commission rogatoire, qui a permis d'annexer au dossier de l'information le concernant des preuves de son implication. La chambre d'accusation de la cour d'appel d'Aix-en-Provence a rejeté sa requête. Sur le pourvoi du requérant, le président de la chambre criminelle a décidé qu'il n'y avait pas lieu de l'examiner en l'état. Renvoyé devant la cour d'assises des Bouches-du-Rhône, le requérant a saisi la chambre criminelle d'un nouveau pourvoi dirigé contre le rejet de sa requête en annulation et contre l'ordonnance de mise en accusation. Il a notamment fait valoir, sur le fondement des articles 6, 8 et 13 de la Convention européenne, qu'il avait été privé de toute possibilité de les contester puisqu'elles avaient été réalisées dans le cadre d'une procédure à laquelle il était étranger. Par un arrêt du 6 octobre 1999¹⁷⁶⁷, la chambre criminelle, suivant sa ligne jurisprudentielle¹⁷⁶⁸ a, en effet, estimé qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier la régularité de décisions prises dans le cadre d'une procédure autre que celle dont elle était saisie. Le requérant, condamné à quinze années de réclusion criminelle, a saisi la Cour européenne, se plaignant de n'avoir disposé d'aucun moyen de faire contrôler la régularité des écoutes téléphoniques.

Le Gouvernement français a fait valoir différents arguments. Il a d'abord fait observer que « *les écoutes réalisées dans le cadre d'une autre procédure [avaient] fait l'objet d'un contrôle efficace par les deux juges d'instruction successifs sous l'autorité desquels elles furent mises en œuvre* ». Il a également fait remarquer que « *la mise en cause du requérant n'[était] pas intervenue dans le cadre de la procédure ayant donné lieu aux écoutes, mais plus tard, alors que cette procédure était close, par un autre juge qui menait des investigations sur des infractions de nature radicalement différentes* ». Les autorités françaises ont alors estimé que « *l'intervention des premiers juges officiant dans l'autre procédure [avait] assur[é] un contrôle suffisant, nonobstant le fait qu'aucun contrôle n'était possible dans la procédure diligentée contre le requérant* » (§22). Ce faisant, « *un second contrôle, par la chambre d'accusation compétente dans la procédure relative au requérant, ne s'imposait pas* » (§23). En réponse, le requérant a fait valoir que « *le fait que ces écoutes [avaient] été ordonnées par un ou plusieurs juges ne [pouvait] entraîner, en soi, leur validité et le priver de toute possibilité de recours [...]. A défaut, tout dispositif d'écoute serait validé sous la seule condition qu'il ait été mis en œuvre par un juge* » (§25). La Cour a fait droit à cet argument, notant que le raisonnement du Gouvernement français « *conduirait à considérer que la qualité de magistrat de celui qui ordonne et suit les écoutes implique, ipso facto, la régularité des écoutes et leur conformité avec l'article 8* » (§40 *in fine*)¹⁷⁶⁹.

¹⁷⁶⁷ Cass. crim., 6 oct. 1999, *Bull. crim.*, n°210.

¹⁷⁶⁸ V. not., Cass. crim., 13 oct. 1998, *Bull. crim.*, n°254.

¹⁷⁶⁹ Elle a ajouté que le raisonnement de la Haute juridiction française pourrait conduire à priver de la protection de la loi toutes les personnes « *qui se verraient opposer le résultat d'écoutes téléphoniques réalisées dans des procédures étrangères à la leur, ce qui reviendrait à vider le mécanisme protecteur d'une large partie de sa substance* » (§41), étant d'ailleurs préciser que ce raisonnement allait à l'encontre des dispositions du Code de procédure pénale (§42). Elle a conclu que le requérant n'avait « *pas bénéficié d'un 'contrôle efficace' tel que voulu par la prééminence du droit et apte à limiter à ce qui était 'nécessaire dans une société démocratique' l'ingérence litigieuse* » (§43). Cette condamnation a également conduit à un ajustement de la

665. La même conclusion s'imposerait à propos des mesures autorisées par le JLD dans le cadre d'une enquête. Le seul fait qu'une autorité judiciaire indépendante soit intervenue pour les autoriser ne saurait justifier l'éviction d'un contrôle ultérieur. A défaut, ce serait considérer que la seule qualité de magistrat de l'autorité qui les autorise implique *ipso facto* la régularité de leur mise en œuvre et des conditions de leur exécution, ce que la Cour refuse logiquement. La nécessité d'un contrôle *a posteriori* en dépit de l'intervention *ab initio* d'un juge est confortée par les observations de la Cour dans son arrêt *Ravon et autres contre France*.

666. Les enseignements de l'arrêt *Ravon et autres contre France* -. Dans celui-ci, deux sociétés soupçonnées de s'être soustraites à l'établissement et au paiement de l'impôt avaient été soumises, en juillet 2000, à des visites et saisies. L'autorisation d'y procéder avait été donnée, pour l'une, par le président du TGI de Marseille, pour l'autre, par celui du TGI de Paris, conformément à l'article L. 16 B du Livre des procédures fiscales alors en vigueur. Estimant que des irrégularités avaient été commises lors de ces visites et saisies, les requérants avaient saisi les présidents des tribunaux de grande instance de deux requêtes distinctes, sollicitant l'annulation des opérations litigieuses. Le président du TGI de Paris s'était déclaré incompétent pour statuer sur ces demandes. Les requérants se pourvoyaient en cassation, invoquant la méconnaissance des articles 6§1, 8 et 13 de la Convention. Par un premier arrêt, rendu le 11 décembre 2002, la chambre criminelle avait rejeté le pourvoi. Faisant sienne la jurisprudence de la chambre commerciale en matière de droit de la concurrence¹⁷⁷⁰, elle avait jugé que « *selon l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, la mission du juge chargé de contrôler l'exécution d'une visite domiciliaire, prend fin avec les opérations autorisées* » et que, dès lors, « *il ne peut être saisi a posteriori d'une éventuelle irrégularité affectant ces opérations, une telle contestation relevant du contentieux dont peuvent être saisies les juridictions appelées à statuer sur les poursuites éventuellement engagées sur le fondement des documents appréhendés* »¹⁷⁷¹. Entre temps, le président du TGI de Marseille, qui s'estimait compétent pour statuer sur la demande des requérants, avait jugé la requête mal-fondée. « *Sur le moyen relevé d'office, après avertissement donné aux parties, pris de la violation de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales* », la chambre criminelle a annulé, le même jour, cette seconde ordonnance au motif qu'en statuant comme il

jurisprudence de la Chambre criminelle, laquelle estime désormais qu'une personne mise en examen est recevable à proposer des moyens de nullité pris de l'irrégularité d'actes accomplis lors d'une instruction à laquelle elle n'a pas été partie, lorsqu'elle invoque une atteinte à l'un de ses droits dans le cadre de la procédure qui la concerne ou que les éléments versés dans cette information sont susceptibles d'avoir été illégalement recueillis (V. not., Cass. crim., 7 déc. 2005, *Bull. crim.* n°327 ; Cass. crim., 19 déc. 2007, *Bull. crim.* n°317).

¹⁷⁷⁰ Cass. com., 30 nov. 1999, *JCP* 2000. II. 10298, note B. BOULOC ; *D.* 2000. 261, note H. MATSOPOULOU ; V. ég. Cass. com., 7 mars 2000, *Bull. civ. IV*, n° 49 ; *LPA* 21 juill. 2000, note M. PETITIER ; Cass. com., 21 mars 2000, *LPA* 14 nov. 2000 ; Cass. com., 18 avr. 2000, *LPA* 29 mars 2001, note M. MALAURIE-VIGNAL.

¹⁷⁷¹ Cass. crim., 11 déc. 2002, n° 01-87.323, inédit.

l'avait fait « *alors que les opérations avaient pris fin, le juge a excédé ses pouvoirs et méconnu [l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales] et le principe* » suivant lequel « *une telle contestation relevant du contentieux dont peuvent être saisies les juridictions appelées à statuer sur les poursuites éventuellement engagées sur le fondement des documents appréhendés* ». Par la suite, la comptabilité de la première société mise en cause a fait l'objet d'une vérification, soldée par un avis d'absence de redressement. Celle de la seconde n'a donné lieu à aucune opération de vérification. Aucune procédure fiscale ou poursuite pénale n'ayant donc été décidée contre elles, elles n'ont pu bénéficier des voies de droit ouvertes au cours de celles-ci.

667. Devant la Cour européenne, les requérants, invoquant les articles 6§1 et 13 combiné avec l'article 8 de la Convention, se sont plaints de n'avoir disposé d'aucun recours leur permettant de contester la régularité de la visite et d'obtenir, le cas échéant, un redressement approprié.

Le Gouvernement a, au contraire, argué de l'existence de différentes voies de droit. Aussi, il a estimé que puisque les requérants avaient omis d'en épuiser certaines, leur requête devait être jugée irrecevable. Il a invoqué le recours prévu à l'article 9 du Code civil et la possibilité, pour l'intéressé, d'engager une action à l'encontre de l'agent judiciaire du Trésor sur le fondement de la responsabilité sans faute de l'Etat pour rupture du principe d'égalité devant les charges publiques¹⁷⁷². Il a également fait valoir que les requérants disposaient d'un recours effectif *a posteriori*, leur permettant d'obtenir une décision sur la régularité des opérations même à défaut de poursuites pénale ou fiscale ultérieures. Pour les autorités françaises, si, depuis un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation, les personnes concernées devaient faire preuve d'une particulière célérité et saisir le juge de l'autorisation avant que le procès-verbal relatant le déroulement des opérations ne lui soit remis, la possibilité de former ce recours était, en pratique, facilitée par le fait que ce juge était en contact permanent avec l'officier de police judiciaire dirigeant les opérations et qu'il pouvait se rendre à tout moment sur les lieux (§19). Les autorités françaises ont encore fait observer qu'en application de l'article L. 16 B du LPF, les opérations étaient subordonnées à l'autorisation délivrée par un juge du siège, soulignant que la Cour européenne avait admis, dans sa décision *Keslassy* précitée, l'importance de ce contrôle dans la protection voulue par l'article 8§2 de la Convention. Elles ont, enfin, relevé que le pourvoi en cassation, dont l'autorisation pouvait faire l'objet en application de l'article L. 16 B précité, était un recours à épuiser pour satisfaire aux exigences de l'article 35§1 de la Convention, de telle sorte qu'il constituait nécessairement un recours effectif.

¹⁷⁷² V. not., Cass. civ. 1^e, 25 oct. 2005, n°03-15.371.

668. La solution de la Cour ne pouvait être que riche d'enseignements, la Cour européenne examinant l'affaire sous l'angle de l'article 6§1 de la Convention ainsi qu'elle y était invitée par les requérants. Pour ce faire, elle se fonde non pas sur la nature de la procédure au cours de laquelle la mesure a été décidée mais sur le « caractère civil » de la contestation en cause. Notant que l'affaire concernait le contrôle de la régularité d'opérations de visites domiciliaires, elle indique que « *la question de la méconnaissance ou non par les autorités de leur droit au respect du domicile* » était au cœur de leur contestation et précise que « *le caractère 'civil'* » d'une telle contestation est « *manifeste, tout comme l'est sa reconnaissance en droit interne, qui résulte non seulement de l'article 9 du code civil [...] mais aussi du fait que la Convention, qui le consacre en son article 8, est directement applicable dans l'ordre juridique français* » (§24).

L'applicabilité de l'article 6§1, admise en l'espèce, emporte des conséquences importantes. Comme le précise la Cour, lorsqu'il trouve application, « *il constitue une lex specialis par rapport à l'article 13* » puisque « *ses exigences, qui impliquent toute la panoplie des garanties propres aux procédures judiciaires, sont plus strictes que celles de l'article 13, qui se trouvent [donc] absorbées par elles* »¹⁷⁷³ (§27). Concrètement, son applicabilité suppose « *de vérifier si les requérants [ont eu] accès à un 'tribunal' pour obtenir, à l'issue d'une procédure répondant aux exigences de cette disposition, une décision sur leur 'contestations'* » (§27). « *[E]n matière de visites domiciliaires* », la satisfaction des exigences conventionnelles implique alors « *que les personnes concernées puissent obtenir un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la visite ainsi que, le cas échéant, des mesures prises sur son fondement* » (§28). En cas d'irrégularités constatées, le ou les recours disponibles doivent permettre de « *prévenir la survenance de l'opération, soit, dans l'hypothèse où une opération jugée irrégulière a déjà eu lieu, de fournir à l'intéressé un redressement approprié* » (*ibid.*)¹⁷⁷⁴.

669. La question de l'applicabilité de l'article 6§1 étant tranchée, les juges européens ont examiné l'ensemble des voies de droit disponibles et apprécié si l'une d'elles avait assuré aux requérants le bénéfice du contrôle requis. Or, la Cour conclut qu'aucun des contrôles évoqués par le Gouvernement ne garantissait aux intéressés un contrôle respectueux de l'ensemble des exigences découlant de l'article 6.

La Cour estime, d'abord, que si l'autorisation préalable du juge suppose « *à première*

¹⁷⁷³ Sur ce fondement, la Cour oblige les Etats membres à offrir aux personnes concernées un recours, à la fois disponible et suffisant, tant en pratique (V. not., CEDH, [G.C.], 29 mars 2006, *Pizzardi c. Italie*, Req. n°62361/00 (§38) ; CEDH, 10 sept. 2010, *McFarlane c. Irlande*, Req. n°31333/06 (§114)) qu'en droit (CEDH, 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne*, Req. n°30210/96 (§152)), -, devant une « *instance nationale* » - qui peut être une instance non judiciaire - afin qu'elle connaisse du grief fondé sur la méconnaissance des exigences conventionnelles et, le cas échéant, assure à l'intéressé un redressement approprié (CEDH, 21 janv. 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, Req. n°30696 (§288) ; CEDH, 25 juin 1997, *Halford c. Royaume-Uni*, Req. n°20605/92 (§64)). Cette exigence n'implique pas, naturellement, la certitude d'une issue favorable pour le requérant (CEDH, [G.C.], *Kudla c. Pologne*, préc. (§157)).

¹⁷⁷⁴ V. ég., CEDH, 20 nov. 2008, *Société IFB c. France*, Req. n°2058/04 (§23) ; CEDH 16 oct. 2008, *Maschino c. France*, Req. n°10447/03 (§22) ; CEDH, 18 sept. 2008, *Kandler c. France*, Req. n°18659/05, (§26) ; CEDH, 21 déc. 2010, *Canal plus c. France*, Req. n°29408/08 (§36).

vue, [qu']un contrôle juridictionnel incluant [l'] examen [exigé] se trouve incorporé dans le processus décisionnel lui-même », elle ne satisfait toutefois pas aux impératifs européens. Bien que ce contrôle *ab initio* « contribue à garantir la préservation du droit au respect de la vie privée et du domicile [...] sur le terrain de l'article 8 de la Convention [...] l'on ne saurait considérer que l'instance au cours de laquelle le juge examine la demande d'autorisation est conforme à l'article 6§1 [puisque] la personne visée par la perquisition projetée – qui ignore à ce stade l'existence d'une procédure intentée à son encontre – ne peut se faire entendre » (§30). En d'autres termes, puisque ce premier contrôle ne peut par définition garantir la contradiction, il ne satisfait pas aux exigences de l'article 6§1.

La Cour juge ensuite que le contrôle susceptible d'être opéré par le juge durant l'exécution de la mesure ne satisfait pas davantage aux exigences rappelées. Elle relève que si ce contrôle offre, dans le contexte de l'article 8 de la Convention, une garantie supplémentaire puisqu'il est possible d'y voir « une modalité propre à assurer un contrôle de la régularité des mesures prises sur le fondement de l'autorisation délivrée par le juge », il ne permet pas, en revanche, le « contrôle indépendant de la régularité de l'autorisation elle-même » (§31), exigé au titre de l'article 6. En d'autres termes, le juge de l'autorisation ne peut être le juge du contrôle de sa propre autorisation parce qu'il ne dispose pas de l'indépendance requise pour ce faire. Il s'ensuit que les autorités françaises ne pouvaient se retrancher derrière ce contrôle initial pour estimer que les exigences européennes avaient été respectées.

La Cour observe enfin qu'aucun des autres recours organisés par le droit français, à défaut de poursuites pénale ou fiscale ultérieures, ne garantissaient « un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit de la régularité de la décision prescrivant la visite ainsi que, le cas échéant, des mesures prises sur son fondement ».

- Le pourvoi en cassation, prévu par l'article L. 16 B du Livre des procédures fiscales ne permettait pas « un examen des éléments de fait fondant les autorisations litigieuses » (§29).
- Le recours fondé sur l'article 9 du Code civil et l'action à l'encontre de l'agent judiciaire du Trésor – n'y satisfaisaient pas plus : « outre le fait que le Gouvernement [n'avait apporté] aucune précision sur [leurs] modalités » (§33), ils ne permettaient que « l'obtention d'une indemnisation dans l'hypothèse de dégâts occasionnés lors d'une visite domiciliaire » et non « un contrôle de la régularité de la décision prescrivant celle-ci et des mesures prises sur son fondement, de sorte que l'on ne peut y voir le 'contrôle juridictionnel effectif' requis » (*ibid.*).

La Cour conclut donc que les requérants ont été privés de toute possibilité d'accéder « à un 'tribunal' pour obtenir, à l'issue d'une procédure répondant aux exigences de l'article 6§1 de la Convention, une décision sur leur contestation » (§34).

670. L'appréciation de la conventionnalité du régime de l'enquête au regard de l'exigence formulée -. Les indications de la Cour ne sont pas inintéressantes pour apprécier la conventionnalité du régime de l'enquête de police. Il faut en effet, à nos yeux, se garder d'une lecture trop circonstanciée de celles-ci conduisant à considérer qu'elles ne valent que dans les contentieux voisins de la procédure pénale *stricto sensu*. Au contraire, le raisonnement de la Cour encourage une certaine généralisation. L'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention, envisagé sous son angle civil, n'est pas ici justifiée par la nature de la procédure au cours de laquelle la mesure litigieuse a été décidée – en l'occurrence, une enquête fiscale – mais par le droit atteint par la mesure - le droit au respect de la vie privée -, dont la Cour reconnaît le « caractère civil [...] manifeste ». Par analogie, l'article 6§1 trouverait donc à s'appliquer, pour les mêmes raisons, en tant que *lex specialis* dès lors que la mesure dont le requérant conteste la régularité porte atteinte à ce droit. Il n'est pas besoin de rappeler que celles-ci sont nombreuses dans le cadre d'une enquête pénale : perquisitions, interceptions de télécommunications, fixations d'images, sonorisation de lieux privés ...

La décision *Turcon contre France*¹⁷⁷⁵, qui a concerné le droit d'accéder à un juge pour contester la légalité d'une perquisition dans le cadre d'une information judiciaire, confirme, s'il en était besoin, cette lecture. En l'occurrence, alors que le requérant avait présenté son grief sous l'angle des articles 6§1 et 13, la Cour juge que la question posée doit être appréciée sous l'angle de l'article 6 dont les exigences, plus strictes, englobent les impératifs formulés par l'article 13. Il s'ensuit que toute personne soumise à de telles mesures devraient bénéficier de la possibilité d'accéder à « un 'tribunal' pour obtenir, à l'issue d'une procédure répondant aux exigences de cette disposition, une décision sur [sa] contestation » et « obtenir un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la [mesure] ainsi que, le cas échéant, [des opérations menées sur son fondement] ».

Or, cette indication pose nécessairement question lorsque les investigations ont lieu dans le cadre d'une enquête compte tenu du caractère aléatoire du contrôle de la légalité des mesures mises en œuvre¹⁷⁷⁶.

671. Si le principe du droit à un contrôle juridictionnel effectif ne fait guère de doute, que le droit interne aménage ou non un contrôle judiciaire *ab initio*, toute la question réside dans le fait de savoir si ce contrôle doit nécessairement avoir lieu dans le cadre de la procédure – par hypothèse, pénale – en cours et si une éviction de celui-ci peut être admise ou non. De la réponse à ces questions dépend en effet la

¹⁷⁷⁵ CEDH [déc.], 30 janv. 2007, *Turcon c. France*, Req. n°34514/02.

¹⁷⁷⁶ V., *Supra*, n°489 et s.

conventionnalité du droit français. Elle suppose d'envisager la souplesse que revêtent, à nos yeux, les exigences européennes.

B. La souplesse des exigences conventionnelles

672. Les carences constatées en droit français qui, en l'état, évince la certitude d'un contrôle de la légalité dans une série d'hypothèses invitent, pour en apprécier la conventionnalité, à se poser deux questions. La première renvoie aux formes du contrôle admises par la Cour (1). L'autre question, qui n'est pas sans lien avec la première, se rapporte à l'admissibilité de l'éviction d'un contrôle par la Cour (2) ?

1) *Les formes du recours admises par la Cour*

673. La question des formes de contrôles admises par la Cour revêt une importance incontestable puisque c'est sur ce point que l'analyse du Conseil constitutionnel et de la chambre criminelle divergent¹⁷⁷⁷. Aussi, l'analyse européenne viendrait-elle au soutien de l'un ou de l'autre. La question est d'autant plus intéressante que l'inspiration puisée dans la jurisprudence conventionnelle par le Conseil constitutionnel est manifeste, comme l'a relevé la doctrine au lendemain de la décision du 4 avril 2014 précitée¹⁷⁷⁸. Le dossier documentaire joint à cette décision ne laisse aucun doute sur ce point. En effet, si le Conseil se prononce sur le fondement d'exigences distinctes, il fait néanmoins cas de la jurisprudence de Strasbourg, et en particulier des précisions apportées dans l'arrêt *Ravon et autres contre France*. Il y rappelle en effet que, selon la Haute juridiction européenne, les personnes concernées par une visite domiciliaire ou une perquisition doivent pouvoir bénéficier d'un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, concernant tant la régularité de la décision prescrivant la mesure que les opérations mises en œuvre sur son fondement et que ce contrôle doit leur permettre d'obtenir, lorsque l'opération litigieuse a déjà eu lieu, « *un redressement approprié* »¹⁷⁷⁹.

674. Le caractère excessif de la solution des Sages à la lumière des exigences conventionnelles - En se prononçant ainsi, les Sages ont, nous semble-t-

¹⁷⁷⁷ V., *Supra*, n°512 et s.

¹⁷⁷⁸ A. CERF-HOLLENDER, « Droit de visite des lieux de travail et droit à un recours juridictionnel effectif », préc. ; L. RICHARD, « Inconstitutionnalité des dispositions de l'article L.8271-13 du Code du travail autorisant les officiers de police judiciaire à procéder à des visites domiciliaires, perquisitions et saisies », préc.

¹⁷⁷⁹ Dossier documentaire, Cons. Const., n° 2014-387 QPC, 4 avril 2014, M. Jacques J. [Visites domiciliaires, perquisitions et saisies dans les lieux de travail], pp. 11-12.

il, excédé les standards formulés par la Cour de Strasbourg. Ce serait, il est vrai, un truisme que d'indiquer que l'aménagement d'un tel contrôle dans le cadre de la procédure en cours satisfait aux impératifs européens. En déduire une exigence conventionnelle apparaît plus incertain. Car si la Cour exige que la personne qui s'estime victime d'une violation de ses droits doit pouvoir obtenir un contrôle juridictionnel effectif de la régularité de la mesure litigieuse et donc disposer d'une voie de droit appropriée pour faire valoir sa contestation, elle ne paraît pas imposer que ce recours soit nécessairement ouvert dans le cadre de la procédure en cours. D'autres voies de droit assurant un tel contrôle et un « *redressement approprié* », tel qu'un recours indemnitaire *sui generis*, permettraient donc de satisfaire aux impératifs européens.

675. L'arrêt *Ravon* précité est là encore intéressant. Certes, comme il l'a été relevé, la Cour conclut que les requérants n'ont pu accéder « à un 'tribunal' pour obtenir, à l'issue d'une procédure répondant aux exigences de l'article 6§1 de la Convention, une décision sur leur contestation » (§34). La conclusion tient toutefois moins à l'inexistence d'une voie de recours durant la procédure en cours - et *a fortiori* à l'existence d'un recours immédiat-, qu'à l'inexistence de toute voie de droit répondant aux impératifs conventionnels. Elle ne conclut, en effet, à la violation de l'article 6 qu'après avoir observé que les recours existants, notamment l'action fondée sur l'article 9 du Code civil et l'action en responsabilité sans faute de l'Etat pour rupture du principe d'égalité devant les charges publiques, ne répondaient pas, au vu des précisions apportées par les autorités françaises, aux exigences formulées. *A contrario*, si la Cour avait été en mesure de s'assurer que des recours *sui generis* « extérieurs », répondant à ces impératifs, étaient disponibles, sa conclusion aurait sans doute été différente. Car, finalement, sur quel fondement pourrait-elle justifier une condamnation après avoir observé l'existence d'une voie de recours appropriée, c'est-à-dire répondant à l'ensemble des exigences de la Convention ?

L'arrêt *Gutsanovi contre Bulgarie*, dans lequel la Cour a également conclu à l'inexistence de garanties suffisantes, milite en faveur de cette interprétation. Dans cet arrêt, les juges européens se sont également intéressés à l'existence d'un recours *sui generis* en responsabilité de l'Etat. Or, s'ils ont estimé que ce recours n'avait pu pallier l'ineffectivité du contrôle *a posteriori* immédiat et à l'inexistence d'autre recours ultérieurs, c'est moins en raison de la nature de celui-ci ou de son « extériorité » qu'au regard de sa disponibilité. Elle a en effet relevé que ce recours *sui generis* ne pouvait être exercé dans les circonstances visées (§§210 et s.). La nuance est importante puisqu'elle détermine, en définitive, les modalités admissibles de la satisfaction des exigences européennes. C'est moins, finalement, au recours ouvert par le droit interne dans la « procédure » en cours qu'il importe de s'intéresser qu'à ceux qui sont ménagés par le

droit interne, dans et en dehors de celle-ci.

676. D'autres décisions et arrêts rendus contre la France, portant spécifiquement sur les moyens de contester la régularité d'une mesure intrusive décidée dans le cadre d'une procédure pénale (au sens français) alimentent la discussion.

La décision d'irrecevabilité *Turcon contre France*, notamment confirmée par la décision *Jacquier contre France*¹⁷⁸⁰, est riche d'enseignements en la matière. La Cour européenne était ici appelée à apprécier la situation de l'avocat d'une partie à une information judiciaire qui, faute d'avoir lui-même acquis la qualité de partie à la procédure, n'avait pu exciper de la nullité de la perquisition de son cabinet et de son domicile décidée durant celle-ci. Il avait recherché la responsabilité pénale des magistrats sous le contrôle desquels était placée la mise en œuvre de ces mesures, étant précisé que celles-ci l'avaient été conformément aux dispositions applicables aux perquisitions réalisées au sein de cabinets d'avocats. La citation directe avait toutefois été jugée irrecevable en application de l'article 6-1 du CPP, qui subordonne la recevabilité de l'action publique à l'encontre d'une infraction prétendument commise à l'occasion d'une procédure judiciaire et impliquant la violation de dispositions du Code de procédure pénale au constat de l'irrégularité de l'acte accompli ou de la procédure par une décision définitive.

Devant la Cour européenne, le requérant s'était donc plaint, sur le fondement des articles 6 et 13 de la Convention, de la violation de son droit d'accéder à un juge en raison de l'application, par les juges nationaux, de l'article 6-1 précité. Il avait dénoncé l'impossibilité qui en résultait, pour le tiers à la procédure victime d'une telle infraction, d'accéder à un juge et d'obtenir la réparation du préjudice subi. Pour le requérant, ce déni du droit d'agir en tant que tiers était d'autant plus facilement caractérisé qu'il n'existait, en droit interne, aucun autre recours juridictionnel efficace. En particulier, le recours prévu à l'ancien article L.781-1 du COJ ne l'avait pas été. Le requérant faisait en effet observer qu'en l'espèce la juridiction civile, saisie sur ce fondement par l'Ordre des Avocats de la Cour de Paris et la Fédération Nationale des Unions des Jeunes Avocats, avait jugé qu'elle ne pouvait statuer à défaut de la preuve d'une faute lourde, constatée par la juridiction pénale. Il en déduisait qu'aucune juridiction ne se reconnaissait compétente pour statuer sur l'illégalité des actes autorisés par les magistrats. Il ajoutait, enfin, que les recours préconisés par la juridiction civile – c'est-à-dire ceux prévus par les articles 99 et 170 du CPP – n'étaient ni efficaces, ni effectifs. Le premier – la demande de restitution des biens saisis – impliquait, par définition, la saisie de biens. Or, il n'avait été procédé à aucune saisie lors de la perquisition litigieuse.

¹⁷⁸⁰ CEDH [déc.], 1^e sept. 2009, *Jacquier c. France*, Req. n°45827/07.

Le second, qui consistait à signaler au procureur de la République l'illégalité de la mesure afin qu'il sollicite son annulation, ne l'était pas non plus puisqu'il n'obligeait en rien le parquet. Le requérant relevait, d'ailleurs, que malgré l'émoi suscité par l'affaire, qui n'avait pu échapper à ce dernier, il n'avait pas pris l'initiative de saisir la chambre de l'instruction.

Les autorités gouvernementales s'attachaient au contraire à démontrer l'existence d'une voie de droit répondant aux exigences conventionnelles.

Elles soulignaient que la cause d'irrecevabilité prévue à l'article 6-1 du CPP était sans rapport avec la qualité de tiers à la procédure pénale mais reposait sur l'absence d'une action préalable relative à l'irrégularité de l'acte et du constat de cette illégalité. Elles en précisaient le sens et le but, indiquant d'abord que « *s'il a été statué sur l'illégalité de l'acte de manière positive, il n'y a aucun obstacle à l'exercice de l'action publique, mais, si au contraire il a été jugé que l'acte n'était pas illégal, l'action publique ne peut être mise en mouvement* ». Elles rappelaient, ensuite, que cette cause d'irrecevabilité servait à assurer la bonne administration de la justice et la sécurité juridique des procédures en cours en évitant la contrariété entre la décision de la juridiction saisie de la poursuite pénale initiale et celle compétente pour connaître de l'infraction prétendument commise durant celle-ci. Elles en concluaient que, puisqu'aucune action visant l'annulation de l'acte n'avait été intentée, l'exception d'irrecevabilité retenue par le tribunal était juridiquement justifiée. Elles faisaient également valoir que le requérant disposait d'autres voies de droit pour obtenir le contrôle de la régularité de la perquisition litigieuse et, le cas échéant, un redressement approprié. En effet :

- Rien ne lui interdisait de saisir le juge pénal à la clôture de l'information par citation directe ou en se constituant partie civile. Les autorités françaises faisaient observer, à cet égard, que par un arrêt du 31 mai 1983, la chambre criminelle avait estimé qu'on ne pouvait reprocher à un requérant qui n'avait pu exciper de l'illégalité d'un acte de l'information, faute d'avoir la qualité requise, l'absence de décision définitive reconnaissant l'irrégularité de l'acte et ainsi faire obstacle à l'action publique qu'il entendait initier¹⁷⁸¹. Elles en déduisaient que l'article 6-1 du CPP ne gelait que temporairement la mise en mouvement de l'action publique intentée. Elles considéraient que le requérant, avocat de profession, ne pouvait ignorer cette jurisprudence et, qu'au demeurant, puisqu'il était le conseil de l'une des parties à la procédure, il ne pouvait pas nier être informé de la clôture de l'information judiciaire au cours de laquelle la perquisition litigieuse avait été décidée.
- D'ailleurs, précisaient-elles, compte tenu de sa situation, il aurait également pu,

¹⁷⁸¹ Cass. crim., 31 mai 1983, *Bull.* n°163.

avec l'accord de son client, contester la légalité de ladite perquisition ce qui lui aurait permis, le cas échéant, de saisir ultérieurement les juridictions pénales de l'infraction dont il s'estimait victime.

- Les autorités françaises faisaient également observer que le requérant ne pouvait arguer de l'inefficacité d'un signalement au parquet en application de l'article 170 du CPP, alors qu'il n'en avait pas pris l'initiative.
- Elles faisaient enfin valoir que le requérant n'avait pas pris l'initiative d'engager une action en responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux du service public de la justice, laquelle aujourd'hui réglementée par l'article L. 141-1 du COJ¹⁷⁸², permet aux usagers du service public de la justice (dont les personnes poursuivies¹⁷⁸³, les parties civiles¹⁷⁸⁴ ou, encore, les familles de victimes¹⁷⁸⁵ ...) d'obtenir réparation du préjudice qu'ils ont subi en raison de la faute lourde ou du déni de justice commis par les acteurs du service public de la justice : juges d'instruction dans¹⁷⁸⁶, ou en dehors, de leur activité juridictionnelle¹⁷⁸⁷ ; procureurs de la République¹⁷⁸⁸ ; services de police ou de gendarmerie lorsqu'ils « *interviennent pour des missions de police judiciaire et se trouvent, de ce fait, sous l'autorité et le contrôle d'un magistrat* »¹⁷⁸⁹ et peu important alors que les actes exécutés le soient en vertu d'instructions de magistrats ou que « *les opérations [soient] accomplies dans le cadre défini par le code de procédure pénale,*

¹⁷⁸² Sur cette action, V., S. GUINCHARD, « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », préc.

¹⁷⁸³ CA Paris, 8 oct. 2002, *Les annonces de la Seine*, 19 déc. 2002, pp. 12-13 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, *Bull.* I, n°41.

¹⁷⁸⁴ CA Paris, 14 juin 2004, *Gaz. Pal.* 2004, 11 et 12 août 2004, p. 5 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juil. 2006, *Bull.* I, n°347.

¹⁷⁸⁵ TGI Paris, 26 janv. 2005, *Disparus de Mourmelon, Les annonces de la Seine*, 31 janv. 2005, p. 10.

¹⁷⁸⁶ CA Paris, 21 juin 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 2, 944, concl. LUPI ; CA Paris, 14 juin 1996, *Gaz. Pal.* 2, 493 (détention provisoire non justifiée dans ses éléments). Pour des exemples plus nombreux, V. S. GUINCHARD, « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », *Ibid.*, n°30 et s., spéc. n°32.

¹⁷⁸⁷ V. not., TGI Paris, 11 juill. 2001, *Gaz. Pal.* 2001. 1472, note PETIT ; *JCP* 2001. I. 362, n°5, obs. L. CADIET (interception irrégulière des communications téléphoniques d'un avocat par un magistrat instructeur) ; TGI Paris, 26 janv. 2005, *Gaz. Pal.* 6-8 févr. 2005, p. 12 (de nombreuses erreurs et omissions dans l'instruction d'un dossier, la perte de pièces de la procédure, à l'origine d'un déni de justice dû à une procédure très longue n'ayant finalement pas pu aboutir compte tenu du suicide de l'auteur présumé des faits). Pour de nombreux exemples, S. GUINCHARD, « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », préc., n°13 et n°22 et s.

¹⁷⁸⁸ V. not., Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mars 2006, *Bull. civ.* I, n°156 (erreur commise par le ministère public sur les conditions juridiques de l'engagement des poursuites, puis, absence de vérification de la régularité de sa saisine par le juge d'instruction). Pour d'autres exemples, S. GUINCHARD, « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », préc., n°13 et n°22 et s.

¹⁷⁸⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 9 mars 1999, n°96-15.560, *D.* 2000, 368, obs. H. MATSOPOULOU ; *Procédures*, sept. 1999, comm. 213, obs. J. BUISSON (s'agissant de la divulgation d'informations permettant d'identifier les personnes mises en cause à l'occasion d'une enquête) ; TGI Paris, 21 fév. 2001, *D.* 2001, 1365 (dysfonctionnements affectant une enquête de police judiciaire - en l'occurrence, le refus de procéder à des investigations minimales, notamment à la prise d'empreintes et à l'établissement d'un portrait-robot, à la suite de la plainte d'une victime d'agression - qui ont empêché l'obtention, par celle-ci, d'une juste indemnisation de son préjudice) ; TGI Paris, 22 janv. 2003, *Gaz. Pal.* 7-10 mai 2003, p. 8. (manque de diligence à vérifier un alibi) ; Cass. Civ. 1^{re}, 9 nov. 2016, n°15-25.210, n°15-24.212 ; Cass. Civ. 1^{re}, 9 nov. 2016, n°15-25.873 (pour des contrôles d'identité présentant un caractère discriminatoire).

ainsi des enquêtes sur les crimes ou délits flagrants et des enquêtes préliminaires »¹⁷⁹⁰. Pour les autorités internes, le requérant ne pouvait se plaindre de l'inefficacité de ce recours puisqu'il ne l'avait pas engagé. Or, s'il ne pouvait certes pas aboutir à l'obtention du constat de l'illégalité de l'acte litigieux, il lui aurait néanmoins assuré, le cas échéant, une indemnisation de son préjudice.

Au regard des arguments développés, la solution de la Cour renfermait nécessairement de riches indications. Envisageant la question soulevée sous l'angle de l'article 6 de la Convention (puisque le droit au respect de la vie privée était en cause), les juges européens ont préalablement rappelé que le droit d'accéder à un tribunal découlant de cette disposition « *n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment en ce qui concerne les conditions de recevabilité d'un recours* »¹⁷⁹¹. Ces limitations sont compatibles avec les exigences conventionnelles, précise-t-elle, pour autant qu'elles ne restreignent pas l'accès au juge « *d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même* », qu'« *elles poursuivent un but légitime et [qu']il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »¹⁷⁹². Concernant ce rapport raisonnable de proportionnalité, la Cour note que son rôle n'est pas d'examiner *in abstracto* la législation nationale ou les pratiques mais « *de rechercher si la manière dont elles ont touché le requérant ont enfreint la Convention* ». Ceci implique de vérifier si, malgré les conditions qui enferment l'exercice de certains recours, le requérant pouvait néanmoins avoir accès à un tribunal. Les juges européens se sont donc livrés à un examen de l'ensemble des recours organisés par le droit français. Ils ont observé que le requérant n'avait pris l'initiative d'exercer l'action ouverte par l'ancien article L. 781-1 du COJ (devenu L. 141-1). Or, pour la Cour, le requérant ne pouvait dans ce cas arguer de l'inefficacité de ce recours. En outre, la Cour a indiqué que seule une juridiction avait été appelée à se prononcer sur ce point. Elle a donc considéré qu'il ne lui appartient de préjuger quelle aurait été la position des juridictions supérieures si elles avaient été saisies. Elle a donc conclu que « *le requérant pouvait avoir accès à un tribunal pour contester la perquisition litigieuse* », de telle sorte que le grief invoqué devait être rejeté en application de l'article 35 de la Convention. C'était alors reconnaître que l'action en responsabilité de l'Etat pour fonctionnement defectueux du service public de la justice constitue un recours disponible qui doit être épuisé avant de saisir la Cour d'une prétendue violation

¹⁷⁹⁰ TGI Paris, 26 janv. 2005, préc. Pour d'autres exemples, S. GUINCHARD, « Responsabilités encourues pour fonctionnement defectueux du service public de la justice », préc., n°39.

¹⁷⁹¹ CEDH [déc.], *Turcon c. France*, préc. ; V. déjà., CEDH, 15 fév. 2000, *García Manibardo c. Espagne*, Req. n°38695/97 (§36) ; CEDH, 31 juil. 2001, *Mortier c. France*, Req. n°42195/98 (§33) ; CEDH, 3 déc. 2002, *Berger c. France*, Req. n°48221/99 (§30).

¹⁷⁹² CEDH, 13 juil. 1995, *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, Req. n°18139/91 (§59) ; CEDH, 4 déc. 1995, *Bellet c. France*, Req. n°23805/94 (§31).

des exigences conventionnelles.

677. Les discussions alimentées par l'arrêt *Xavier Da Silveira contre France*

- L'arrêt *Xavier Da Silveira contre France* du 21 janvier 2010¹⁷⁹³ a toutefois ravivé certaines interrogations. Dans cet arrêt, la Cour a estimé que le requérant, avocat inscrit au Barreau de Porto et dont le domicile avait été perquisitionné lors d'une information judiciaire en méconnaissance de l'article 56-1 du CPP, n'avait pas bénéficié d'un « *contrôle efficace* » (§48). Demeuré tiers à la procédure en cours, il n'avait pu exciper de la nullité de la mesure, ni obtenir la restitution des éléments saisis. Devant la Cour européenne, il s'était plaint d'avoir été privé non seulement des « garanties spéciales de procédure » exigées par la jurisprudence européenne¹⁷⁹⁴ et prévues à l'article 56-1 précité, malgré sa qualité d'avocat inscrit à un barreau européen mais aussi du droit d'accéder à un juge pour faire valoir sa contestation et obtenir un redressement approprié. A cette occasion, le Gouvernement français a soulevé une exception d'irrecevabilité tirée du non-épuisement des voies de recours internes existantes. Il a notamment fait valoir que le requérant s'était abstenu d'engager une action sur le fondement de l'article L.141-1 du COJ (§22). Suivant l'argumentation du requérant (§27), la Cour a toutefois jugé qu'en raison du refus des autorités internes de lui reconnaître la qualité d'avocat, cette action était « *trop aléatoire* » (§48). « *De plus* », elle a relevé que le « *recours [...] de nature indemnitaire, se distingu[ait] clairement d'une action en nullité avec laquelle elle ne saurait se confondre et, partant, [qu']il n'aurait pas été de nature à permettre l'annulation de la perquisition litigieuse recherchée par le requérant* » (*ibid.*). Après s'être livrée à un examen minutieux de l'ensemble des voies de droit existantes, la Cour a conclu que le requérant « *n'a pas bénéficié d'un 'contrôle efficace' tel que voulu par la prééminence du droit et apte à limiter l'ingérence à ce qui était 'nécessaire dans une société démocratique'* » (§49).

La conclusion de la Cour peut surprendre parce qu'elle paraît s'inscrire à contre-courant de la solution retenue dans les affaires *Turcon* et *Jacquier*, dans lesquelles les juges européens rappelaient au surplus que « *l'article 6 de la Convention ne garantit pas le droit de faire poursuivre ou condamner pénalement des tiers* »¹⁷⁹⁵.

678. Le caractère circonstancié de cette solution -. La position de la Cour doit cependant être lue à la lumière des spécificités des faits soumis à son appréciation. La situation de Monsieur Da Silveira se distinguait de celle de Messieurs *Turcon* et *Jacquier* par différents aspects. En l'occurrence, l'action en responsabilité de l'Etat était « *trop*

¹⁷⁹³ CEDH, 21 janv. 2010, *Xavier Da Silveira c. France*, Req. n°43757/05 (§48), *JCP éd. G.*, 24 mai 2010, comm. 583, note K. GRABARCZYK ; *Actualités droits-libertés du CREDOF*, 21 janvier 2010, obs. N. HERVIEU.

¹⁷⁹⁴ V. not., CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz c. Allemagne*, Req. n°13710/88 (§37) ; CEDH, 24 juil. 2008, *André et autre c. France*, Req. n° 18603/03, (§41).

¹⁷⁹⁵ CEDH, (déc.), *Turcon c. France*, préc.

aléatoire » compte tenu du refus des autorités internes de faire cas de la qualité d'avocat de l'intéressé, ce qui n'était pas mis en cause dans les affaires précitées ayant donné lieu à une décision d'irrecevabilité. En outre, puisque Monsieur Da Silveira n'était pas l'avocat d'une partie à la procédure, à la différence de Messieurs Turcon et Jacquier, il ne pouvait pas non plus, avec l'accord de son client, tenter d'exciper de la nullité de la perquisition et de la saisie durant l'information en cours. Or, faute de pouvoir, dans ces circonstances, faire trancher la question de l'illégalité de l'acte litigieux, à laquelle l'action en responsabilité de l'Etat n'aurait de toute évidence pu aboutir, l'action publique qu'il entendait initier se heurtait nécessairement à la cause d'irrecevabilité prévue à l'article 6-1 du CPP. En définitive, le temps de l'information judiciaire à laquelle le requérant était demeuré tiers, la recevabilité de son action dépendait d'une hypothétique action en nullité des parties à la procédure – dont il ne pouvait avoir connaissance et qu'il ne pouvait provoquer – et du résultat incertain de celle-ci, compte tenu de l'impressionnisme judiciaire que peut inspirer le contentieux de l'annulation.

Certes, comme l'avaient indiqué les autorités internes à l'occasion de l'affaire *Turcon contre France*, cette cause d'irrecevabilité ne paraissait geler la mise en mouvement de l'action publique que temporairement, celle-ci pouvant, de l'avis du gouvernement, être exercée après la clôture de l'information judiciaire au cours de laquelle l'infraction impliquant la violation d'une disposition du CPP avait été commise. Rappelons toutefois que dans sa décision *Turcon* déjà, la Cour avait mis en doute cet argument, qui s'appuyait selon ses termes « *sur une décision de jurisprudence unique et ancienne* ». Surtout, dès lors que Monsieur Da Silveira était resté pleinement étranger à la procédure en cours, l'information sur la clôture de l'instruction au cours de laquelle avait été mise en œuvre la mesure litigieuse paraissait davantage sujette à caution.

679. L'indication selon laquelle l'action fondée sur l'article L. 141-1 du COJ « *se distingue clairement d'une action en nullité avec laquelle elle ne saurait se confondre et, partant, [...] n'aurait pas été de nature à permettre l'annulation de la perquisition litigieuse* » interroge nécessairement. On pourrait en effet en déduire que cette action ne peut suppléer à l'inexistence d'une voie de droit permettant de faire valoir l'illégalité d'un acte et, éventuellement, d'en obtenir l'annulation. Or, pour ce qui nous préoccupe, une telle interprétation remettrait en cause la conventionnalité du système interne lorsque les investigations prennent place dans le cadre d'une enquête et ne sont pas suivies de poursuites permettant à l'intéressé de contester la régularité des mesures dont il a fait l'objet. Il ne nous semble toutefois pas que cette interprétation soit la plus pérenne, la précision apportée par la Cour nous paraissant davantage liée à la particularité de la situation du requérant soumise à son examen. En d'autres termes, celle-ci doit, selon nous, être lue à la lumière des conséquences de l'inexistence d'un recours permettant

au requérant de faire constater, par une décision définitive, l'illégalité de l'acte litigieux indispensable à l'exercice d'une autre voie ouverte par le droit interne.

680. La nécessité de repositionner cette solution dans la perspective qui est la nôtre -. La situation de la personne soumise à une mesure qu'elle estime illégale dans le cadre d'une enquête de police est différente sur plusieurs aspects. Si, d'une part, son action indemnitaire sur le fondement de l'article L. 141-1 du COJ est généralement moins aléatoire qu'elle ne l'était dans le cas de Monsieur Da Silveira, l'impossibilité pour celle-ci d'exciper de la nullité d'un acte de l'investigation lorsqu'elle n'est pas ultérieurement poursuivie n'a pas les mêmes implications que dans l'affaire soumise à l'analyse des juges européens. En effet, la chambre criminelle juge que l'article 6-1 du CPP n'est pas opposable à la mise en mouvement de l'action publique des chefs d'une infraction prétendument commise à l'occasion d'une procédure judiciaire impliquant la violation de dispositions du Code de procédure pénale lorsque l'enquête aboutit à un classement sans suite¹⁷⁹⁶. Justifiée au regard de la lettre¹⁷⁹⁷ comme de l'esprit¹⁷⁹⁸ de l'article 6-1 du Code, la solution de la Haute juridiction française a pour effet de préserver l'action de l'intéressé qui, à défaut, aurait été irrémédiablement fermée. En définitive, le fait que l'action en responsabilité de l'Etat, de nature indemnitaire, ne permette pas l'annulation de l'action litigieuse n'a pas les mêmes implications que dans l'affaire *Da Silveira* puisque :

- Soit la personne est ultérieurement poursuivie et elle peut, selon les modalités de la poursuite, exciper de la nullité de cet acte devant la chambre de l'instruction (C.P.P., article 173) ou le tribunal correctionnel (C.P.P., article 385). Elle dispose donc d'une voie de droit lui permettant de contester l'irrégularité de la mesure et d'obtenir, le cas échéant, un redressement approprié.
- Soit, la personne n'est pas ultérieurement poursuivie et elle peut solliciter l'indemnisation de son préjudice par le biais de l'action en responsabilité de l'Etat voire, lorsque l'acte prétendument illégal constitue une infraction pénale initier, sans qui puisse lui être opposée la cause d'irrecevabilité prévue à l'article 6-1 du CPP, une action en responsabilité pénale à raison d'une atteinte à l'intimité de la vie privée (C. pén., article 226-1), une violation de domicile (C. pén., article 432-8) ou encore des

¹⁷⁹⁶ Cass. crim., 30 mars 2016, n°14-87.251, *JCP éd. G.*, 18 avr. 2016, 463, obs. J.-B. THIERRY ; *Dalloz actualité*, 2 mai 2016, obs. C. FONTEIX ; *AJ pén.* 2016, p. 391, obs. P. DE COMBLES DE NAYVES ; *Ibid.*, obs. C. GIRAULT.

¹⁷⁹⁷ L'article 6-1 du CPP évoque la commission d'une infraction au cours d'une « procédure judiciaire », ce que n'est pas l'enquête.

¹⁷⁹⁸ Dans ces circonstances, aucune contrariété entre la décision de la juridiction saisie de la poursuite pénale initiale et celle compétente pour connaître de l'infraction prétendument commise durant celle-ci n'est à redouter.

correspondances (C. pén., article 432-9)¹⁷⁹⁹... Or, dans ce cas, l'illégalité de la mesure sera nécessairement envisagée, ne serait-ce que pour faire échec à la cause objective d'irresponsabilité pénale que constitue l'autorisation de la loi (C. pén., article 122-4).

Puisque la personne qui s'estime victime d'une violation de ses droits disposerait *in fine* d'un recours, la Cour ne mettrait pas nécessairement en cause la conventionnalité du système français.

Reste, il est vrai, la pluralité de situations dans lesquelles la personne mise en cause, poursuivie ou sanctionnée dans le cadre d'une alternative aux poursuites n'est pas assurée du contrôle *a posteriori* de la légalité des actes de l'enquête parce que l'audience « classique » est supplantée par des formalités plus souples. Ces hypothèses posent, selon nous, la question dans des termes différents. Elles invitent plutôt à s'interroger sur l'admission éventuelle, dans ces circonstances particulières, de l'éviction d'un tel contrôle par la Cour européenne.

2) *L'admissibilité d'une éviction de ce contrôle*

681. Le système français abonde d'hypothèses dans lesquelles une personne qui a fait l'objet d'une enquête aboutissant à une mesure – le cas échéant, à vocation rétributive – voire à une véritable peine n'a aucune certitude sur le contrôle de la régularité de la procédure antérieure réalisée par le juge, lorsque son intervention n'est pas purement et simplement éludée. Cette éviction du contrôle ultérieur des opérations diligentées dans le cadre d'une enquête en fonction de la voie empruntée par le procureur de la République est-elle contestable au regard des droits européens ?

682. Si, à notre connaissance, la Cour de Strasbourg ne s'est pas précisément prononcée sur cette question, la promotion des procédures simplifiées au sein du Conseil de l'Europe et la reconnaissance, sous certaines réserves, de leur conformité à la Convention par la Haute juridiction européenne encouragent probablement à considérer que l'éviction de ce contrôle n'est pas nécessairement condamnable.

683. La promotion de la diversification des modes de traitement de la

¹⁷⁹⁹ Pour une analyse plus nuancée de cette action en tant que garantie à la régularité de l'action du ministère public, V., N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, *op. cit.*, n°583 et s., pp. 567 (qui relève que son résultat est soumise à la caractérisation de l'intention de l'auteur de l'infraction et, surtout, « la mansuétude des juridictions » à cet égard).

délinquance et de l'allègement des formalités procédurales au sein du Conseil de l'Europe -. Les modes alternatifs de traitement de la délinquance et autres procédures sommaires sont régulièrement discutés par la doctrine, parce qu'ils induisent une confusion des fonctions de poursuite et de jugement¹⁸⁰⁰, marginalisent l'audience contradictoire¹⁸⁰¹, minimisent les droits de la défense¹⁸⁰² ou font peu cas de la présomption d'innocence¹⁸⁰³. Leur apparition, en France, s'est cependant imposée sous l'impulsion de la pratique, contrainte d'expérimenter de nouvelles voies pour éviter de tomber Charybde en Scylla¹⁸⁰⁴, avant de trouver les faveurs du législateur qui n'a eu de cesse de les multiplier et d'étendre leur champ. Leur développement a également trouvé un appui dans certains instruments du Conseil de l'Europe. L'existence de ces procédures allégées n'a pas été remise en cause par les directives de l'Union adoptées depuis¹⁸⁰⁵.

684. La recommandation R(87)18 du 17 septembre 1987 concernant la simplification de la justice pénale est caractéristique de ces aspirations européennes, soucieuses de remédier à la lenteur des procédures pénales dans un contexte marqué par une forte augmentation des contentieux soumis aux juridictions répressives¹⁸⁰⁶. Les grands axes de cette recommandation peuvent être résumés de la manière suivante :

- Les législateurs nationaux devraient faire application du principe de l'opportunité des poursuites – ou à des « *mesures ayant le même objectif* » - (recommandation I, b) au profit, le cas échéant, de mesures alternatives : avertissement, réprimande, admonestation, respect de certaines obligations, versement d'une somme d'argent, dédommagement de la victime ...

¹⁸⁰⁰ V. not. (parmi beaucoup d'autres), J.-C. SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. pén.* 2007, étude n°14, spéc. n°5.

¹⁸⁰¹ V. not. (entre autres), C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré, Etude des transformations juridiques du jugement pénal*, op. cit., n°316 et s., pp. 340 ; V. ég., F. DESPREZ, « L'application de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à Nîmes et Béziers. Au regard du principe de juridiction », *Arch. pol. crim.* 2007, n°29, p. 145.

¹⁸⁰² F. DESPREZ, « L'application de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à Nîmes et Béziers. Au regard du principe de juridiction », préc.

¹⁸⁰³ *Ibid.*

¹⁸⁰⁴ X. MOROZ, « Les initiatives procédurales des parquets au XIXème siècle », préc., pp. 90 et s. ; Sur ce point, V. ég., J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ? Etude de droit répressif français sous l'éclairage du droit répressif allemand*, op. cit., t. II, n°1198-1292, pp. 513 à 556.

¹⁸⁰⁵ En atteste le domaine d'application des droits procéduraux qu'elles contiennent qui autorise, en particulier, l'éviction de certaines garanties procédurales dans le cadre de procédures sommaires ou simplifiées. En ce sens, par exemple, la directive relative au droit à l'assistance d'un avocat précise que « [s]ans préjudice du droit à un procès équitable, en ce qui concerne les infractions mineures », les droits qu'elle contient ne s'appliquent qu'aux procédures devant une juridiction compétente en matière pénale. Ainsi, notamment, « lorsque le droit d'un Etat membre prévoit l'imposition d'une sanction par une autorité autre qu'une juridiction compétente en matière pénale, l'imposition de cette sanction pouvant faire l'objet d'un recours ou d'un renvoi devant une telle juridiction » (article 2§4).

¹⁸⁰⁶ Recommandation n° R(87)18 du 17 septembre 1987 concernant la simplification de la justice pénale, adoptée par le Comité des Ministres lors de la 410^e réunion des Délégués des Ministres, Exposé des motifs.

(recommandation I, a, 6)¹⁸⁰⁷ ;

- Ils devraient également expérimenter des procédures sommaire (amende forfaitaire¹⁸⁰⁸), simplifiée (ordonnance pénale¹⁸⁰⁹) et transactionnelle¹⁸¹⁰ permettant, dans un premier temps au moins et sous réserve de l'acquiescement de l'intéressé¹⁸¹¹, de faire l'économie d'une audience « classique » et des formalités qu'elle implique ;
- Ils devraient, enfin, simplifier la procédure juridictionnelle ordinaire en instaurant, en plus d'un cantonnement ou de l'allègement de l'instruction judiciaire avant l'audience, des procédures de *guilty plea* ou assimilées permettant « de faire l'économie de tout ou partie de la phase d'instruction et passer immédiatement à l'analyse de la personnalité du délinquant, au prononcé de la peine et, s'il échet, à la décision sur la réparation » (recommandation III, a, 7).

Sans être, il est vrai, de parfaits clones des procédures allégées promues par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, les mesures prévues à l'article 41-1, la composition pénale, la CRPC ou encore l'ordonnance pénale s'en inspirent. Dans ces circonstances, considérer que les procédures allégées du droit français présentent nécessairement un risque d'inconventionnalité reviendrait à dire que la recommandation européenne contenait elle-même un tel risque. L'observation de la

¹⁸⁰⁷ L'exécution des obligations mises à sa charge par la personne mise en cause devrait entraîner l'extinction de l'action publique (recommandation I, a, 9). Le plaignant devrait en être averti (*ibid.*) et le choix du parquet de privilégier le classement sans suite à l'exercice de poursuites ne pas faire échec au droit de la victime de faire valoir ses intérêts particuliers en justice (recommandation I, a, 10).

¹⁸⁰⁸ Recommandation II, a, 2 et s. (En cela, la Recommandation européenne invite les législateurs nationaux à consacrer l'existence de procédures permettant pour les infractions représentant un volume important - délits routiers, fiscaux, douaniers – et pour lesquelles l'élément matériel prime sur l'élément moral, le versement d'une sanction pécuniaire, d'un montant fixe ou forfaitaire, directement auprès de l'agent verbalisateur ou après une notification par l'autorité compétente par des moyens informatisés d'encaissement).

¹⁸⁰⁹ Recommandation II, c. (La Recommandation évoque, pour le traitement, d'« infractions mineures en raison des circonstances » et lorsqu'il « paraît certain que le prévenu est l'auteur de l'infraction », le recours à des procédures simplifiées « c'est-à-dire à des procédures écrites diligentées par l'autorité judiciaire, faisant l'économie de la phase d'audience et débouchant sur des décisions assimilables à des jugements » (recommandation II, c, 1), permettant le prononcé de sanctions pécuniaires ou la déchéance de droits, à l'exclusion de toute peine privative de liberté (recommandation II, c, 3). L'acquiescement exprès ou tacite de l'intéressé devrait entraîner l'assimilation de l'ordonnance à un jugement prononcé en la forme ordinaire, avec toutes les conséquences de droit qui s'y attachent : application du principe *ne bis in idem*, possibilité d'exécution forcée, inscription au casier judiciaire (recommandation II, c, 4). Son opposition, qui ne devrait pas avoir à être motivée, devrait engendrer la caducité de l'ordonnance et le recours à la procédure ordinaire, sans que l'interdiction de la *reformatio in peius* ne s'applique (recommandation II, c, 5)).

¹⁸¹⁰ Recommandation, II, b. (Pour les catégories d'infractions et selon les conditions que la loi prévoit, les autorités internes devraient être autorisées à transiger avec la personne suspectée. L'exécution de la transaction par l'intéressé devrait entraîner l'extinction définitive de l'action publique).

¹⁸¹¹ Pour chacune de ces procédures, les recommandations européennes font explicitement ou implicitement état de la liberté dont doit bénéficier l'intéressé de consentir au recours à une mesure alternatives ou à une procédure « allégée ». Si le consentement de l'intéressé doit être recherché dans le cas d'un classement sans suite sous condition (recommandation I, a, 6), la liberté du suspect doit également être assurée dans le cadre des procédures transactionnelles mises en œuvre au sein des Etats (recommandation II, b, 5). De même, la procédure de l'amende forfaitaire devrait prendre la forme d'une proposition faite à l'intéressé, qu'il pourrait accepter, de façon explicite ou tacite, ou refuser (recommandation II, a, 2 et s.). Enfin, l'absence d'opposition de l'intéressé dans le cadre d'une ordonnance pénale caractériserait son acquiescement à la peine prononcée.

jurisprudence européenne, qui a parfois précédé les encouragements du Comité des ministres, n'invite pas à une telle conclusion. Elle encourage plutôt, au contraire, à reconnaître que sous certaines conditions un allègement des formalités procédurales ordinaires n'est pas contraire aux préceptes conventionnels.

685. L'admission, sous réserve, des procédures « allégées » -. D'une manière générale, il ressort de la jurisprudence strasbourgeoise que la Cour, évidemment soucieuse du respect des garanties que la Convention formule, et notamment du droit à un procès équitable, ne s'oppose pas au principe de l'existence de ces procédures simplifiées, emportant, en substance, un allègement des formalités procédurales voire l'éviction de certaines garanties prescrites, au premier rang desquelles le droit d'accéder à un juge. Au contraire, elle en reconnaît l'utilité, voire la nécessité¹⁸¹². Elle juge classiquement, s'agissant des procédures confiant la poursuite et la répression de certaines infractions à des autorités administratives et/ou éludant l'intervention du juge au cours d'une audience contradictoire (amende forfaitaire ou ordonnance pénale), que ces procédures présentent « *pour les intéressés comme pour l'administration de la justice des avantages indéniables* »¹⁸¹³ ou qu'« *[e]u égard au grand nombre des infractions légères, notamment dans le domaine de la circulation routière, un Etat contractant peut avoir de bons motifs [d'en] décharger ses juridictions* »¹⁸¹⁴. Elle admet également, à propos des procédures revêtant un caractère transactionnel, qu'elles ont « *non seulement l'important avantage de permettre une résolution rapide des affaires pénales et d'alléger la charge de travail des tribunaux, du parquet et des avocats* »¹⁸¹⁵. L'arrêt *Natsvlishvili et Togonidze contre Géorgie* rendu le 29 avril 2014 est intéressant à cet égard puisque, si on pouvait penser que les procédures allégées étaient réservées aux infractions d'une gravité relative ou aux affaires de faible complexité, la Cour juge que « *pour autant qu'elle[s] so[n]t correctement employée[s]* », ces procédures constituent « *un instrument efficace de lutte contre la corruption et le crime organisé* » (§90). S'observe donc dans la jurisprudence européenne un « renversement de perspective »¹⁸¹⁶ : derrière l'approche classiquement « garantiste » de la Cour émerge un nouveau paradigme d'efficacité, autorisant à composer avec les garanties formulées sous certaines réserves¹⁸¹⁷.

¹⁸¹² En ce sens, V. not., J.-P. JEAN, « De l'efficacité en droit pénal », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, op. cit., p. 135.

¹⁸¹³ CEDH, *Deweere c. Belgique*, préc. (§49).

¹⁸¹⁴ V. not., CEDH, 21 fév. 1984, *Oztürk c. Allemagne*, req. n°8544/79 (§56).

¹⁸¹⁵ CEDH, 29 avr. 2014, *Natsvlishvili et Togonidze c. Géorgie*, req. n°9043/05 (§§62 et s.), *JCP éd. G.* 26 mai 2014, 1067, obs. L. MILANO ; *Ibid.*, 14 juil. 2014, 1409, chron. F. SUDRE ; *RPDP* 2014, n°3, p. 691, chron. J.-F. RENUCCI ; *RTDH* 2015, p. 207, comm. M.-A. BEERNAERT ; *Journ. dr. inter. (Clunet)* 2015, p. 1211, obs. A. BREJON.

¹⁸¹⁶ J.-P. JEAN, « De l'efficacité en droit pénal », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, op. cit., p. 135.

¹⁸¹⁷ *Ibid.*

686. Si la Cour admet l'existence de telles procédures, elle en encadre la mise en œuvre. La problématique a déjà été précédemment esquissée. Comme elle l'a indiqué dans son arrêt *Deweere contre Belgique*, si « [é]lément du droit à un procès équitable, le 'droit à un tribunal' n'est pas plus absolu en matière pénale qu'en matière civile », et peut donc se prêter à certaines limitations, ce droit « revêt cependant une trop grande importance dans une société démocratique pour qu'une personne en perde [ipso facto] le bénéfice par cela seul qu'elle a souscrit un arrangement parajudiciaire » (§49). L'éviction de l'accès au juge implique donc « un contrôle particulièrement attentif » des conditions dans lesquelles elle est admise et, en particulier, de la contrainte exercée sur l'intéressé.

687. Cette dernière indication renferme le postulat sur lequel repose l'admissibilité de ces procédures allégées. Selon une formule devenue assez usuelle, le seul fait que ces procédures emportent l'affaiblissement voire l'éviction de certaines garanties procédurales « ne saurait en soi poser problème puisque ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 n'empêchent une personne de renoncer à [celles-ci] de son plein gré de manière expresse ou tacite »¹⁸¹⁸. La Cour s'intéresse donc moins à l'allègement ou à l'éviction de certaines garanties de l'article 6, et notamment du droit d'accéder à un juge, qu'à la renonciation de l'intéressé. Plusieurs arrêts européens renseignent sur la manière dont les juges européens déclinent les exigences conventionnelles, selon que la procédure implique une renonciation préalable de l'intéressé ou un acquiescement *a posteriori*.

688. Les procédures n'impliquant pas une renonciation préalable-. Lorsque le recours à une procédure allégée n'implique pas une renonciation préalable de l'intéressé – on pense, par exemple, à l'ordonnance pénale –, sa conformité aux standards conventionnels suppose qu'il puisse soumettre la décision rendue « à un tribunal offrant les garanties de l'article 6 » et bénéficier, ce faisant, des garanties procédurales que le « droit au juge » implique¹⁸¹⁹. En d'autres termes, la conventionnalité de ces procédures est soumise à la possibilité pour la personne concernée de s'y opposer en toute connaissance de cause¹⁸²⁰. Le fait que celle-ci n'use pas de cette possibilité manifeste un acquiescement implicite et, par là même, une renonciation à la première des garanties que l'article 6 protège : l'accès à un juge, compétent pour apprécier le bien-fondé de l'accusation portée contre elle.

¹⁸¹⁸ CEDH [G.C.], 17 sept. 2009, *Scoppola c. Italie* (n°2), req. n°10249/03 (§135) ; CEDH, *Natsvlishvili et Togonidze c. Géorgie*, préc. (§91).

¹⁸¹⁹ CEDH, *Oztürk c. Allemagne*, préc. (§56) ; V. déjà, CEDH, *Deweere c. Belgique*, préc. (§§48 et s.) ; V. ég., CEDH, 23 sept. 1998, *Malige c. France*, req. n°27812/95 (§§48 et s.).

¹⁸²⁰ CEDH, 6 oct. 2011, *Wagner c. Luxembourg*, req. n°43490/08 (§§30 et s.).

689. Les procédures impliquant une renonciation préalable -. Lorsqu’au contraire la procédure alléguée suppose l’accord préalable de l’intéressé et donc une renonciation *a priori* aux garanties qui lui sont normalement consenties (droits à une audience publique, de demander la production d’éléments de preuve ou d’obtenir la convocation des témoins¹⁸²¹, à un examen au fond de l’affaire¹⁸²²…), la Cour s’intéresse aux conditions dans lesquelles cet accord a été obtenu. Elle s’assure que sa renonciation a été « *établie de manière non équivoque et [...] entourée d’un minimum de garanties* », qu’elle « *ne se heurte [...] à aucun intérêt public important* »¹⁸²³. Cette renonciation doit être libre et éclairée, c’est-à-dire exprimée sans contrainte et en toute connaissance de cause.

690. A cet égard, la Cour a jugé, dans son arrêt *Deweer contre Belgique*, relatif à la compatibilité d’un règlement amiable initié par le parquet, que la seule pression inhérente à la crainte de devoir comparaître devant le juge pénal, de nature « *à inciter beaucoup d’accusés à se montrer accommodants* », ne suffisait pas à vicier le consentement requis au règlement extra-judiciaire de la procédure (§51). Elle a en revanche précisé que le consentement doit être considéré comme vicié chaque fois qu’il existe « *une ‘disproportion flagrante’ entre les deux termes de l’alternative offerte au requérant* » (§51), c’est-à-dire entre la sanction normalement encourue et celle à laquelle s’expose l’intéressé lorsqu’il accepte la proposition de l’autorité de poursuite¹⁸²⁴. Dans des arrêts plus récents, la Cour a cependant indiqué que le seul fait que le choix de l’accusé de renoncer à certaines garanties procédurales lui permette ou vise à obtenir un avantage sur le plan de la sanction¹⁸²⁵ ne suffit à considérer que sa renonciation a été viciée¹⁸²⁶.

691. L’arrêt *Natsvlshvili et Togonidze contre Géorgie* du 29 avril 2014 propose une radiographie plus fine des exigences qui président à la conventionnalité des procédures dites négociées. Les juges européens rappellent d’abord les avantages que présente ce

¹⁸²¹ CEDH [G.C.], *Scoppola c. Italie* (n°2), préc. (§134).

¹⁸²² CEDH, *Deweer c. Belgique*, préc. (§49) ; CEDH, *Natsvlshvili et Togonidze c. Géorgie*, préc. (§92).

¹⁸²³ CEDH, *Scoppola c. Italie* (n°2), préc. (§135) ; CEDH, *Natsvlshvili et Togonidze c. Géorgie*, préc. (§91).

¹⁸²⁴ En l’espèce, le requérant, boucher de profession, était poursuivi pour des infractions à la réglementation sur le prix de vente des viandes bovines et porcines. Il avait vu ordonner la fermeture provisoire de son commerce sur décision du parquet. Cette fermeture devait prendre fin soit le lendemain du versement d’une somme de 10.000 francs belges à titre de transaction, soit au plus tard le jour où il aurait été statué sur l’infraction. En l’espèce, il avait évité la fermeture effective de son magasin en payant le montant de l’amende transactionnelle proposée. Il dénonçait cependant une atteinte à son droit à un procès équitable, arguant qu’il n’avait renoncé aux garanties formulées par l’article 6 que sous la menace d’une fermeture provisoire de son établissement qui aurait représenté pour lui un préjudice important. Compte tenu de la disproportion flagrante qui existait entre les termes de l’alternative offerte au requérant, la Cour a considéré que la renonciation de celui-ci à son droit à un procès équitable était entachée de contrainte.

¹⁸²⁵ Ce qui est généralement le cas de telles procédures, V. not., CEDH, *Natsvlshvili et Togonidze c. Géorgie*, préc. (§90) (où la Cour dresse un panorama des procédures alléguées existantes au sein des Etats parties).

¹⁸²⁶ CEDH, *Natsvlshvili et Togonidze c. Géorgie*, préc. (§90) ; CEDH (déc.), 26 juin 2002, *Borghini c. Italie*, Req. n°54767/00, RTDH 2003, p. 964, obs. M.-A. BEERNAERT.

type de procédures, qui expliquent tant leur promotion au sein du Conseil de l'Europe (§§54 et s., et §91) que leur mise en œuvre dans une grande majorité des Etats membres de l'organisation (§§62 et s.). Ils précisent ensuite les conditions dans lesquelles elles sont acceptables au regard des garanties formulées par la Convention. La Cour indique qu'en application du principe classique concernant la validité de la renonciation d'une personne mise en cause à ses droits procéduraux (elle « *doit se trouver établie de manière non équivoque et être entourée d'un minimum de garanties à la mesure de sa gravité pour pouvoir être jugée effective aux fins de la Convention* »), l'acceptation du requérant à « *la transaction* »¹⁸²⁷ doit répondre aux conditions suivantes : « *a) elle [doit] être donnée de manière réellement volontaire et en parfaite connaissance des faits de la cause ainsi que des effets juridiques s'attachant à ce type de transaction, et b) le contenu de la transaction et l'équité de la procédure ayant mené à sa conclusion par les parties [doivent] faire l'objet d'un contrôle judiciaire suffisant* » (§92).

L'observation du respect de ces conditions dans l'espèce soumise à l'examen de la Cour est tout aussi riche d'enseignements. La Haute juridiction strasbourgeoise observe, en premier lieu, que l'accord procédural conclu avec le procureur géorgien a résulté d'une initiative du suspect, préalablement autorisé à consulter les pièces du dossier et assisté de ses avocats. Elle note, en second lieu, que l'intéressé a confirmé « *à plusieurs reprises, devant les autorités de poursuites et devant le juge, qu'il avait parfaitement compris le contenu de la transaction, [et] qu'il avait été informé de ses droits procéduraux et des effets juridiques de la transaction* ». Elle en déduit que l'accord a été conclu sans contrainte, ni fausses promesses (§93). Puis, la Cour s'attache au rôle dévolu au juge du siège chargé, conformément au droit géorgien, d'entériner l'accord. Elle relève que celui-ci était tenu, à l'occasion d'une audience publique, de rechercher si les accusations portées contre l'intéressé étaient bien fondées et étayées par un commencement de preuve (§95). Elle relève que le juge était habilité à rejeter l'accord proposé et à apprécier le bien-fondé de la peine envisagée qu'il pouvait, le cas échéant, réduire. Pour la Cour, la transaction soumise à son analyse a été conclue dans des conditions compatibles avec le droit à un procès équitable. Elle ajoute qu'aucun grief ne peut être formulé contre l'impossibilité en résultant pour le requérant d'exercer un recours contre la condamnation infligée en application de la transaction pénale conclue (*ibid.*), jugeant « *normal que le droit d'exercer un recours contre une condamnation fondée sur une transaction pénale emportant renonciation de l'accusé à obtenir un examen au fond de son affaire soit plus limité qu'en cas de condamnation prononcée à l'issue d'un procès pénal ordinaire* » (*ibid.*).

¹⁸²⁷ L'analyse de droit comparé à laquelle s'adonne la Cour européenne dans cet arrêt (§§62 et s.) dans laquelle elle vise notamment la CRPC française (§71) invite plutôt à voir ce terme comme un terme « générique » embrassant toutes les procédures dans lesquelles la personne mise en cause consent à la sanction proposée par l'autorité poursuivante.

692. Les enseignements susceptibles d'être tirés de ces indications -.

Certes, dans les hypothèses envisagées, la juridiction européenne ne tranche pas précisément la question de l'éviction du contrôle de la régularité de la procédure antérieure qui peut résulter, selon le droit français, du recours à une procédure simplifiée de nature plus consensuelle. Cependant, le visa de conventionnalité que la Cour donne, sous les réserves énoncées, à ces procédures évinçant le plein contrôle du juge voire éludant son intervention, invite plutôt à considérer que l'exclusion du contrôle de la régularité de la procédure antérieure n'est pas nécessairement contraire aux principes que la Convention formule. L'accord préalable de l'intéressé au recours à une procédure allégée de certaines formalités ou son acquiescement ultérieur à peine prononcée dans le cadre d'une procédure simplifiée, l'acceptation de la peine proposée voire son aveu paraissent induire une renonciation à exciper de l'irrégularité de la procédure antérieure.

693. La question de la conventionnalité du droit français appelle néanmoins plusieurs remarques.

D'abord, si dans son dernier état, la jurisprudence européenne ne fait plus explicitement cas du rapport de proportionnalité qui doit exister entre la peine proposée et la peine légalement encourue, la question ne paraît pas pour autant définitivement tranchée. En effet, dans les espèces dans lesquelles la Cour s'est prononcée en ce sens, soit la question de la proportionnalité entre les différents termes de l'alternative ne se posait pas¹⁸²⁸, soit la disproportion ne pouvait être considérée comme une pression exercée sur le requérant puisqu'il était lui-même à l'initiative de la transaction conclue¹⁸²⁹. Or, si l'existence d'une telle disproportion est certes envisagée par la Cour, ce n'est que parce qu'elle doit servir l'appréciation de la renonciation libre et éclairée de l'intéressé au bénéfice des garanties procédurales dont il doit normalement bénéficier. Il n'est donc pas exclu que les juges européens, s'ils étaient invités à apprécier la conventionnalité des procédures françaises, s'intéressent au rapport de proportionnalité entre la peine normalement encourue et celle à laquelle s'expose le prévenu en cas d'acceptation de la proposition et jugent, *in fine*, que la limitation conséquente de la sanction constitue une pression exercée sur ce dernier pour obtenir son acquiescement.

Ensuite, si lorsqu'elle s'intéresse au « *contrôle judiciaire suffisant* » dont doivent faire

¹⁸²⁸ Dans l'affaire *Borghì*, aucune disproportion flagrante n'était à relever puisque la renonciation de l'intéressé à un procès dans les formes ordinaires lui assurait une limitation de sa peine d'un quart (CEDH (déc.), *Borghì c. Italie*, préc.).

¹⁸²⁹ Dans l'affaire *Natsvlishvili et Togonidze*, l'on pouvait admettre l'existence d'une disproportion entre la peine proposée dans le cadre de la procédure transactionnelle (35 000 lari géorgiens, soit 14 700 euros) et la peine légalement encourue (douze années d'emprisonnement). Notons qu'au surplus, la personne mise en cause avait elle-même indiqué au procureur le montant qu'elle était disposée à verser (35 000 lari géorgiens), de telle sorte que la limitation de la peine pouvait d'autant moins être considérée comme une pression exercée sur l'intéressé par l'autorité poursuivante.

l'objet « *le contenu de la transaction et l'équité de la procédure ayant mené à sa conclusion* », la Cour ne s'attache pas précisément au contrôle de la régularité de la procédure antérieure, elle fait en revanche cas du pouvoir qui est attribué à l'autorité de contrôle de réduire la sanction proposée. Nous pourrions donc considérer que ce pouvoir du juge contribue à la conventionnalité de la procédure et mettre en cause, par conséquent, l'insuffisance des prérogatives du juge de l'homologation ou de la validation dans les procédures françaises¹⁸³⁰. Cette conclusion est encore incertaine cependant car si les pouvoirs reconnus au juge géorgien ont effectivement participé à la reconnaissance du caractère « suffisant » du « contrôle judiciaire » opéré dans l'espèce considérée, cela ne signifie pas *ipso facto* que ce contrôle serait jugé insuffisant en l'absence de tels pouvoirs.

Enfin, nous pourrions peut-être nous interroger, à la suite de l'arrêt du 22 février 2012¹⁸³¹ – dans lequel la chambre criminelle a exclu, sur le fondement de l'article 385 du CPP, que la personne jugée par le biais d'une CRPC puisse soulever en cause d'appel l'irrégularité de la procédure antérieure -, sur le caractère suffisant des informations communiquées au prévenu avant son acquiescement à une telle procédure. En effet, si l'éviction d'un contrôle ultérieur peut apparaître comme une implication logique d'un aveu ou de son consentement à la sanction ou à la peine proposée, l'exigence qu'il soit pleinement éclairé sur les conséquences de son acquiescement pourrait supposer davantage qu'il dispose de davantage d'informations sur ce point.

Il n'en reste pas moins vrai que s'il y a peut-être matière à discuter de la conventionnalité des procédures nationales allégées, la discussion concerne moins l'éviction du contrôle juridictionnel *a posteriori* de la régularité de la procédure antérieure que les règles applicables aux dites procédures.

694. Conclusion de la seconde section -. Parfois conçu comme une alternative à un contrôle *ab initio*, le contrôle *a posteriori* d'un juge apparaît, plus largement, comme un impératif du droit conventionnel. La solution contraire reviendrait à donner un poids trop important à un éventuel contrôle initial du juge, qui ne peut pleinement satisfaire à l'ensemble des exigences européennes de l'article 6. La conclusion suivant laquelle le caractère aléatoire de ce contrôle serait discutable au regard des droits européens doit toutefois être tempérée en considération de la « souplesse » des exigences européennes. D'une part, la Cour ne semble pas imposer que la personne concernée dispose, dans le cadre de la « procédure en cours », d'un recours à bref délai à l'encontre de l'acte qu'elle estime irrégulier mais paraît plutôt exiger qu'elle ne soit pas privée de tout accès à un juge pour former sa contestation et obtenir, en cas

¹⁸³⁰ V., *Supra*, n°495 et n°502.

¹⁸³¹ Cass. crim., 22 fév. 2012, n°11-82.786, préc.

d'irrégularité constatée, un redressement approprié. C'est donc à une analyse plus générale des voies de droit organisées par le droit interne qu'elle invite, laissant au législateur interne certaines marges de manœuvre. Il est donc délicat de déduire de la jurisprudence de la Cour européenne l'impératif d'une juridictionnalisation plus poussée de l'enquête. D'autre part, l'éviction du contrôle *a posteriori* selon les suites données à la procédure n'est pas nécessairement synonyme d'une méconnaissance des impératifs conventionnels. La Cour est évidemment soucieuse du respect des exigences de la Convention, et notamment de celles prévues par son article 6. Toutefois, il ressort de sa jurisprudence que le bénéfice de ces garanties est un droit pour l'intéressé, auquel il peut renoncer. En d'autres termes, si les Etats doivent lui assurer un accès à un juge lorsqu'il s'estime victime d'une violation de ses droits, cela ne signifie pas que toute procédure éludant la certitude d'un tel contrôle est *de facto* contraire aux impératifs conventionnels.

Conclusion du Chapitre Premier

695. Exception faite de certains arrêts récents et des interprétations encore incertaines auxquelles ils peuvent donner lieu, un exposé sommaire des exigences européennes portant sur les acteurs institutionnels de l'enquête permet de faire ressortir certaines craintes sur la pleine compatibilité du système interne avec les exigences européennes.

696. Une première interrogation concerne le procureur de la République dont le rôle et le statut font l'objet de discussions récurrentes, avivées par certains arrêts européens. L'évolution de la mise en état des affaires pénales, faisant aujourd'hui de l'enquête de police le cadre ordinaire des investigations, et corrélativement de l'information judiciaire la voie exceptionnelle, alimente en France un débat bien connu. Si le procureur se trouve régulièrement substitué au juge d'instruction, il ne présente pas les mêmes qualités que ce dernier et, en particulier, la même indépendance à l'égard du pouvoir exécutif. La jurisprudence conventionnelle a clairement pointé ce déficit. L'étude des arrêts européens conduit toutefois à y lire plutôt une interrogation d'ordre fonctionnel qu'une question d'ordre statutaire. C'est moins, en effet, à une évolution du statut des parquetiers français qu'à une réflexion sur le rôle qui peut être le leur dans la protection des libertés conventionnellement protégées qu'elle invite. L'appréciation de la conventionnalité du droit de l'enquête suppose donc de rechercher si l'intervention d'une autorité présentant l'ensemble des qualités exigées est assurée par les règles françaises lorsque le contrôle judiciaire s'impose selon les exigences européennes.

697. La mise en parallèle des règles françaises avec ces impératifs conduit à reconnaître la conventionnalité du droit applicable à l'enquête de police. Également forgé par les exigences constitutionnelles, le Code de procédure pénale impose, en effet, l'intervention d'un juge lorsque l'atteinte aux droits substantiels garantis est trop importante pour que l'on se satisfasse du seul contrôle du procureur de la République. Finalement, si l'intervention du JLD peut effectivement nourrir des interrogations au regard des impératifs européens, celles-ci concernent sans doute moins l'étendue de son office que l'effectivité de son contrôle qui reste encore sujette à caution malgré les améliorations récentes.

698. Parce qu'elle concerne plutôt le rôle qui peut être dévolu au procureur dans la protection des libertés garanties, une réponse salvatrice peut être recherchée dans la répartition des rôles entre le procureur et le JLD. La question de l'indépendance du procureur français n'est pas close pour autant. D'autres instruments ou communications invitent en effet à assurer à l'autorité d'investigation et de poursuite l'autonomie opérationnelle nécessaire à l'exercice de ses fonctions. Or, celle-ci ne peut se concevoir sans garanties statutaires idoines. Ainsi posée, la question ne peut trouver de réponse appropriée dans une redistribution des rôles entre les différents acteurs institutionnels de l'enquête puisque l'exigence concerne alors les fonctions qui caractérisent le ministère public. Ces instruments et communications ne laissent planer aucun doute sur ce point. Tous invitaient le législateur français à mener à terme les différents projets de réforme tendant à la consolidation des garanties statutaires des membres du parquet français.

699. Les interrogations à l'égard des membres du ministère public français concernent également son impartialité personnelle. Si en tant qu'autorité d'investigation et de poursuites, le procureur n'est pas astreint à l'exigence d'impartialité telle qu'elle est explicitement formulée par l'article 6§1 de la Convention européenne, les doutes sur son impartialité que peuvent inspirer certaines considérations personnelles – attitudes, déclarations, engagements privés, liens de famille, relations personnelles etc. – devraient être pris en considération sur le terrain du droit à un procès équitable. Certes, en application des obligations déontologiques le procureur est normalement astreint à se déporter dans de telles circonstances. Mais aucun autre mécanisme préventif ou curatif ne permet aujourd'hui de pallier un éventuel défaut de déport.

700. Enfin, la question du rôle dévolu au juge pouvait être posée. Indépendamment des interrogations relatives au contrôle judiciaire *a priori* et *in situ* par

une autorité présentant toutes les qualités requises, celle du contrôle *a posteriori* gagne en intensité à mesure que l'information judiciaire décline et que les modes de traitement simplifiés de la délinquance se multiplient, parce que ces mouvements rendent ce contrôle plus aléatoire. A nos yeux cependant, la jurisprudence européenne présente une certaine souplesse qui conduit, sous quelques réserves, à reconnaître la conventionnalité du droit en vigueur.

701. Si l'évolution de la mise en état des affaires pénales alimente certaines interrogations sur la place et le rôle de l'autorité judiciaire, elle pose surtout la question de la régression des droits de la défense, qu'il nous faut donc désormais confronter aux droits européens.

Chapitre Second.

La situation du suspect

702. L'insuffisance des droits de la défense du « simple » suspect dans l'enquête est devenue, à mesure de la mutation de la mise en état des affaires pénales, une question récurrente. Peu de réformes s'opèrent aujourd'hui sans que la faiblesse des droits reconnus au suspect ne soit à nouveau soulignée et discutée.

703. La cristallisation des discussions sur le droit d'accès au dossier dans l'enquête -. Les discussions se sont cristallisées sur droit d'accès au dossier intégral de la procédure qui présente, il est vrai, des particularités évidentes. S'il est déjà l'une des principales divergences entre les droits offerts au suspect et ceux de la personne mise en examen ou du témoin assisté, il est surtout un élément crucial de la défense et le support indispensable d'autres facilités nécessaires à la défense (droit de solliciter des investigations complémentaires, droit de contester la régularité des mesures réalisées...). La cristallisation des discussions sur ce droit s'explique aussi par l'intérêt particulier des droits européens pour cette question.

704. Régulièrement en effet, la fragilité de ce droit, notamment lorsque le suspect est privé de liberté, est perçue comme le principal foyer de résistance du législateur français aux exigences européennes¹⁸³². Monsieur le Professeur Vergès explique, par

¹⁸³² V. not., J. ALIX, « La (lente) réception en France des acquis de l'Union européenne en matière de droits de la défense », pp. 11 et s. ; V. ég., E. VERGES, « Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale », préc.

exemple, dans son commentaire de la loi du 27 mai 2014, qu'en ne modifiant pas la liste des pièces consultables par le suspect gardé à vue, le législateur a fait le choix d'une « stratégie d'attente », relevant d'ailleurs que le garde des Sceaux avait lui-même jugé qu'une évolution était devenue inéluctable¹⁸³³. D'autres auteurs s'interrogent sur les défaillances de la transposition de l'article 7§1 de la directive de l'Union relative au droit à l'information, imposant aux Etats de veiller à ce que « *les documents relatifs [...] détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention soient mis à la disposition de la personne [...] arrêtée et détenue à n'importe quel stade de la procédure pénale* »¹⁸³⁴. D'autres encore pointent les carences du droit français en estimant, à la lumière des arrêts *Svipsta, Salduz* ou *Sapan*, que la législation française méconnaît les standards développés par la Cour européenne et qu'une nouvelle condamnation de la France devient, par conséquent, inévitable¹⁸³⁵.

705. Le législateur a, lui, considéré, via les lois du 27 mai 2014 et du 3 juin 2016, que l'accès à l'ensemble des pièces n'était pas un impératif européen au cours de l'enquête y compris durant les auditions de la personne suspecte, que celle-ci soit libre ou détenue. Madame Untermaier, rapporteuse de la loi du 27 mai 2014 devant l'Assemblée nationale, a ainsi estimé que le droit du suspect de ne prendre connaissance que de certaines pièces constituait une transposition certes « *a minima* » mais néanmoins fidèle « des objectifs de la directive 2013/48/UE »¹⁸³⁶. Monsieur Mercier a pour sa part expliqué, lors des travaux préparatoires à la loi du 3 juin 2016, que les droits européens n'imposaient pas de reconnaître au suspect le droit de consulter l'intégralité des pièces du dossier durant la phase d'enquête. Il a ainsi justifié que les améliorations proposées par le projet de loi soient abaissées¹⁸³⁷.

706. Ces interprétations plurielles des droits européens invitent nécessairement à s'interroger sur leurs exigences. La retenue dont a, jusqu'alors, fait preuve le législateur est-elle le signe de sa résistance à l'eupéanisation de la matière ou simplement

¹⁸³³ E. VERGES, « Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale », préc.

¹⁸³⁴ J. ALIX, « La (lente) réception en France des acquis de l'Union européenne en matière de droits de la défense », préc. ; G. TAUPIAC-NOUVEL et A. BOTTON, « La réforme du droit à l'information en procédure pénale », préc., spéc. n°16.

¹⁸³⁵ E. DAUD et S. AKKORI, « Plaidoyer pour l'accès au complet dossier en cours de garde à vue. Quand la Chancellerie fait mine d'ignorer les standards de procédure européens », *Lamy Droit pénal des affaires*, avr. 2014, chron. p. 1.

¹⁸³⁶ Rapport n°1895 sur le projet de loi portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 avril 2014, présenté par Mme C. UNTERMAIER, p. 22.

¹⁸³⁷ Amendement COM-110, 21 mars 2016, présenté par M. MERCIER ; Rapport n°491 sur le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, t. I, Enregistré à la Présidence du Sénat le 23 mars 2016, présenté par M. MERCIER, spéc. p. 207.

l'exploitation de la marge de manœuvre que lui octroient les droits européens ? La réponse à cette interrogation est plus mesurée que celle qui est classiquement apportée par le législateur mais également moins tranchée que celle que lui donnent les observateurs cités.

707. La Cour européenne et l'Union se sont, il est vrai, récemment attachées au droit du suspect de prendre connaissance des éléments du dossier de la procédure, faisant naître autant d'interrogations sur la conformité du droit français avec les exigences progressivement égrainées.

Dans son dernier état, la jurisprudence européenne ne semble toutefois pas faire du droit de consulter l'entier dossier de la procédure durant l'enquête un impératif général et abstrait, dérivant du droit à un procès équitable. En revanche, l'équilibre auquel la Cour s'attache sur le fondement de l'article 6 de la Convention pose question lorsque l'enquête ne débouche pas sur l'ouverture d'une information judiciaire et une mise en examen, génératrice de droits procéduraux plus étendus. En parallèle, si un droit accru à l'information ressort effectivement de la jurisprudence relative à l'article 5§4 de la Convention, il convient cependant, en premier lieu, de s'interroger sur l'applicabilité de cette exigence lors de privations de liberté de courte durée, à l'image d'une garde à vue « à la française ».

La directive européenne relative au droit à l'information évoque également ces deux pans du droit du suspect ou de la personne poursuivie. L'article 7 (§§2 et 3) envisage le droit d'accéder au dossier de la procédure par toute personne mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale, exigeant qu'il y soit satisfait « *au plus tard lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation* ». La question de l'affermissement des droits des personnes impliquées durant l'enquête peut toutefois se poser au regard du paragraphe 1^{er} du même article qui impose, lui, d'assurer à toute personne impliquée dans la procédure, lorsqu'elle est arrêtée et détenue, l'accès à l'ensemble des « *documents relatifs à l'affaire [...] essentiels pour contester de manière effective [...] la légalité de l'arrestation ou de la détention* ». Cette disposition, qui paraît à première vue un fondement plus solide en faveur de la consolidation du droit à l'information du suspect retenu durant l'enquête doit néanmoins se lire, comme l'ensemble des dispositions des directives européennes, à la lumière des exigences conventionnelles dont elle s'inspire.

Les obligations nées de la directive européenne devant être envisagées à l'aune des exigences de la Convention sur lesquelles elles s'appuient, il paraît plus pertinent d'envisager ensemble les impératifs fixés par les droits européens, en distinguant les différentes hypothèses qui en ressortent. L'examen de la situation de la personne mise en cause privée de liberté (Section Première) sera donc suivi de celle de tout suspect,

indépendamment de sa condition de personne détenue (Section Seconde).

Section Première. La situation du suspect privé de liberté

708. La question de l'affermissement du droit à l'information du suspect privé de liberté s'est clairement posée au lendemain de la loi du 27 mai 2014 qui, transposant la directive relative au droit à l'information, n'a pas modifié la liste des pièces consultables par le suspect ou son avocat au cours d'une garde à vue, c'est-à-dire le procès-verbal de notification du placement en garde à vue, le certificat médical et les procès-verbaux des auditions (C.P.P., article 63-4-1).

709. Commentant les dispositions de la loi nouvelle, Madame Taupiac-Nouvel et Monsieur le Professeur Botton, notamment¹⁸³⁸, se sont interrogés sur la satisfaction des obligations européennes, relevant qu'à la différence de l'article 7§2 de la directive (relatif à l'accès au dossier de la procédure indépendamment de toute privation de liberté) qui offre certaines marges de manœuvre, l'article 7§1 ne souffre d'« aucune tolérance ni exception » autres que celles tenant à la condition de la personne concernée ou au caractère « essentiel » des documents qui doivent être communiqués¹⁸³⁹. Le texte prévoit que « *[L]orsqu'une personne est arrêtée et détenue à n'importe quel stade de la procédure pénale, les États membres veillent à ce que les documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention soient mis à [s]a disposition ou [à la disposition] de son avocat* ». Ils concluaient que la législation française était donc fragile. En effet, puisque « la contestation d'un placement en garde à vue [peut] souvent [prendre] la forme d'une remise en cause de l'existence d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que [la personne] a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement »¹⁸⁴⁰, le suspect ou son avocat devraient avoir accès aux éléments leur permettant de contester l'existence de ces « raisons plausibles

¹⁸³⁸ V. ég., Avocats Conseils d'Entreprise, Annexe au Rapport sur la procédure pénale, Annexe 10, spéc. p. 2 (qui estime qu'il ressort de l'article 7 de la directive, qu'une personne placée en garde à vue est une personne « arrêtée » et que le gardé à vue doit en conséquence pouvoir faire « contrôler la légalité de son arrestation. Aussi, le gardé à vue ou son avocat devraient-ils être mis en mesure de consulter tous les actes de la procédure ayant conduit à l'arrestation, c'est-à-dire : le procès-verbal d'interpellation, ainsi que tous les actes étant le support nécessaire de l'interpellation (la plainte de la victime, les dépositions des témoins et autres éléments de preuves – saisies, écoutes – récoltés par les officiers de police judiciaire avant le placement en garde à vue) ».

¹⁸³⁹ G. TAUPIAC-NOUVEL et A. BOTTON, « La réforme du droit à l'information en procédure pénale », préc., spéc. n°16.

¹⁸⁴⁰ *Ibid.*

de soupçonner »¹⁸⁴¹. Celle(s)-ci pouvant procéder des procès-verbaux d'audition de victimes ou de témoins, ils devraient donc avoir accès à ces derniers¹⁸⁴².

710. Cette interprétation de l'article 7§1 prête toutefois à discussion. Les précisions apportées par cette disposition ainsi que l'exposé des motifs de la directive invitent à considérer que les exigences formulées ne sont pas sans nuances (§1^{er}). La retenue paraît d'autant plus s'imposer que l'exposé des motifs, faisant explicitement référence à l'article 5§4 de la Convention européenne, encourage à interpréter cet article à l'aune de cette disposition et de la jurisprudence de la Cour s'y rapportant. Or, à l'analyse, il semble délicat de considérer que les exigences européennes puissent s'interpréter comme imposant l'enrichissement des pièces consultables par le suspect – ou son avocat – au cours d'une garde à vue telle qu'elle est réglementée en droit français (§2^d).

§1^{er} - Les restrictions contenues dans la directive de l'Union

711. Les précisions apportées par l'exposé des motifs -. L'article 7§1 de la directive ne contient, il est vrai, aucune tolérance ni exception comparable à celle que prévoit l'article 7§2, ce qui invite à concevoir l'accès à certains documents par les personnes « *arrêtées et détenues* » de la manière la plus générale qui soit. Alors que l'article 7§2 de la directive, lu à la lumière de l'article 7§3, ménage aux Etats membres une marge de manœuvre (« *Sans préjudice du paragraphe 1, l'accès aux pièces visé au paragraphe 2 est accordé en temps utile pour permettre l'exercice effectif des droits de la défense et, au plus tard, lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation*¹⁸⁴³ »), l'article 7§1 ne semble, en effet, n'en accorder aucune : toute personne privée de sa liberté « *quel que soit le stade de la procédure* », devrait avoir accès à l'ensemble des « *documents relatifs à l'affaire en question [...] essentiels pour contester de manière effective [...] la légalité de [son] arrestation ou de [sa] détention* » c'est-à-dire, selon l'exposé des motifs, aux « *documents* » au sens strict mais aussi aux éventuels « *photographies et enregistrements vidéo et audio* » (consid. 30).

712. La finalité du droit à l'accès à certains documents telle qu'envisagée par l'article 7§1 appelle à une certaine réserve. Aux termes de cette disposition en effet, l'accès à ces « *éléments essentiels* » s'impose pour permettre à l'intéressé de « *contester de*

¹⁸⁴¹ *Ibid.*

¹⁸⁴² *Ibid.*

¹⁸⁴³ Nous soulignons.

manière effective conformément au droit national la légalité de [son] arrestation ou de [sa] détention ». Cette finalité est d'ailleurs confirmée par le considérant 30 de l'exposé des motifs qui précise que ce droit doit être accordé « *au plus tard avant*¹⁸⁴⁴ *qu'une autorité judiciaire compétente ne soit appelée à statuer sur la légalité de l'arrestation ou de la détention conformément à l'article 5, paragraphe 4, et en temps utile pour permettre l'exercice effectif du droit de contester la légalité de l'arrestation* ». Cette dernière précision vient, par-là même, nuancer l'idée suivant laquelle l'article 7§1 de la directive ne contient aucune nuance, ce que la disposition elle-même ne dément pas. Si elle mentionne effectivement à n'importe « *quel [...] stade de la procédure* », ces termes ne renvoient pas à l'accès aux documents mais au stade de la procédure au cours duquel la personne est arrêtée et détenue.

713. Or, la finalité de l'accès aux documents envisagée par l'article 7§1 suscite nécessairement des interrogations dès lors qu'il renvoie aux droits nationaux, comme de nombreuses dispositions des directives d'ailleurs. En effet, en l'état actuel du droit français, le seul moyen dont dispose la personne qui a fait l'objet d'une garde à vue de contester « *de manière effective* » la régularité de celle-ci est d'exciper de sa nullité. Le droit « *de présenter des observations au procureur de la République, ou le cas échéant, au juge des libertés et de la détention [...] tendant à ce qu'il soit mis fin à la mesure* » en application de l'article 63-1 du CPP, s'il peut constituer l'amorce d'un débat contradictoire¹⁸⁴⁵, ne peut, à nos yeux, être analysé comme un moyen de « *contester de manière effective [...] la légalité de [l']arrestation ou de [la] détention* ». D'une part, ce nouveau droit porte davantage sur la nécessité d'un maintien en garde à vue, ce qui ne signifie pas nécessairement que les premières heures de privation de liberté soient irrégulières. D'autre part, ces dispositions n'imposent finalement pas grand-chose au magistrat, ce qui paraît contradictoire avec l'idée d'une voie de droit permettant de contester effectivement la légalité de la mesure¹⁸⁴⁶. Or, dès lors que l'on convient, d'une part, que le seul moyen dont dispose l'intéressé de soumettre effectivement une telle contestation est d'exciper de la nullité de la mesure et que l'on admet, d'autre part, que l'article 7§1 de la directive n'a pas pour ambition

¹⁸⁴⁴ Nous soulignons.

¹⁸⁴⁵ A. BOTTON, « Le rôle du Conseil constitutionnel dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale », préc. p. 55, spéc., pp. 65-66 ; V. ég., Y. CAPDEPON, « Quelle place pour le suspect ? », préc., p. 112 (qui, s'il considère que cette évolution n'est pas sans intérêt, estime cependant que les améliorations de la loi du 27 mai 2014 sont insuffisantes notamment parce qu'elles en prévoient pas la présence de l'avocat lors de la présentation de l'intéressé au juge) ; G. TAUPIAC-NOUVEL et A. BOTTON, « La réforme du droit à l'information en procédure pénale », préc., spéc., n°14 ; J.-C. SAINT-PAU, « Les droits des personnes suspectées dans la réforme de la procédure pénale », in J.-C. SAINT-PAU (sous la dir.), *De quelques aspects de l'enquête en droit étrangers et comparés, Acteurs – Droits du suspect*, Travaux de l'Institut de Sciences criminelles et de la Justice de Bordeaux, Ed. Cujas, Paris, 2015, p. 147, spéc. p. 152.

¹⁸⁴⁶ A nos yeux, le dispositif créé par la loi du 27 mai 2014 a un intérêt moindre que ce qui peut paraître au premier abord. Puisque rien n'interdisait à la personne présentée au procureur ou au JLD de lui faire connaître ses observations lors de sa présentation devant lui, ni à ce dernier de décider d'une remise en liberté au regard de ces observations, l'apport de ces nouvelles dispositions paraît en réalité résider dans le fait de permettre à la personne gardée à vue qui n'est pas présentée au magistrat avant la prolongation de la mesure de lui faire connaître par écrit ses observations.

d'imposer aux législateurs de créer une nouvelle voie de droit – mais simplement d'assurer la communication des documents indispensables à une telle contestation-, on doit consécutivement reconnaître que cette disposition n'imposait pas d'enrichir la liste des éléments consultables par le suspect gardé à vue puisqu'elle ne peut, dans ces circonstances, le viser directement. Or, lorsque l'intéressé est mis en mesure de contester effectivement la légalité de sa garde à vue par une requête en annulation, il dispose nécessairement de l'entier dossier de la procédure par application des dispositions du Code de procédure pénale. Le droit français serait donc respectueux des obligations de l'Union.

714. La lecture de ces dispositions par la chambre criminelle -. Dans son arrêt du 4 octobre 2016¹⁸⁴⁷, la chambre criminelle s'est livrée à une autre lecture de l'article 7§1 de la directive¹⁸⁴⁸, concluant toutefois à la parfaite transposition de ses dispositions par le législateur.

A la suite d'une plainte d'un particulier pour escroquerie, le procureur avait fait diligenter une enquête préliminaire, dont l'objet devait ultérieurement être étendu à des faits d'une plus grande ampleur dénoncés par la DGCCRF. Au cours de l'enquête, l'une des personnes suspectées (M. X.) avait été placée en garde à vue et s'était vue notifier les infractions auxquelles elle était soupçonnée d'avoir participé. Une information judiciaire avait ensuite été ouverte. Placé sous le statut de témoin assisté, Monsieur X. avait excipé de l'irrégularité de sa garde à vue. La chambre de l'instruction ayant rejeté sa demande, il avait formé un pourvoi arguant notamment de la contrariété de l'article 63-4-1 du CPP avec les exigences formulées par l'article 7§1. Il soutenait qu'en affirmant que l'absence d'accès au dossier était conforme aux prescriptions légales applicables, la chambre de l'instruction avait laissé sans sanction une atteinte disproportionnée à l'exercice des droits de la défense et une méconnaissance de l'article 7 de la directive.

Les juges du second degré avaient en effet admis que « *les dispositions de l'article 63-4-1 du code de procédure pénale constitu[ai]ent une transposition complète de l'article 7, § 1, de la directive, [celui-ci introduisant] le droit pour le gardé à vue et son avocat de contrôler [...] la légalité de la mesure de garde à vue, [entendu] comme un contrôle sur le motif [de celle-ci] qui doit être la suspicion d'une infraction criminelle ou délictuelle punie d'une peine d'emprisonnement, sur le déroulement régulier de la mesure avec notamment la notification de tous les droits et la vérification de leur mise en œuvre effective et sur la compatibilité de la mesure avec l'état de santé du gardé à vue* ». Pour la chambre

¹⁸⁴⁷ Cass. crim., 4 oct. 2016, n°16-82.309, à paraître au *Bulletin*, préc., *Dalloz actualité*, 13 oct. 2016, obs. S. FUCINI ; *AJ pén.* 2017, p. 42, obs. S. LAVRIC ; *D.* 2017, chron. p. 245, note G. GUEHO.

¹⁸⁴⁸

de l'instruction, revendiquer, comme l'y invitait le requérant, l'accès à « *tous les actes ayant conduit à [l']arrestation* », y compris la plainte de la victime, les dépositions des témoins et autres éléments de preuves, revenait à « *mélanger [...] le droit au contrôle de la légalité de la garde à vue tiré du paragraphe 1 et le droit pour tout suspect ou personne poursuivie de se défendre au fond qui est garanti et organisé par les paragraphes 2 et suivants* ».

La chambre criminelle a entériné cette interprétation, jugeant qu'en « *en se déterminant ainsi, et dès lors que [...] l'article 7, § 1, de la directive du 22 mai 2012 [...] n'exige, à tous les stades de la procédure, qu'un accès aux documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective la légalité de l'arrestation ou de la détention, la chambre de l'instruction a justifié sa décision sans méconnaître les dispositions [...] du droit de l'Union invoquées* ».

715. La solution était prévisible, car cohérente avec sa jurisprudence relative à la conventionnalité de cette disposition¹⁸⁴⁹. A plusieurs reprises, la chambre criminelle a en effet estimé que l'article 63-4-1 du CPP en vigueur n'était pas contraire à l'article 6§3 de la Convention, en ce qu'il énumère limitativement les pièces que l'avocat de la personne gardée à vue est en droit de consulter puisque « *l'absence de communication de l'ensemble du dossier, à ce stade de la procédure, ne prive pas d'un droit effectif et concret à un procès équitable la personne concernée, dont l'accès à l'intégralité des pièces est garanti devant les juridictions d'instruction et de jugement* »¹⁸⁵⁰. En se prononçant comme elle le fait, la Cour assure finalement l'harmonie de sa jurisprudence malgré la pluralité des exigences européennes qui s'imposent désormais¹⁸⁵¹.

716. Le raisonnement suivi n'en soulève pas moins quelques questions. Comme y invitait l'article 7 de la directive, les juges du fond avaient à juste titre distingué les différents impératifs formulés par l'instrument européen : d'une part, le droit à l'information de « *la personne arrêtée et détenue à n'importe quel stade de la procédure* » nécessaire à la contestation de la légalité de sa privation de liberté (article 7§1) ; d'autre part, celui de toute personne mise en cause de bénéficier de l'accès aux documents indispensables pour « *garantir le caractère équitable de la procédure et [la préparation de la défense]* » qui s'impose, en application du paragraphe 3, « *en temps utile pour permettre l'exercice effectif des droits de la*

¹⁸⁴⁹ La question de la conventionnalité de ces dispositions était d'ailleurs à nouveau posée par le requérant dans l'arrêt rapporté.

¹⁸⁵⁰ Cass. crim. 11 juill. 2012, *Bull.* n° 167, préc. ; Cass. crim. 19 sept. 2012, *Bull. crim.* n°194, préc. ; Cass. crim. 18 déc. 2012, *Bull. crim.* n° 281 ; Cass. crim. 9 avr. 2015, n°14-87.660, préc.

¹⁸⁵¹ Sa position assure également l'harmonie entre les standards constitutionnels et les impératifs européens, le Conseil constitutionnel considérant que « *compte tenu des délais dans lesquels la garde à vue est encadrée, les dispositions de l'article 63-4-1 qui limitent l'accès de l'avocat aux seules pièces relatives à la procédure de garde à vue et aux auditions antérieures de la personne gardée à vue assurent, entre le respect des droits de la défense et l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée* » et, ce faisant, jugé que « *l'article 63-4-1 n'est contraire à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit* » (Cons. Const., Déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 nov. 2011, préc. (consid. 29)).

défense et, au plus tard, lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusé ».

En validant ce raisonnement, la chambre criminelle reconnaît donc l'applicabilité de l'article 7§1 de la directive à la garde à vue ce qui induit, nous semble-t-il, un double *hiatus*. D'abord, elle ne peut, dans ce cas, considérer que l'accès aux quelques documents mentionnés à l'article 63-4-1 du CPP est suffisant. Ce sont bien, alors, tous « *les documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes [et] qui sont essentiels pour contester [...] la légalité de l'arrestation ou de la détention* » qui doivent être mis à la disposition de la personne concernée ou de son avocat. Ensuite et surtout, cette solution revient à reconnaître le bénéfice d'un droit dont la finalité est de permettre une contestation effective de la légalité de la mesure à un stade de la procédure où l'intéressé ne peut la discuter effectivement.

717. Pour autant, si la manière par laquelle la Cour parvient à cette solution nous paraît discutable, la conclusion à laquelle elle parvient – la reconnaissance de la compatibilité du droit interne aux exigences de la directive – n'est pas, à nos yeux, contestable. En effet, la première question à se poser était sans doute celle de savoir si l'article 7§1 mettait effectivement à la charge du législateur de nouvelles obligations au stade de la garde à vue. Or, sur ce point, l'origine du texte, qui éclaire les exigences en découlant, confirme l'interprétation suivant laquelle cette disposition ne vise pas la garde à vue telle qu'elle est réglementée par le droit français.

§2^d- *L'éclairage proposé par la Cour européenne des droits de l'Homme*

718. Aux termes du considérant 30 de l'exposé des motifs de la directive relative au droit à l'information, l'accès aux éléments nécessaires pour contester, conformément au droit interne, la légalité de l'arrestation et de la détention doit être assuré « *au plus tard avant qu'une autorité judiciaire compétente ne soit appelée à statuer sur la légalité de l'arrestation ou de la détention conformément à l'article 5, paragraphe 4, de la CEDH* ». Cette référence à la Convention européenne des droits de l'homme invite logiquement à s'intéresser aux exigences fixées par celle-ci, telle qu'elle est interprétée par la Cour de Strasbourg. Le considérant 42 confirme d'ailleurs cette clé de lecture en précisant que « *[L]es dispositions de la présente directive qui correspondent à des droits garantis par la CEDH devraient être interprétées et mises en œuvre de manière cohérente avec ces droits, tels qu'ils sont interprétés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* ». En d'autres termes, l'article 7§1 de la directive

n'est autre qu'une transcription des exigences conventionnelles, auxquelles le législateur européen a entendu donner davantage d'effectivité en contraignant les autorités internes à s'assurer systématiquement de leur respect, sous le contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne.

719. Les contours de cette garantie dans la jurisprudence européenne -. Tel que la Cour européenne l'interprète, l'article 5§4 de la Convention oblige les Etats parties à garantir à toute personne privée de sa liberté par arrestation ou par détention, quel qu'en soit le motif, la possibilité d'introduire « *avec un degré suffisant de certitude* »¹⁸⁵² et à des intervalles réguliers, un recours devant un tribunal afin qu'il statue, à bref délai, sur la régularité de sa détention et, le cas échéant, ordonne sa libération. Ce droit au recours constitue une *lex specialis* par rapport au droit d'accéder à un tribunal ou « *une instance nationale* », prévu par les articles 6§1¹⁸⁵³ et 13 de la Convention¹⁸⁵⁴ lorsque la personne est encore détenue, l'article 13 de la Convention prenant en quelque sorte le relais lorsqu'elle est libérée.

720. Au fil de leurs arrêts, les juges européens ont précisé les exigences qui découlent de cette disposition. Ils ont ainsi indiqué que si le recours ménagé par les droits nationaux ne devait pas nécessairement présenter l'ensemble des garanties imposées par l'article 6§1 de la Convention¹⁸⁵⁵, il devait néanmoins revêtir un caractère juridictionnel et « *respecter, autant que possible, les exigences fondamentales du procès équitable* »¹⁸⁵⁶. Ils ont jugé que lorsqu'une détention est décidée à l'encontre d'une personne soupçonnée d'une infraction, le recours dont elle dispose devait être porté devant une instance présentant les qualités d'indépendance et d'impartialité requises d'un « *tribunal* » au sens de l'article 6§1¹⁸⁵⁷. Cette instance doit être compétente pour apprécier la légalité de la mesure et ordonner la remise en liberté de l'intéressé, à la suite d'une audience contradictoire¹⁸⁵⁸, assurant la représentation de l'intéressé par un défenseur¹⁸⁵⁹ et garantissant l'égalité des armes entre les parties¹⁸⁶⁰. C'est à partir de

¹⁸⁵² V. not., CEDH, 26 nov. 1997, *Sakik et autres c. Turquie*, Req. n° 23878/94, 23879/94, 23880/94, 23881/94, 23882/94 et 23883/94 (§53).

¹⁸⁵³ CEDH, 10 janv. 2013, *Claes c. Belgique*, Req. n°43418/09 (§123).

¹⁸⁵⁴ CEDH, [G.C.], 15 nov. 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, Req. n°22414/93 (§126) ; CEDH, [G.C.], 19 fév. 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, Req. n°3455/05 (§202).

¹⁸⁵⁵ CEDH, 15 nov. 2005, *Reinprecht c. Autriche*, Req. n°67175/01 (§39).

¹⁸⁵⁶ CEDH, 13 fév. 2001, *Lietzow c. Allemagne*, Req. n°24479/94 (§44) ; CEDH, 13 fév. 2001, *Schiöps c. Allemagne*, Req. n° 25116/94 (§44).

¹⁸⁵⁷ V. not., CEDH, 5 oct. 2000, *Varbanov c. Bulgarie*, Req. n°31365/96 (§60) ; CEDH, 21 déc. 2000, *Vodencarov c. Slovaquie*, Req. n° 24530/94 (§§30 et s.).

¹⁸⁵⁸ V. not., CEDH, 13 juil. 1995, *Kampanis c. Grèce*, Req. n°17977/91 (§47) ; CEDH, 28 oct. 1998, *Assenov et autres c. Bulgarie*, Req. n° 24760/94 (§162) ; CEDH, [G.C.], 25 mars 1999, *Nikolova c. Bulgarie*, Req. n° 31195/96 (§58).

¹⁸⁵⁹ V. not., CEDH, 21 fév. 1996, *Husain c. Royaume-Uni*, Req. n° 21928/93 (§60).

¹⁸⁶⁰ V. not., CEDH, *Schiesser c. Suisse*, préc. (§§30-31) ; CEDH, [G.C.], *Nikolova c. Bulgarie*, préc. (§58).

cette exigence d'égalité des armes, qui doit régir les rapports entre l'accusation et la défense dans la jurisprudence conventionnelle, que la Cour a dégagé l'obligation pour les autorités nationales d'assurer à la personne détenue le droit de consulter les pièces du dossier lui permettant de réfuter utilement les arguments sur lesquels se fonde l'accusation pour requérir son placement en détention ou la prolongation de celle-ci¹⁸⁶¹. Plus précisément, la Cour a jugé, dans ses arrêts *Svipsta contre Lettonie*, *Mooren contre Allemagne* ou encore *Emilian-George Igna contre Roumanie*, rendus sur le fondement de l'article 5§4 – et non de l'article 5§3 – que si « *la nécessité d'une conduite efficace des enquêtes pénales [...] peut [certes] impliquer qu'une partie des informations recueillies durant ces investigations doivent être gardées secrètes afin d'empêcher les accusés d'altérer des preuves et de nuire à la bonne administration de la justice [...] ce but légitime ne saurait [toutefois] être poursuivi au prix de restrictions importantes apportées aux droits de la défense. [...] En conséquence, des informations essentielles pour apprécier la légalité de la détention d'une personne doivent toujours être mises à la disposition de son avocat d'une manière adaptée à la situation* »¹⁸⁶². Cette garantie est donc méconnue lorsque l'avocat d'une personne placée en détention provisoire du chef de meurtre n'a pu accéder, malgré de multiples demandes, au dossier de l'instruction avant l'audience relative à sa remise en liberté¹⁸⁶³. De même, cette disposition est méconnue lorsque l'avocat de l'intéressé n'a pu obtenir qu'un récapitulatif de quelques pages sur le contenu du dossier¹⁸⁶⁴ ou ne consulter que la retranscription des communications interceptées durant l'enquête¹⁸⁶⁵.

721. L'article 5§4 est donc le support particulier du droit de consulter le dossier de la procédure dans une autre finalité. Il n'est pas ici question de la préparation de la défense à proprement parler (article 6) mais de la contestation de la régularité d'une mesure privative de liberté. Cette distinction est précisément reprise par l'article 7 de la directive précitée.

Dans ces circonstances, toute la question est de savoir si les exigences de l'article 5§4 de la Convention européenne, et par conséquent le droit d'accéder « *aux informations essentielles pour apprécier la légalité de la détention* », s'imposent dans le cadre des privations de liberté de quelques jours.

722. L'applicabilité de cette garantie au cours des mesures privatives de liberté de « courte » durée -. La question tient moins à la nature de la mesure (une

¹⁸⁶¹ V. not., CEDH, *Lietzow c. Allemagne*, préc. (§47).

¹⁸⁶² CEDH, 9 mars 2006, *Svipsta c. Lettonie*, Req. n°66820/01 (§137) ; CEDH, [G.C.], 9 juil. 2009, *Mooren c. Allemagne*, Req. n° 11364/03 (§124) ; CEDH, 26 nov. 2013, *Emilian-George Igna c. Roumanie*, Req. n°21249/05 (§33).

¹⁸⁶³ CEDH, *Svipsta c. Lettonie*, préc.

¹⁸⁶⁴ CEDH, [G.C.], *Mooren c. Allemagne*, préc. ; V. ég., CEDH, 13 fév. 2001, *Schöps c. Allemagne*, Req. n°25116/94 (§§44 et s., à propos du contrôle juridictionnel d'un maintien en détention provisoire).

¹⁸⁶⁵ CEDH, *Emilian-Georges Igna c. Roumanie*, préc.

mesure privative de liberté avant jugement), qu'à la durée de la privation de liberté, compte tenu de la pluralité des garanties prévue par l'article 5. Aux termes de l'article 5§4 de la Convention en effet, « toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention », quel que soit donc le motif de la détention, doit avoir « le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa liberté si la détention est illégale ». Ce droit s'ajoute à la garantie judiciaire prévue à l'article 5§3, spécifiquement applicable aux mesures privatives de libertés décidées en raison de la suspicion de la commission d'une infraction, conformément à l'article 5§1 c) : « [t]oute personne arrêtée ou détenue [pour cette raison], doit être aussitôt traduite devant un juge ou un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure ». Le premier volet de cette disposition vise « les premières heures après une arrestation, moment où une personne se retrouve aux mains des autorités », à l'image de la garde à vue, le second « la période avant le procès éventuel devant une juridiction pénale, pendant laquelle le suspect peut être détenu ou libéré, avec ou sans condition »¹⁸⁶⁶ soit, la détention provisoire¹⁸⁶⁷. Cette pluralité d'exigences tendant au même objectif – prévenir les détentions arbitraires – et au même effet - permettre la remise en liberté de l'intéressé lorsque la détention ne se justifie pas (ou plus) – invite à s'interroger sur l'articulation des différentes garanties.

723. A propos de la détention provisoire, la Cour européenne a précisé que l'aménagement d'un recours immédiat ne s'imposait pas lorsqu'une décision privative de liberté a été prise à la suite d'une procédure offrant déjà toutes les garanties fondamentales du procès équitable¹⁸⁶⁸. Dans ce cas, ce contrôle juridictionnel se trouve en quelque sorte incorporé à la décision initiale et la satisfaction des exigences formulées réside, alors, non dans l'aménagement d'un recours immédiat mais dans la garantie de contrôles à intervalles réguliers, automatiques ou à l'initiative de la personne détenue¹⁸⁶⁹.

724. L'articulation de ces différentes exigences est plus incertaine lorsque la privation de liberté consécutive à l'arrestation est de quelques heures ou de quelques jours seulement. Dans ce cas, l'applicabilité des garanties de l'article 5§4 de la

¹⁸⁶⁶ CEDH [G.C.], 29 avr. 1999, *T.W. c. Malte*, Req. n° 25644/94 (§49) ; CEDH [G.C.], *Medvedyev et autres c. France*, préc. (§119).

¹⁸⁶⁷ V. not., P. DOURNEAU-JOSETTE, « Convention européenne des droits de l'homme (Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale) », préc., n°199.

¹⁸⁶⁸ V. not., CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, préc. (§76). V. *Supra*.

¹⁸⁶⁹ V. not., J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, op. cit., n°362, pp. 368-369 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n°369, p. 319 ; F. DESPORTES et Ch. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., n°396, pp. 280-281 ; V. ég., P. DOURNEAU-JOSETTE, « Convention européenne des droits de l'homme (Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale) », préc., n°256 et s.

Convention suscite davantage d'interrogations. La plupart des auteurs français, lorsqu'ils envisagent cette dernière, ne traitent que des détentions d'une certaine durée – détention provisoire ou écrou extraditionnel¹⁸⁷⁰ – pour lesquelles un contrôle régulier s'impose nécessairement afin de s'assurer que, malgré l'écoulement du temps, la privation de liberté reste justifiée¹⁸⁷¹. Seuls certains d'entre eux s'interrogent sur la pleine conformité du droit interne aux standards européens, remarquant qu'aucun recours répondant aux exigences de l'article 5§4 de la Convention n'est ouvert à la personne gardée à vue durant la mesure. Ainsi, Messieurs les Professeurs Guinchard et Buisson, notent-ils que si « l'article 77, alinéa 2, CPP [sic] prévoit que le suspect déjà gardé à vue depuis vingt-quatre heures [...] doit être présenté au parquet [lorsqu'] une prolongation est envisagée, [...] ce n'est que le respect, par le législateur français, de l'article 5§3 »¹⁸⁷². Monsieur le Professeur Saint-Pau souligne, pour sa part, que « le dispositif français semble manquer d'une procédure d'urgence – un *habeas corpus* – permettant de contester immédiatement la garde à vue et d'obtenir la libération immédiate »¹⁸⁷³, remarquant toutefois que droit de la personne gardée à vue « *de présenter des observations au procureur de la République ou, le cas échéant, au juge des libertés et de la détention [...] tendant à ce qu'il soit mis fin à cette mesure* » (C.P.P., article 63-1, 3°) est peut-être l'esquisse d'un tel recours.

725. L'obligation de garantir un tel recours à la personne retenue quelques jours, tel que le gardé à vue en application du droit français¹⁸⁷⁴, exposerait à un certain paradoxe. La Cour estime, sur le fondement de l'article 5§3, qu'une privation de liberté de deux ou trois jours peut demeurer conforme aux exigences conventionnelles même si l'intéressé n'a pas été présenté à un magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires¹⁸⁷⁵. Considérer que la Cour exige l'aménagement d'un recours « *respect[ant], autant que possible, les exigences fondamentales du procès équitable* », reviendrait donc à estimer

¹⁸⁷⁰ V. not., J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen, op. cit.*, n°362, pp. 368-369 ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°392, pp. 278-279 ; V. ég., P. DOURNEAU-JOSETTE, « Convention européenne des droits de l'homme (Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale) », préc., n°256 et s.

¹⁸⁷¹ Plus le temps passe, plus la Cour se montre exigeante dans l'appréciation des justifications du maintien en détention. Ainsi, notamment, « *au bout d'une certaine période* », les impératifs de l'instruction ne suffisent plus à justifier la prolongation de la mesure. Et la Cour s'interroge alors, notamment, sur la diligence des autorités répressives dans la conduite des investigations (V. not., CEDH, 13 fév. 2001, *Gombert et Gochgarian c. France*, Req. n°39779/98 et 39781/98 (§50)). Pour une étude complète, V., P. DOURNEAU-JOSETTE, « Convention européenne des droits de l'homme (Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale) », préc., n°256 et s.

¹⁸⁷² S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n°369, p. 319.

¹⁸⁷³ J.-C. SAINT-PAU, « Les droits des personnes suspectées dans la réforme de la procédure pénale », préc., p. 152.

¹⁸⁷⁴ Relevons, en effet, que si la Cour use du terme « garde à vue » dans son arrêt *Emilian-Georges Igna c. Roumanie*, celle-ci n'avait rien de comparable à la garde à vue telle que réglementée en droit français puisqu'il s'agissait d'une mesure privative de liberté pouvant se prolonger pendant plus semaines. En l'occurrence, elle avait déjà duré vingt-neuf jours.

¹⁸⁷⁵ V., *Supra*, n°624 et s.

que les juges européens imposent d'amples garanties à un stade où, pourtant, ils se satisfont de l'absence de toute garantie judiciaire. En outre, la multiplication des contrôles judiciaires – le droit français assure l'intervention d'une autorité judiciaire au sens européen du terme et un contrôle régulier lorsque la garde à vue se prolonge, par exception au droit commun au-delà d'un délai de quarante-huit heures (C.P.P., articles 706-88 et 706-88-1) -, risquerait de conduire *in fine* à un allongement de la durée de la mesure. Un tel paradoxe a été relevé par une partie de la doctrine à la suite de décisions du Conseil constitutionnel semblant préfigurer « l'émergence » puis « la reconnaissance » d'un droit à un recours effectif au stade de l'enquête¹⁸⁷⁶. Monsieur Capdepon relevait, à ce propos, qu'« il n'est pas certain qu'un tel recours soit réellement pertinent et ce, pour deux raisons. La première [...] tient à la durée de la privation de liberté qui est ici très courte. Cela supposerait donc une intervention du juge dans l'heure suivant la requête et au regard du nombre important de placements en garde à vue, nul doute que la surcharge de travail rendrait le contrôle du juge encore plus superficiel qu'il ne l'est déjà. La seconde raison est qu'un tel recours ne servirait finalement pas les intérêts du suspect. En effet, si un tel recours devait exister, il ne serait évidemment pas suspensif de la privation de liberté et, au final, le temps que le juge aura mis à statuer serait ajouté à la durée totale de la mesure en cas de refus de remise en liberté. La privation de liberté serait donc plus longue, ce qui ne sert évidemment pas les intérêts du gardé à vue »¹⁸⁷⁷. Monsieur le Professeur Botton avait également souligné ce risque¹⁸⁷⁸. A nos yeux, la Cour européenne ne serait pas sourde à ses implications, s'inscrivant à rebours du droit que l'article 5 entend protéger. Et, cela d'autant plus sûrement qu'à l'issue de la garde à vue, dont la durée est – par dérogation au droit commun - de quatre ou six jours au plus, la remise en liberté s'impose, sauf à ce qu'un juge soit saisi aux fins d'un placement en détention provisoire ou appelé à se prononcer, à brefs délais, sur la culpabilité de l'intéressé.

726. Pour l'ensemble de ces raisons, l'article 5§4 tel qu'il est interprété par la Cour européenne ne doit pas trouver application dans le cadre de la garde à vue « à la française »¹⁸⁷⁹. Or, dès lors que l'on considère que ce recours ne s'impose pas au stade

¹⁸⁷⁶ V. not., A. BOTTON, « Le rôle du Conseil constitutionnel », in O. DECIMA, *La juridictionnalisation de l'enquête pénale, op. cit.*, p. 55, spéc. p. 65 (à propos, cependant, des conséquences éventuelles de la décision n°2014-390 QPC) ; Y. CAPDEPON, « Quelle place pour le suspect », in O. DECIMA, *La juridictionnalisation de l'enquête pénale, op. cit.*, p. 101, p. 115.

¹⁸⁷⁷ Y. CAPDEPON, « Quelle place pour le suspect », préc., spéc. p. 115.

¹⁸⁷⁸ A. BOTTON, « Le rôle du Conseil constitutionnel », spéc. p. 65

¹⁸⁷⁹ Le doute reste toutefois permis à la lecture notamment de l'arrêt *Zervudacki contre France*, dans lequel la Cour concluait à une violation de l'article 5§4 dans le cadre d'une privation de liberté de courte durée (en l'occurrence, une privation de liberté de treize heures consécutive à une garde à vue de quarante-huit heures). Pour autant, dans cette espèce, aucune garantie judiciaire n'avait été aménagée : la garde à vue s'était déroulée sous le seul contrôle du procureur de la République et la privation de liberté consécutive, qui ne reposait sur aucune base légale, n'avait pas

de la garde à vue, l'accès aux éléments du dossier nécessaires pour contester, durant la mesure, la légalité de l'arrestation et de la détention et obtenir, le cas échéant, sa libération ne s'impose pas davantage puisqu'il en est un corollaire.

727. Ni les exigences conventionnelles, ni celles de la directive de l'Union, interprétées à la lumière de ces impératifs, n'exigent donc de reconnaître au suspect gardé à vue l'accès à plus de documents que ceux qu'il peut aujourd'hui consulter en application de l'article 63-4-1 du CPP. Si les garanties formulées par les droits européens ne peuvent servir de support à la reconnaissance de son droit de consulter l'entier dossier à un stade particulier de l'enquête, la conformité des droits du « simple » suspect au cours de celle-ci avec les exigences européennes peut en revanche questionner au regard de l'impératif plus général du droit à un procès équitable, formulé par l'article 6 de la Convention et reproduit, dans l'un de ses aspects, par l'article 7§2 de la directive relative au droit à l'information.

davantage offert à l'intéressé la possibilité de faire contrôler cette première période de détention. En effet, si conformément au droit français en vigueur, le juge d'instruction avait ordonné le placement en détention provisoire de l'intéressé, il n'était pas compétent pour apprécier la privation de liberté antérieure. En définitive, le constat de violation s'imposait tant sur le fondement de l'article 5§3 que de l'article 5§4 de la Convention. Le droit interne a depuis évolué, pour donner une base légale au « petit dépôt » (C.P.P., art. 802-3, tel qu'issu de la loi du 9 mars 2004) et assurer, conformément aux exigences constitutionnelles, l'intervention du juge dans des délais acceptables (Cons. const., Déc. n° 2010-80 QPC, 17 décembre 2010, *M. Michel F*, préc. : « *la privation de liberté [...], à l'issue d'une garde à vue prolongée par le procureur de la République, méconnaîtrait la protection constitutionnelle de la liberté individuelle si la personne retenue n'était pas effectivement présentée à un magistrat du siège avant l'expiration du délai de vingt heures* » prévu par l'article 803-3 du code de procédure pénale » (consid. 11). Sur les conséquences tirées, V. not., F. ZOCCHETTO, Rapport n°315, préc., spéc. pp. 92 et s.), l'intervention d'un juge lorsqu'elle excède une certaine durée (C.P.P., Article 802-3). L'analyse européenne serait probablement différente aujourd'hui.

Section Seconde. La situation du suspect indépendamment de toute privation de liberté

728. C'est surtout à la lumière des exigences plus générales développées sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne que la question de l'accès au dossier de la procédure dès la phase d'enquête de police, et tout particulièrement au stade des auditions du suspect, s'est le plus clairement posée. Sur ce point, si l'arrêt *A. T. contre Luxembourg* du 9 avril 2015¹⁸⁸⁰ a apporté certaines précisions, les arguments développés par les juges européens laissent entières quelques incertitudes qui rejaillissent sur l'appréciation de la conventionnalité du droit de l'enquête de police. En effet, s'il peut se déduire de l'arrêt *A.T.* que le droit d'accès au dossier de la procédure n'est pas un impératif général lorsque la personne mise en cause est interrogée par une autorité répressive – notamment au stade de la garde à vue –, l'exclusion systématique de ce droit jusqu'à la toute fin de l'enquête interroge, en revanche, au regard des exigences conventionnelles (§1^{er}). Ces hésitations ne sont pas sans incidence sur les obligations qui découlent de la directive relative au droit à l'information puisque les exigences conventionnelles doivent constituer, conformément aux règles qui président à l'interprétation des directives de l'Union, à déterminer les marges de manœuvre que son article 7 ménage aux législateurs nationaux (§2^d).

§1^{er} - Les hésitations nées de la jurisprudence européenne

729. L'arrêt *A.T. contre Luxembourg* a succédé à différents arrêts relatifs à l'accès au dossier de la procédure dès l'enquête de police. Les indications de la Cour et surtout la conclusion à laquelle elle a abouti permettent de clore le débat qui s'était fait jour au lendemain de ceux-ci (A). Si l'arrêt apporte d'utiles indications pour apprécier la conformité du droit interne aux impératifs du droit à un procès équitable au stade de la garde à vue, il n'exclut pas que le report systématique de l'accès au dossier au cours de l'enquête puisse être à l'origine d'une condamnation pour manquement aux dispositions de l'article 6 de la Convention (B).

¹⁸⁸⁰ CEDH, 9 avr. 2015, *A.T. c. Luxembourg*, Req. n°30460/13 (§82). S. LAVRIC, « Droit à l'assistance d'un avocat : la jurisprudence Salduz, l'accès au dossier et la pratique luxembourgeoise », *AJ pén.* 2015, p. 380 ; D. ROETS, « Précisions confuses sur le droit pour l'avocat d'accéder au dossier durant la phase préparatoire du procès pénal », *RSC* 2015, p. 736 ; J.-F. RENUCCI, « Droit européen des droits de l'homme : Les avocats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2016, p. 225.

A. Les incertitudes levées par l'arrêt *A.T. contre Luxembourg*

730. Il convient, pour apprécier les incertitudes que lève l'arrêt *A. T. contre Luxembourg* (2), de rappeler brièvement les interrogations suscitées par les arrêts *Dayanan* et *Sapan* (1).

1) *Les interrogations suscitées par les arrêts Dayanan et Sapan*

731. **L'arrêt *Dayanan contre Turquie* -** L'arrêt *Dayanan contre Turquie* a donné lieu à des débats nourris. A cette occasion, les juges européens, reproduisant partiellement une opinion concordante exprimée à l'occasion de l'arrêt *Salduz contre Turquie*¹⁸⁸¹, ont indiqué que, « *comme le soulignent les normes internationales [...] que la Cour accepte et qui encadrent sa jurisprudence, un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit* » car, « *[e]n effet, l'équité de la procédure requiert [qu'il] puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. A cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer* » (§32).

732. Pour certains auteurs, on ne pouvait déduire de cette formule sibylline l'obligation d'accorder au suspect gardé à vue le droit de consulter le dossier de la procédure puisqu'il n'était pas explicitement mentionné parmi « *les éléments de la défense que l'avocat [devait pouvoir] librement exercer* »¹⁸⁸². Les mêmes observateurs rappelaient que l'équité de la procédure, dont il était ici plus généralement question, faisait l'objet d'une appréciation globale de telle sorte que toutes les garanties du procès équitable ne devaient pas nécessairement être reconnues au suspect dès les premiers stades de la

¹⁸⁸¹ Dans celle-ci, le juge européen avait rappelé que les normes internationales, acceptées par la Cour et sur lesquelles elles s'étaient précisément fondées, exigeaient qu'« *un prévenu doit, dès son incarcération, pouvoir choisir son avocat [...] et [...] recevoir des visites de [celui-ci] en vue de sa défense* » mais aussi « *préparer et remettre à [ce dernier] ou recevoir de lui des instructions confidentielles [...]* ». C'était « *donc bien dès le début de la garde à vue ou du placement en détention que l'accusé [devait] pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat [...] et cela, indépendamment des interrogatoires qu'il subissait* », sauf à admettre « *une grave défaillance par rapport aux exigences du procès équitable* ». Surtout, il précisait que « *l'équité de la procédure, quand il s'agit d'un accusé qui est détenu, requ[érait] qu'il puisse obtenir (et le défenseur exercer) toute la vaste gamme d'activités qui sont propres au conseil : la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse, le contrôle des conditions de détention, etc.* ».

¹⁸⁸² V. LESCLOUS, « La présence obligatoire de l'avocat en garde à vue. Point de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. pén.* 2010, dossier 2, p. 7.

procédure mais pouvaient l'être plus tardivement¹⁸⁸³.

733. D'autres, au contraire, ont considéré que le silence de la Cour n'était pas anodin¹⁸⁸⁴ et que l'impératif se déduisait d'autres indications. Ils ont souligné que même s'il n'était pas mentionné parmi les éléments fondamentaux de la défense listés, la défense devait, selon la Cour, pouvoir s'exercer « *librement* », donc « sans entrave ». Ils ont également observé que ce droit contribuait nécessairement à la « *préparation des interrogatoires* », envisagés parmi ces éléments fondamentaux¹⁸⁸⁵. Ils ont donc conclu à la fragilité des droits du suspect gardé à vue selon le droit français et appelé le législateur à apporter les adaptations devenues, selon eux, nécessaires.

734. L'arrêt *Sapan contre Turquie* -. Les questions soulevées par l'arrêt *Dayanan contre Turquie* ont été ravivées par l'arrêt *Sapan contre Turquie* du 20 septembre 2011¹⁸⁸⁶. Celui-ci semblait également condamner la fragilité des droits du suspect au cours de sa garde à vue¹⁸⁸⁷, en particulier les carences de son droit à l'information à ce stade de la procédure. Dans cette affaire en effet, les juges strasbourgeois ont estimé que l'impossibilité pour le conseil de prendre connaissance du dossier au stade de l'interrogatoire de son client gardé à vue avait « *entrav[é] sérieusement sa capacité à fournir une quelconque sorte de conseil juridique* » (§21)¹⁸⁸⁸, et conclu à une méconnaissance de l'article 6 de la Convention.

735. Pour certains observateurs, ces précisions devaient inviter le législateur français à reconnaître au suspect gardé à vue le droit de prendre connaissance de

¹⁸⁸³ V. not., V. LESCLOUS, « L'accès de l'avocat aux pièces du dossier pendant la garde à vue », *AJ pén.* 2013, p. 50.

¹⁸⁸⁴ J.-F. RENUCCI, « L'avocat et la garde à vue : exigences européennes et réalités nationales », *D.* 2009, p. 2897.

¹⁸⁸⁵ J.-F. RENUCCI, « L'avocat et la garde à vue : exigences européennes et réalités nationales », préc. ; V. ég., H. MATSOPOULOU, « Plaidoyer pour une redéfinition du rôle de l'avocat pendant la garde à vue », *Gaz. Pal.* 3 déc. 2009, p. 12 et « Le contradictoire dans l'enquête de police », in C. RIBEYRE (sous la dir.), *Le contradictoire dans le procès pénal. Nouvelles perspectives*, op. cit., p. 73 ; *Ibid.*, « Une nouvelle réforme de la procédure pénale ? - Les principales propositions de la mission de réflexion sur les possibles évolutions de la procédure pénale », *JCP éd. G.* 2014, 957, Libres propos ; C. SAAS, « Défendre en garde à vue : une révolution... de papier ? », *AJ pén.* 2010, p. 27 ; J. ALIX, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *D.* 2011, p. 1699 ; F. DESPREZ, « Accès au dossier lors de la garde à vue : le risque d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2012, p. 2640 ; A. BOTTON, « Droit à l'information dans le cadre des procédures pénales : un projet de loi contrasté », *D.* 2014, p. 431.

¹⁸⁸⁶ CEDH, 20 sept. 2011, *Sapan c. Turquie*, Req. n°17252/09.

¹⁸⁸⁷ En ce sens, V. not., H. MATSOPOULOU, « Une nouvelle réforme de la procédure pénale ? - Les principales propositions de la mission de réflexion sur les possibles évolutions de la procédure pénale », préc. ; F. DESPREZ, « Accès au dossier lors de la garde à vue : le risque d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme », préc. ; E. DAOUD et S. AKKORI, « Plaidoyer pour l'accès au complet dossier au stade de la garde à vue. Quand la Chancellerie fait mine d'ignorer les standards de procédure européens », *Lamy Droit pénal des affaires*, avr. 2014, n°138, p. 1 ; CNDCH, Avis sur la refondation de l'enquête pénale, 29 avr. 2014, spéc. p. 16.

¹⁸⁸⁸ « *What is, however, clear to the Court is that the applicant's lawyer had not been allowed to examine the investigation file at that point (see paragraph 8 above), which would seriously hamper her ability to provide any sort of meaningful legal advice to the applicant* ».

l'intégralité du dossier¹⁸⁸⁹. Pour d'autres, il posait au moins la question de la conventionnalité de dispositions reportant systématiquement la consultation de certains éléments cruciaux, tels les procès-verbaux d'audition des victimes ou des témoins. En ce sens, Madame Taupiac-Nouvel et Monsieur le Professeur Botton écrivaient que le défaut d'accès au dossier de l'enquête lors de la garde à vue avait, en l'espèce, contribué à démontrer une violation de l'article 6 de la Convention. Selon eux, s'il n'était pas possible d'« affirmer que la Cour européenne condamnerait à coup sûr et systématiquement l'Etat français », compte tenu de son appréciation concrète des circonstances de la cause, ils s'interrogeaient néanmoins : « jugerait-elle conforme à l'article 6§3 de la Convention [...] le défaut d'accès, pour l'avocat du gardé à vue, aux procès-verbaux d'audition d'une victime ou d'un témoin formant sinon le seul, du moins, l'essentiel élément à charge ? »¹⁸⁹⁰.

736. Sans doute les enseignements tirés de l'arrêt *Sapan contre Turquie* devaient-ils être nuancés en considération de la formation qui l'a adopté. Celle-ci éclaire en effet les véritables motifs de la condamnation et surtout la portée de la décision. Cet arrêt a, rappelons-le, été rendu par un comité de trois juges. Or, si le protocole n°14¹⁸⁹¹ a donné à cette formation de plus amples compétences, puisqu'elle peut désormais rendre « conjointement » à une décision de recevabilité « un arrêt sur le fond », il les a néanmoins encadrées. Un comité de trois juges ne peut en effet se prononcer parallèlement au fond que lorsque « la question relative à l'application de la Convention ou de ses protocoles [...] à l'origine de l'affaire fait l'objet d'une jurisprudence bien établie de la Cour » (Conv. EDH, Article 28§1 b)). En d'autres termes, la compétence de cette formation est conditionnée par l'existence d'une jurisprudence européenne bien établie. La procédure simplifiée ainsi introduite n'a vocation à participer à la pérennité du système européen de protection des droits de l'homme, engorgé par des affaires répétitives, que lorsque la question soulevée ne pose aucune difficulté particulière en termes d'interprétation des exigences conventionnelles. Par voie de conséquence, un arrêt rendu par un comité de trois juges ne peut jamais venir préciser la jurisprudence européenne, ni *a fortiori* formuler de nouvelles exigences.

¹⁸⁸⁹ V. not., CNDCH, Avis sur la refondation de l'enquête pénale, préc., spéc. p. 16 ; V. ég., E. DAOUD et S. AKKORI, « Plaidoyer pour l'accès au complet dossier au stade de la garde à vue. Quand la Chancellerie fait mine d'ignorer les standards de procédure européens », préc.

¹⁸⁹⁰ G. TAUPIAC-NOUVEL et A. BOTTON, « La réforme du droit à l'information en procédure pénale », préc., spéc., n°15.

¹⁸⁹¹ V. not., P. DOURNEAU-JOSETTE, « Le Protocole 14 à la CEDH amendant le système de contrôle de la Convention », préc. ; S. LAGOUTTE, « Le Protocole 14 à la Convention européenne des droits de l'homme : une assurance de la pérennité du système européen de protection des droits de l'homme ? » ; V. ég. Rapport explicatif du Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention, Strasbourg, 13 mai 2004, spéc. n°40 et n°68 et s.

737. Or, s'il existait effectivement une jurisprudence « *bien établie* » en l'espèce, celle-ci ne concernait pas l'accès au dossier dès le premier interrogatoire du suspect ou au cours de l'enquête mais les restrictions à la présence de l'avocat sur la base d'une disposition systématique. C'était d'ailleurs le seul argument développé par le requérant, qui faisait surtout valoir que, si ses déclarations avaient été faites en l'absence d'un conseil, les juridictions internes s'étaient néanmoins appuyées sur celles-ci pour justifier sa condamnation. Aussi ne devait-on déduire de l'arrêt *Sapan* aucune nouvelle exigence à propos de l'accès au dossier de la procédure au cours de la garde à vue, ni *a fortiori* cours de l'enquête.

738. La Cour a depuis souligné la particularité des arrêts rendus par cette formation et, tout particulièrement, les limites de l'arrêt *Sapan*. Dans son arrêt *A.T.* précité, elle a en effet précisé que « [d]ans l'affaire en question, le grief du requérant portait sur l'absence de toute assistance légale du requérant lors de son interrogatoire par la police et par le procureur auprès de la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul. Certes, l'arrêt mentionne le fait que l'avocat du requérant s'était vu refuser l'accès au dossier d'instruction par la cour de sûreté de l'État d'Istanbul. Toutefois, pour conclure à une violation de l'article 6, le comité de trois juges s'est uniquement basé sur les critères établis dans une jurisprudence considérée comme bien établie, à savoir l'absence de toute assistance légale du requérant qui était le résultat d'une application sur une base systématique des dispositions légales pertinentes (*Salduz*, précité) » (§82). La Cour a donc estimé que le requérant ne pouvait valablement invoquer cet arrêt pour faire valoir que le défaut d'accès aux pièces du dossier en amont de son interrogatoire par une autorité répressive méconnaissait son droit à un procès équitable.

L'arrêt *A.T.* apporte toutefois d'utiles indications sur les exigences conventionnelles en la matière.

2) Les précisions apportées par l'arrêt *A.T. contre Luxembourg*

739. L'arrêt *A.T. contre Luxembourg* fixe aujourd'hui le plus clairement l'état de la jurisprudence européenne à propos de l'accès au dossier de la procédure durant la phase d'investigation. La clarification était bienvenue car les flottements de la jurisprudence européenne nuisaient à la compréhension des exigences conventionnelles¹⁸⁹².

¹⁸⁹² V. not., F. FOURMENT, « Droit effectif et concret à un procès équitable et « assistance effective » du gardé à vue », *JCP éd. G.* 2012, 1242 et « Fondement juridique et notion d'assistance par un avocat en garde à vue », *D.* 2012, p. 2644 (L'auteur observait que si la deuxième section de la Cour s'était peut-être essayée à définir la notion d'assistance effective de l'avocat en garde à vue dans son arrêt *Dayanan*, la formule employée avait été ignorée par d'autres sections et qu'elle semblait elle-même l'abandonner dans des arrêts plus récents. Il en concluait que le droit d'accéder au dossier de l'enquête dès la garde à vue – sinon lors de tout interrogatoire – paraissait donc s'éloigner).

740. Les faits -. Dans cette affaire, un ressortissant britannique (A.T.) avait été arrêté au Royaume-Uni sur la base d'un mandat d'arrêt européen émis par le Luxembourg des chefs de viol et d'attentat à la pudeur sur une mineure de moins de 16 ans. Il avait été remis aux autorités luxembourgeoises le 17 décembre 2009, avant d'être auditionné dans les locaux de la police judiciaire. Au cours de son interrogatoire, le requérant avait d'abord usé de son droit au silence et réclamé l'assistance d'un avocat. Puis, il avait consenti à son audition. Il y avait présenté sa version des faits et nié toute culpabilité. Le lendemain, il avait été interrogé par un juge d'instruction. Il y était assisté de son avocat et y avait maintenu ses déclarations. Le 31 mars 2011, il avait été condamné à une peine de réclusion criminelle de sept ans. Pour justifier cette condamnation, la juridiction de jugement s'était notamment appuyée sur le caractère divergeant de ses déclarations au cours de ces différentes auditions. Le 7 février 2012, la chambre criminelle de la cour d'appel l'avait approuvée, estimant que le fait que le requérant n'avait pas été assisté de son avocat lors de son audition par les services de police était sans effet dès lors qu'il avait accepté de déposer hors la présence de celui-ci.

741. Les allégations du requérant -. Devant la Cour européenne, le requérant alléguait d'abord d'une violation de son droit à un procès équitable, faute d'avoir été assisté de son avocat lors de sa garde à vue sur la base d'une restriction systématique (§52). Il faisait également valoir que les juridictions luxembourgeoises n'avaient pas remédié à ce vice puisqu'elles s'étaient appuyées sur les déclarations faites en l'absence de son conseil (§54). Les juges européens ont accueilli ces griefs et conclu, sans surprise, à la violation de l'article 6§3 c) de la Convention combiné avec l'article 6§1 (§75).

Plus intéressants étaient toutefois les arguments du requérant faisant valoir la méconnaissance de son droit à un procès équitable, faute d'avoir bénéficié de l'assistance effective de son avocat lors de son interrogatoire devant le juge d'instruction. Il soulignait, d'abord, qu'il n'avait pu communiquer avec son conseil en amont de son interrogatoire. Sur ce point, la Cour a rappelé l'importance de cette consultation dès lors qu'à ce stade « *des échanges cruciaux p[ouvaient] se faire* » (§86). C'est notamment l'occasion pour le conseil, a-t-elle précisé, d'informer son client des droits dont il dispose. La Cour a conclu, là aussi, à une violation de l'article 6§3 c) de la Convention, combiné avec l'article 6§1.

Le requérant estimait surtout qu'il avait été privé de son droit à un procès équitable faute pour son avocat d'avoir pu consulter, conformément au droit luxembourgeois en vigueur, le dossier de l'instruction avant son interrogatoire de première comparution.

742. La Cour a rejeté ce dernier grief, précisant pour la première fois que « *l'article 6 de la Convention ne saurait être interprété comme garantissant un accès illimité au dossier pénal dès avant le premier interrogatoire par le juge d'instruction, lorsque les autorités nationales disposent de raisons relatives à la protection des intérêts de la justice suffisante pour ne pas mettre en échec l'efficacité des investigations* » (§81). Pour la Cour, « *la nécessité de préserver le secret des données dont disposent les autorités et de protéger les droits d'autrui* » peut être valablement invoquée pour justifier « *des restrictions à l'accès au dossier aux stades de l'ouverture d'une procédure pénale, de l'enquête et de l'instruction* » (§79). Or en l'espèce, « *[il n'était] pas déraisonnable que les autorités internes justifient le défaut d'accès au dossier par des raisons relatives à la protection des intérêts de la justice* ». La Cour a parallèlement constaté que « *dès son inculpation, la personne interrogée [avait] dispos[é] de toute liberté d'organiser sa défense (y compris le droit de garder le silence, de consulter le dossier après le premier interrogatoire devant le juge d'instruction, et de choisir sa stratégie de défense tout au long du procès pénal)* ». Pour les juges européens, « *[u]n juste équilibre [avait été] assuré par la garantie de l'accès au dossier, dès la fin du premier interrogatoire, devant les juridictions d'instruction et tout au long du procès au fond* » (§79). Elle a donc jugé que « *l'assistance de l'avocat lors de l'interrogatoire [n'avait] pas été ineffective en raison d'un défaut d'accès au dossier avant cet interrogatoire* » (§83) et qu'aucune violation de l'article 6 ne devait être admise de ce chef (§84).

743. Il ressort de cet arrêt que la Cour - du moins sa cinquième section - ne fait pas de l'accès illimité au dossier pénal en amont de l'interrogatoire de première comparution un impératif général découlant du droit à un procès équitable. En d'autres termes, à la différence du droit à l'assistance d'un avocat, qui s'impose en principe dès le premier interrogatoire du suspect par une autorité répressive et durant ceux-ci, le défaut d'accès au dossier intégral de la procédure ne prive pas nécessairement la procédure d'équité. Or, si l'accès à l'intégralité des pièces ne s'impose pas en amont d'un interrogatoire de première comparution devant un juge¹⁸⁹³, il ne peut pas non plus constituer un impératif lors des auditions par les enquêteurs que la personne mise en cause soit ou non privée de sa liberté.

744. Une certaine retenue s'impose toutefois. Les arguments sur lesquels se fonde la Cour pour conclure à l'absence de violation du droit à un procès équitable entretiennent en effet certains doutes sur la pleine conventionnalité du droit français. Du moins, invitent-ils à considérer que si le droit d'accéder au dossier de la procédure dès la garde à vue ne s'impose pas au regard de la jurisprudence européenne, cela ne

¹⁸⁹³ Le droit français, qui assure ce droit, peut naturellement demeurer inchangé dès lors que les exigences conventionnelles ne sont que des standards minimaux.

signifie pas que l'impossibilité, pour la personne mise en cause, d'accéder à celui-ci jusqu'à (au mieux) la « pré-clôture » de l'enquête est compatible avec les exigences conventionnelles, lorsque la saisine de la juridiction de jugement n'est pas précédée d'une information judiciaire.

B. Les doutes entretenus par l'arrêt A.T contre Luxembourg

745. Deux types d'arguments sont utilisés par la Cour pour conclure à l'absence de violation du droit à un procès équitable. Le premier réside dans les justifications de la restriction à ce droit (1), le second dans l'équilibre ménagé par la procédure luxembourgeoise (2).

1) L'admission explicite de restrictions à l'accès au dossier

746. Dans un premier temps, les juges européens font observer qu'une restriction au droit d'accéder au dossier de la procédure est admise « *au stade de l'ouverture d'une procédure pénale, de l'enquête et de l'instruction* » (§79) lorsque celle-ci est justifiée par des « *raisons relatives à la protection des intérêts de la justice* » (*ibid.*) – telle « *la nécessité de préserver des données dont disposent les autorités* » (*ibid.*) – ou par la protection des tiers (*ibid.*). La Haute juridiction précise, en effet, dans un paragraphe qui a les allures d'un paragraphe de principe, que « *l'article 6 [...] ne saurait être interprété comme garantissant un accès illimité au dossier pénal [...] lorsque les autorités nationales disposent de raisons relatives à la protection des intérêts de la justice pour ne pas mettre en échec l'efficacité des investigations* » (§81). Elle place d'ailleurs ici sur un même pied « *l'enquête et [...] l'instruction* », entendant la phase d'investigation de façon plus globale (§79). Puis, elle admet que « *vu les motifs avancés par la jurisprudence nationale* » - « *l'intérêt de la recherche de la vérité* » (§30) -, la restriction n'apparaît pas « *déraisonnable* » (§79). Différents arrêts européens rendus avant l'arrêt A.T. vont dans le même sens puisque la Cour y admettait qu'une restriction du droit d'accéder à certains documents pour préserver les sources de la police n'entraînait pas « *systématiquement* » une violation de l'article 6¹⁸⁹⁴.

747. Cette indication de la Cour conduirait à s'interroger sur la compatibilité du droit français avec exigences conventionnelles. Le droit interne reporte en effet systématiquement l'accès à l'entier dossier (au mieux) à la toute fin de l'enquête. Nous

¹⁸⁹⁴ V. not., CEDH, 11 déc. 2011, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, Req. n°26766/05 et 22228/06 (§145) ; CEDH, 12 déc. 2013, *Donohoe c. Irlande*, Req. n°19165/08 (§§73 et s.).

pourrions déduire des arrêts précités que le suspect ou son avocat doivent pouvoir consulter tout ou partie du dossier en amont des auditions ou, du moins, durant l'enquête lorsqu'il n'existe aucune justification concrète de restreindre ce droit. Observons toutefois que dans l'affaire *A.T.* la restriction ne reposait pas sur des justifications concrètes mais résultait de dispositions systématiques du droit luxembourgeois, distinguant la phase d'enquête préliminaire – « dont le but est la recherche de la vérité et est marquée par le secret » : « [e]lle ne doit pas être contradictoire sous peine de réduire son efficacité et d'alourdir son déroulement » (§30) -, de la phase judiciaire – introduite par « l'inculpation » éventuelle lors du premier interrogatoire (*ibid.*) – et n'obligeant à la communication de la totalité du dossier « qu'au stade de l'instruction préalable (*ibid.*)».

En définitive, si la Cour admet que le contradictoire puisse être exclu à un stade précoce pour préserver l'efficacité des investigations et ne pas alourdir cette phase de la procédure, les autorités françaises pourraient justifier, pour les mêmes raisons, l'exclusion de l'accès au dossier intégral jusqu'à la « pré-clôture » de l'enquête de police voire l'évincer jusqu'à la décision du parquet.

Le second argument, qui renvoie à la préservation de l'équité de la procédure appréciée globalement, est d'autant plus intéressant.

2) *L'appréciation globale de l'équité de la procédure*

748. Dans un second temps, la Cour s'intéresse plus précisément à l'équilibre ménagé par le droit luxembourgeois. Elle relève en effet que « dès son inculpation, la personne interrogée dispose de toute liberté d'organiser sa défense (y compris le droit de garder le silence, de consulter le dossier après le premier interrogatoire devant le juge d'instruction, et de choisir sa stratégie de défense tout au long du procès pénal ». Elle conclut qu'« [u]n juste équilibre [a été] assuré par la garantie de l'accès au dossier, dès la fin du premier interrogatoire, devant les juridictions d'instruction et tout au long du procès au fond » (§79).

749. Cet argument rappelle la manière dont la Cour apprécie classiquement la satisfaction du droit à un procès équitable, et tout particulièrement, l'application des exigences qui en découlent dans les phases préalables du procès pénal. Elle s'était, d'ailleurs, livrée à une analyse semblable dans son arrêt *Horomidis contre Grèce* du 27 avril 2006, dans lequel il était question de l'accès au dossier de la procédure dès l'accusation, le requérant ne l'ayant obtenu que lors de son premier interrogatoire par le juge d'instruction¹⁸⁹⁵. La Cour avait rappelé que si les garanties de l'article 6, et en particulier

¹⁸⁹⁵ CEDH, 27 avril 2006, *Horomidis c. Grèce*, Req. n°9874/04.

celle relative aux droits de la défense, ont naturellement vocation à s'exercer lors de la phase de jugement, ils doivent néanmoins trouver application en amont, « *y compris au cours des phases de l'information préliminaire et de l'instruction judiciaire [...] dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès* » (§34). Or, dans cet arrêt, la Cour avait conclu à la non-violation de l'article 6 de la Convention, observant que rien ne lui permettait de considérer « *que le seul refus d'accès au dossier que les autorités compétentes [avaient] opposé au requérant jusqu'au jour où ce dernier fut appelé à un interrogatoire a[vait] pu influencer [...], à ce stade de la procédure, le caractère équitable du procès* » (§36).

Le même raisonnement avait d'ailleurs été suivi par les juridictions luxembourgeoises dans l'affaire *A.T.* Celles-ci avaient en effet considéré que le report systématique de l'accès au dossier « *[deviendrait] incompatible avec l'article 6§§1 et 3 de la Convention [...] si le refus de l'accès au dossier entraîn[ait] d'ores et déjà, au stade de l'enquête préliminaire, une atteinte irréversible aux droits de la défense qui ne pourrait plus être redressée lors de la procédure contradictoire ultérieure* » (§30). Elles avaient fait observer que le requérant avait été mis en mesure de démontrer cette atteinte « *par référence aux données du cas d'espèce* » (*ibid.*) et qu'il « *n'[avait] pas [établi] qu'au-delà des arguments purement théoriques plaidant en faveur d'une communication des pièces du dossier dès avant le premier interrogatoire, il aurait d'ores et déjà subi un préjudice irréparable du fait que son avocat [n'ait] pas [pu] consulter le dossier avant son premier interrogatoire* » (*ibid.*).

750. Si le maintien d'un équilibre global par les droits nationaux constitue la justification essentielle du constat de non-violation, la conventionnalité du droit français apparaît plus discutable lorsque l'enquête n'est pas suivie de l'ouverture d'une information. Dans ce cas, sauf à ce que le procureur en décide autrement, le droit d'accéder au dossier de la procédure est reporté – dans les conditions prévues à l'article 77-2 du CPP – aux derniers instants de l'enquête et, en dehors de cette hypothèse, au stade de la proposition voire de la décision du parquet.

Cet ordonnancement, qui ne s'attache qu'au cadre procédural et au statut acquis par la personne mise en cause, ne fait pas précisément cas des éventuelles conséquences, pour le suspect, de l'exclusion de l'accès au dossier sur la préservation de l'équité de la procédure dans son ensemble.

La chambre criminelle n'a pas davantage nuancé les effets des dispositions du droit en vigueur, jugeant invariablement que le défaut d'accès à l'entier dossier de la procédure au cours de l'enquête ne prive pas l'intéressé de son droit à un procès équitable puisque cet accès est garanti devant les juridictions d'instruction ou, à défaut,

devant les juridictions de jugement¹⁸⁹⁶. Cette lecture rappelle l'approche globalisante à laquelle recourt la Cour européenne lorsqu'elle apprécie la préservation du caractère équitable de la procédure. L'approche de la Cour de cassation est toutefois radicalement différente de celle de la Haute juridiction européenne sur un autre aspect. Alors que la Cour de Strasbourg appelle à une analyse concrète des répercussions d'une restriction à certains droits dans la phase préalable au procès *stricto sensu* sur l'équité de la procédure appréciée globalement, la chambre criminelle opte pour une approche *in abstracto*, s'attachant exclusivement à l'équivalence des garanties accordées à un stade ultérieur. Or, ces conceptions opposées emportent des conséquences qui le sont également. Si pour la chambre criminelle l'exclusion systématique de certains droits procéduraux au cours de l'enquête ne peut jamais priver l'intéressé de son droit à un procès équitable puisqu'il dispose de la plénitude des droits garantis par la Convention lors de la phase d'instruction ou, à défaut, lors de la phase de jugement, la Cour européenne ne parvient à cette conclusion que lorsqu'elle est en mesure de s'assurer que cette exclusion n'a pas irrémédiablement compromis l'équité de la procédure.

751. Monsieur Danlos avait pointé, avant que l'arrêt *A.T.* ne soit rendu, les fragilités de l'approche trop rectiligne retenue en droit français. Selon lui, si la Cour n'imposera sans doute jamais que le suspect bénéficie du dossier intégral dès son « accusation » au sens européen, tout risque de condamnation européenne ne pouvait être exclu. Il relevait que si un requérant parvenait à démontrer que, faute d'avoir eu accès à certains éléments du dossier durant l'enquête, l'équité de la procédure avait été irrémédiablement affectée – c'est-à-dire que les conséquences préjudiciables n'ont pu être effectivement redressées à un stade ultérieur –, les juges européens concluraient probablement à une violation de l'article 6 de la Convention¹⁸⁹⁷. C'est bien cette analyse que confirme l'arrêt *A.T.* en faisant de la préservation de l'équité de la procédure la clé de sa conclusion.

¹⁸⁹⁶ V. not., Cass. crim., 19 sept. 2012, *Bull. crim.* n°194, préc. V. ég. (entre autres), Cass. crim., 26 juin 2013, *Bull. crim.*, n°164, préc. ; Cass. crim., 9 avr. 2015, n° 14-87.660, préc.

¹⁸⁹⁷ B. DANLOS, « De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale », préc. ; V. ég., F. FOURMENT, « Droit effectif et concret à un procès équitable et 'assistance effective' du gardé à vue », préc., pour lequel cette hypothèse n'est pas d'école dès lors que certaines procédures françaises – telles la comparution immédiate – ne ménagent pas à la personne mise en cause des délais optimaux et des facilités suffisantes pour préparer sa défense. Toutefois, dès lors que cette procédure suppose l'accord du prévenu à être jugé immédiatement (C.P.P., art. 397), la faculté de renonciation aux garanties normalement consenties, à laquelle « [n]i la lettre ni l'esprit de l'article 6 » ne s'oppose lorsque la renonciation « est non équivoque et entourée d'un minimum de garanties » (CEDH, 30 nov. 2000, *Kwiatkowska c. Italie* (déc.), Req. n°52868/99 ; CEDH, *Salduz c. Turquie*, préc. (§59) ; CEDH, 30 juil. 2009, *Ananyev c. Russie*, Req. n° 20292/04 (§38) ; CEDH, *A.T. c. Luxembourg*, préc. (§66)) pourrait néanmoins faire échec à un constat de violation.

752. Pour l'heure, la chambre criminelle n'a pas modifié sa position, faisant toujours prévaloir les distinctions traditionnelles du droit français¹⁸⁹⁸. Certes, les améliorations récemment apportées par le législateur à la toute fin de l'enquête ou dans ses suites immédiates seront, le cas échéant, prises en considération par la Cour européenne dans son analyse globale si elle était saisie de cette question. Toutefois, puisque ces modifications ne font toujours pas précisément cas des implications éventuelles de telles restrictions sur la procédure dans son ensemble, elles ne permettent pas d'exclure que la Cour puisse un jour conclure que les exigences du procès équitable ont été méconnues.

753. L'affaire ayant donné lieu au jugement du tribunal correctionnel de Créteil du 26 février 2016 offre une parfaite illustration de ces hypothèses dans lesquelles l'acquisition de droits de la défense au stade du jugement ne peut utilement compenser l'insuffisance de ceux-ci à un stade plus précoce. Le prévenu n'avait pu avoir accès aux éléments de la procédure avant sa citation devant le tribunal correctionnel, les investigations, portant sur des faits d'homicide involontaire, ayant été réalisées dans le cadre d'une enquête préliminaire de près de deux années. Or, les droits dont il avait pu disposer à ce stade avancé de la procédure ne lui avaient permis de se défendre effectivement puisqu'il ne pouvait plus discuter le rapport de l'examen technique de la motocyclette impliquée dans l'accident, seul élément à charge, la moto ayant été détruite depuis¹⁸⁹⁹.

L'approche de la Cour européenne, qui pose déjà la question de la conventionnalité du droit français, égratigne de surcroît les certitudes qui paraissent découler de l'article 7 de la directive de l'Union relative au droit à l'information et renforce ainsi les doutes sur la pleine compatibilité du droit de l'enquête avec les obligations européennes.

¹⁸⁹⁸ Cass. crim., 4 oct. 2016, préc.

¹⁸⁹⁹ V., *Supra*.

§2^d- *Les hésitations nées de l'article 7 de la directive relative au droit à l'information*

754. Le libellé de l'article 7 de la directive semble exclure toute obligation de reconnaître au suspect, au cours de l'enquête, le droit de consulter le dossier intégral de la procédure (A). Toutefois, certaines indications et la manière dont ces dispositions doivent être interprétées et mises en œuvre au sein des Etats membres font peser un doute sur le contenu exact des obligations qu'elle pose et ce faisant, sur leur bonne transposition en droit français (B).

A. Les certitudes apparentes

755. Aux termes du deuxième paragraphe de l'article 7 consacré au « droit d'accès aux pièces du dossier », les Etats membres de l'Union doivent veiller « à ce que les suspects ou les personnes poursuivies, ou leur avocat, aient accès au minimum à toutes les preuves matérielles à charge et à décharge des suspects ou des personnes poursuivies, qui sont détenues par les autorités compétentes, afin de garantir le caractère équitable de la procédure et de préparer leur défense ». Sont ici visés, précise le considérant 31 de l'exposé des motifs de la directive, les documents et, le cas échéant, les photographies et les enregistrements audio et vidéo détenus par les autorités répressives.

756. Ce seul paragraphe paraît ne laisser aucun doute sur l'obligation, à la charge des Etats membres, de reconnaître à la personne mise en cause au cours d'une enquête le droit de consulter le dossier de la procédure, puisque cette disposition ne distingue pas la « personne poursuivie » du « suspect ». Cette assimilation est cependant habituelle dans les directives européennes afin de donner aux dispositions qu'elles contiennent un caractère suffisamment transcendant pour embrasser l'ensemble des systèmes nationaux.

757. Cette lecture de l'article 7§2 est cependant remise en cause par le troisième paragraphe, qui dispose que « l'accès aux pièces visé au paragraphe 2 est accordé en temps utile pour permettre l'exercice effectif des droits de la défense et, au plus tard, lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation ». Aussi l'accès aux preuves matérielles ne s'impose-t-il « à coup sûr » qu'au moment d'un renvoi en jugement, sauf à ce qu'il existe une raison valable de restreindre ce droit. Le paragraphe 4 prévoit, en effet, que

« [p]ar dérogation aux paragraphes 2 et 3, pour autant que le droit à un procès équitable ne s'en trouve pas affecté, l'accès à certaines pièces peut être refusé lorsque cet accès peut constituer une menace grave pour la vie ou les droits fondamentaux d'un tiers, ou lorsque le refus d'accès est strictement nécessaire en vue de préserver un intérêt public important, comme dans les cas où cet accès risque de compromettre une enquête en cours ou de porter gravement atteinte à la sécurité nationale de l'État membre dans lequel la procédure pénale est engagée ».

758. C'est ainsi que le législateur français l'a compris, considérant que si l'état du droit français était jugé insatisfaisant par un certain nombre d'observateurs, il paraissait conforme à la directive européenne qui « n'oblige les Etats à prévoir un accès complet au dossier que dès lors qu'une juridiction pénale est appelée à se prononcer sur l'affaire »¹⁹⁰⁰. La chambre criminelle ne s'est pas écartée de cette interprétation¹⁹⁰¹, également validée par une partie de la doctrine¹⁹⁰². Cette conclusion manque toutefois de nuance à nos yeux.

B. Les doutes persistants

759. Des doutes sur la juste transposition de la directive européenne ont été rapidement émis par certains observateurs qui ont relevé les ambiguïtés rédactionnelles de la disposition. Les indications de la directive laissent également à penser que l'esprit du texte est ailleurs. Ces doutes, qui ressortent de la directive elle-même (1), sont confortés par la jurisprudence de la Cour européenne, dont les standards guident, d'une manière générale, l'interprétation et à la mise en œuvre des directives de l'Union (2).

1) A la lumière de la directive elle-même

760. Les ambiguïtés rédactionnelles -. Dans son commentaire de la directive européenne relative au droit à l'information, Monsieur le Professeur Vergès a relevé ses

¹⁹⁰⁰ J.-P. MICHEL, Rapport n°380, préc., p. 23.

¹⁹⁰¹ Cass. crim., 4 oct. 2016, n°16-82309, préc.

¹⁹⁰² G. TAUPIAC-NOUVEL et A. BOTTON, « La réforme du droit à l'information en procédure pénale », préc., spéc., n°16, pour lesquels « [s]'agissant [de l'] accès au complet dossier, il est difficile de [...] donner tort [au législateur] dans la mesure où, rappelons-le, le § 3 de cet article précise que l'accès 'à toutes les preuves matérielles à charge ou à décharge des suspects' visées au § 2, « doit être accordé en temps utile (...) et, au plus tard, lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bienfondé de l'accusation ». Cela étant, rappelons tout de même que son § 1 qui, contrairement au § 2, ne connaît aucune tolérance ni exception » ; V. ég., F. FOURMENT, « La directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 'droit d'accès à l'information' et la proposition de directive 'droit d'accès à un avocat' », *Gaz. Pal.* 28-30 juil. 2013, p. 14.

ambiguïtés rédactionnelles¹⁹⁰³ et, tout particulièrement, celles son article 7§3. Pour l'auteur, celui-ci entretient une équivoque regrettable, qui autorise deux interprétations aux implications tout à fait différentes. S'il peut être lu comme permettant aux législateurs nationaux de reporter, en toutes circonstances, l'accès au dossier de la procédure à la phase juridictionnelle (c'est ainsi que l'a compris le législateur français), il peut également être interprété comme imposant la consultation de ces pièces « 'en temps utile' dès qu'une mesure d'enquête implique une personne suspectée ou poursuivie ». Ainsi entendu, le report ne devrait donc être admis, selon l'auteur, que lorsqu'« aucune de ces mesures n'a été mise en œuvre durant l'enquête »¹⁹⁰⁴. Monsieur le Professeur Vergès a privilégié cette seconde interprétation, estimant qu'elle s'accordait mieux avec les dispositions de la proposition de directive relative au droit à l'assistance d'un avocat - alors en cours de négociation - qui entendait imposer le bénéfice de ce droit dès le début de tout interrogatoire mené par une quelconque autorité répressive. La jurisprudence de la Cour européenne invite toutefois à relativiser l'indéfectibilité du lien entre l'assistance d'un avocat et l'accès au dossier de la procédure puisqu'il ressort des arrêts précédemment cités que si l'assistance peut s'imposer dès l'interrogatoire policier, l'accès au dossier peut, lui, être plus tardif. Ceci se comprend à la lumière de la manière dont la Cour conçoit le rôle de l'avocat à un stade précoce de la procédure : s'il se justifie par le souci d'éviter une méconnaissance – difficilement réparable – du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination voire – dans le cadre des privations de liberté durant l'enquête – par la volonté de protéger plus sûrement le droit de l'intéressé au respect de son intégrité physique et morale, il n'est pas encore précisément question de lui permettre d'assurer une véritable défense contre l'accusation portée contre son client¹⁹⁰⁵.

761. L'incertitude de cette lecture -. Cette lecture de l'article 7§3 est incertaine, à nos yeux, si l'on considère l'évolution de la formulation de cette disposition au cours des négociations. Celle-ci exprime sans doute le mieux son esprit. La proposition initiale se contentait, en effet, de préciser que « *l'accès au dossier de l'affaire [devait être] accordé en temps utile pour permettre à la personne soupçonnée ou poursuivie de préparer sa défense ou de contester*

¹⁹⁰³ E. VERGES, « Émergence européenne d'un régime juridique du suspect, une nouvelle rationalité juridique », *RSC* 2012, p. 635 ; V. égal, P.-O. SUR, M.-A. CANU-BERNARD, C. DREYFUS-SCHMIDT, J.-M. FEDIDA, E. LESAGE, P. MAISONNEUVE, C. DE SEZE, « Contribution du barreau de Paris relative à la modernisation des procédures pénales », Annexe au Rapport sur la procédure pénale, Annexe 12, spéc. pp. 4. Dans celle-ci, il était toutefois plutôt question d'une incompatibilité entre l'article 7§3 de la directive et l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, il ne nous semble pas que ces dispositions puissent être considérées comme incompatibles, dès lors qu'elles visent, à la lecture de la jurisprudence européenne, deux situations différentes et finalement, deux « procédures » distinctes.

¹⁹⁰⁴ E. VERGES, « Émergence européenne d'un régime juridique du suspect, une nouvelle rationalité juridique », préc.

¹⁹⁰⁵ V., *Supra*, n°71 et s., n°356.

une décision précontentieuse »¹⁹⁰⁶. En d'autres termes, elle ne précisait aucun moment « butoir ». Parce qu'ainsi rédigée, la transposition de cette disposition aurait pu considérablement diverger au sein des Etats, égratignant par la même l'objectif d'harmonisation que le législateur européen s'était fixé, il avait été proposé de déterminer l'instant à partir duquel le droit d'accéder aux preuves matérielles devait s'imposer. Il s'agissait alors de fixer « *d'un commun accord, [...] un délai acceptable précédant la phase de jugement de l'action pénale au cours duquel [il] s'appliquerai[t], au moins dans une certaine mesure* »¹⁹⁰⁷. Les Etats ne sont toutefois pas parvenus à un consensus sur ce point. L'objectif qu'ils s'étaient fixé invite toutefois à ne pas retenir de l'article 7§3 de la directive une lecture aussi maximaliste que celle donnée par Monsieur le Professeur Verges. Car s'il était effectivement question d'imposer l'accès au dossier en amont de la phase juridictionnelle, l'idée était de l'exiger dans « *un délai acceptable* » et non « *en temps utile* » dès la mise en œuvre d'une mesure d'enquête impliquant une personne suspectée ou poursuivie.

762. Le doute persistant à l'égard d'une lecture trop minimaliste des exigences découlant de l'article 7§3 -. La lecture minimaliste retenue par le législateur français paraît cependant tout aussi discutable au regard du libellé de l'article 7. Cette disposition précise en effet que « *l'accès aux pièces visé au paragraphe 2 est accordé en temps utile pour permettre l'exercice effectif des droits de la défense et, au plus tard, lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation* ». Or, la conjonction de coordination « et » encourage probablement à voir dans le moment auquel la « *juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation* » la limite maximale acceptable. Ainsi formulée, cette disposition semble, en effet, plutôt signifier que l'accès à ces éléments doit en principe être assuré en amont de la saisine de la juridiction de jugement, du moins lorsque « *l'exercice effectif des droits de la défense* » en dépend. Dans ces circonstances, estimer, sans aucune nuance, que le droit français satisfait pleinement aux exigences de l'Union parce que l'accès au dossier de la procédure est nécessairement assuré lors de la saisine de la juridiction de jugement apparaît assez périlleux.

L'éclairage de la jurisprudence de la Cour européenne, à la lumière de laquelle doivent être interprétées les directives européennes, invite également à se méfier d'une lecture minimaliste des obligations nées des directives de l'Union.

¹⁹⁰⁶ Proposition de directive .../.../UE du Parlement européen et du Conseil relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, Bruxelles, 20 juillet 2010, COM(2010) 392 final.

¹⁹⁰⁷ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales - État des travaux, Bruxelles, 29 octobre 2010 (03.11) (OR. en), 15618/10, p. 3.

2) *A la lumière de la manière dont elle doit être interprétée*

763. Afin d'assurer une cohérence entre les exigences conventionnelles et les obligations formulées par l'Union, puisque chacune s'impose aux Etats membres, les directives européennes tendant au rapprochement des législations nationales précisent que leurs dispositions qui correspondent à des droits garantis par la Convention doivent être interprétées et mises en œuvre de manière cohérente avec ces derniers, tels qu'ils sont interprétés par la Cour. La directive relative au droit à l'information n'échappe pas à cette règle, qu'elle rappelle dans le considérant 42 de l'exposé de ses motifs. L'emprise des exigences conventionnelles sur l'interprétation de cette directive est d'ailleurs confirmée par son considérant 40 qui indique que « *[l]e niveau de protection ne devrait jamais être inférieur aux normes établies par la CEDH, telles qu'elles sont interprétées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* ».

764. C'est donc à la lumière des indications de la Cour européenne des droits de l'homme que doit être lue l'article 7§3 de la directive de l'Union. Or, comme nous l'avons vu, la conventionnalité du droit interne est discutable au regard des précisions apportées par l'arrêt *A. T.* Par conséquent, considérer qu'un accès au dossier de la procédure au moment où une juridiction est saisie pour statuer au fond est conforme avec les prévisions de l'article 7§3 précité est tout aussi discutable.

765. L'évolution du droit français pourrait surtout, au regard de ces principes, trouver un appui auprès de la Cour de Justice de l'Union, si une question préjudicielle lui était adressée à ce propos. Car, en effet, si la jurisprudence conventionnelle doit servir la mise en œuvre des dispositions de la directive par les Etats membres, elle participe tout autant à l'interprétation de celles-ci par la Cour de Justice. Or, rien ne garantit aujourd'hui que si elle était saisie d'une question préjudicielle en ce sens, celle-ci aurait de la jurisprudence de la Cour européenne la même lecture que le législateur français et la chambre criminelle. Rien ne garantit donc que, éclairés par les arrêts de la Cour européenne, les juges de l'Union considèrent que les exigences de l'article 7 de la directive sont, quelles que soient les circonstances, respectées dès lors que le droit interne assure l'accès aux éléments collectés par les autorités répressives au moment de la saisine d'une juridiction de jugement.

Conclusion du Chapitre Second

766. S'il paraît délicat de déduire des droits européens une obligation, pour le législateur français, d'enrichir la liste des éléments consultables par le suspect en raison de sa seule condition de personne gardée à vue, la compatibilité du droit interne peut en revanche être discutée au regard des fragilités de l'équilibre qu'il ménage actuellement lorsque l'enquête aboutit directement à la saisine d'une juridiction de jugement. Le droit conventionnel et, compte tenu des règles qui président son interprétation, la directive relative au droit à l'information invitent plutôt le législateur et le juge français à s'intéresser à la préservation d'un équilibre global qui ne peut dans certaines circonstances au moins, être pleinement sauvegardé par la logique dichotomique qui continue d'opposer la phase policière et la phase juridictionnelle sans autre considération. L'approche casuelle de la Cour européenne des droits de l'homme, guidée par le souci de la préservation de l'équité de la procédure appréciée globalement, et s'étendant donc à toutes les phases antérieures du procès, incline probablement à moins de juridisme, à la faveur d'une plus grande prise en considération des conséquences concrètes des restrictions admises.

767. Pour l'heure, cette conclusion semble s'imposer pour ce qui concerne l'accès au dossier de la procédure. Toutefois, si l'on doit retenir que la conventionnalité d'un système dépend de l'équilibre global que la procédure garantit, cette conclusion peut probablement être généralisée à l'ensemble des facilités nécessaires pour préparer sa défense. Nous pourrions donc considérer qu'une législation qui n'accorde à un suspect la possibilité de solliciter des investigations complémentaires et de participer plus activement à sa défense qu'à la clôture de l'enquête n'est pas nécessairement compatible avec les exigences conventionnelles.

768. Les précisions que les juges européens apporteront à l'avenir seront essentielles pour confirmer ou, au contraire, infirmer cette approche. Admettons cependant que, quelle que soit leurs fragilités, les améliorations récemment apportées par le législateur français constituent déjà un aveu des faiblesses de son système et de l'épuisement de la logique sur laquelle il reposait originellement. Dans l'attente des précisions européennes, l'importance donnée à l'équilibre qu'assure la procédure dans son ensemble inviterait déjà à s'intéresser à la manière dont il pourrait être mieux assuré en droit français.

Conclusion du Titre Second

769. Envisager les conséquences de la métamorphose de la mise en état des affaires pénales sous l'angle des droits européens n'est évidemment pas sans intérêt. Les exigences qu'ils fixent encadrent l'action du législateur et orientent le juge interne. Ils participent donc, au même titre que les impératifs constitutionnels, à la détermination des évolutions à venir.

770. L'observation des droits européens fait ressortir autant de points de convergences qu'elle suscite d'interrogations sur la conformité du système français de la mise en état, tel qu'il évolue depuis quelques années. Elle invite au moins à considérer que si certaines adaptations apparaissent inévitables, d'autres évolutions, préconisées sur le fondement des droits européens, ne le sont probablement pas.

771. Parmi ces dernières figurent la nécessité de redistribuer les rôles entre le procureur et le juge dans la protection des droits substantiels des personnes concernées au stade de l'enquête et de renforcer le droit à l'information du suspect gardé à vue. La nécessité d'étendre l'office de ce dernier au stade de l'enquête ne paraît pas s'imposer à l'aune des droits européens, spécifiquement du droit conventionnel. La jurisprudence européenne ménage en effet des marges de manœuvres dans lesquelles se loge, sous réserve des incertitudes observées, la convergence entre les règles internes actuellement applicables et les impératifs européens. Comme l'a, à juste titre, souligné la Commission Beaume, les droits européens ne s'opposent pas à ce que le procureur, malgré la dénégation de sa qualité d'autorité judiciaire au sens conventionnel, puisse être « un

premier niveau opérationnel et provisoire » de la garantie des libertés protégées, sous réserve du degré d'atteinte que la mesure concernée implique et de l'intervention ultérieure d'un juge¹⁹⁰⁸. Il ne faut toutefois pas déduire de cette exigence du contrôle ultérieur une obligation d'assurer une juridictionnalisation plus poussée de l'enquête, incluant notamment, dès ce stade, le contrôle de la régularité des actes de la procédure antérieure. La Cour ne se montre pas particulièrement injonctive sur les formes que ce contrôle doit revêtir, jugeant qu'un contrôle au stade du jugement et à l'initiative de la personne concernée offre, sous réserve que le degré d'atteinte au droit substantiel protégé n'implique pas un contrôle *ab initio*, une garantie suffisante. Elle aborde ce contrôle dans sa dimension préventive : la perspective d'un tel contrôle décourage, selon ses termes, les autorités d'enquête de recueillir des moyens de preuves par des procédés illégaux.

L'obligation, pour les Etats membres, de ménager aux personnes qui s'estiment victimes d'une violation des droits que la Convention formule n'impose pas davantage l'affirmation de la juridictionnalisation de l'enquête. Certes, dès lors qu'en l'état du droit français le contrôle de la légalité est reporté, à défaut d'information, au stade du jugement, il revêt un caractère aléatoire qui ne pourrait être vaincu qu'en repositionnant ce contrôle au stade de l'enquête elle-même. Certaines décisions du Conseil constitutionnel ont d'ailleurs invité à une telle solution. La jurisprudence européenne se montre cependant plus souple. D'une part, si le droit conventionnel fait obligation aux Etats membres de ménager à la personne qui s'estime victime d'une violation de ses droits un recours juridictionnel effectif pour faire valoir sa contestation, il ne semble pas s'opposer à ce que ce contrôle prenne place en dehors de la procédure au cours de laquelle la mesure a été mise en œuvre. D'autre part, s'il en fait un devoir pour l'Etat partie lorsque la personne concernée entend faire valoir la violation, le droit conventionnel le conçoit surtout comme un droit reconnu à celle-ci, auquel elle pourrait donc renoncer.

Par ailleurs, si la question de l'accès intégral au dossier de la procédure au stade de la garde à vue a gagné en intensité à la suite de certains arrêts européens et de l'adoption de la directive de l'Union relative au droit à l'information, une telle évolution ne paraît pas s'imposer au regard des sources précitées.

772. Toute discussion n'est toutefois pas levée. D'abord, si l'affirmation de l'indépendance des membres du ministère public à l'égard du pouvoir exécutif ne

¹⁹⁰⁸ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 27.

s'impose sur la base des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, l'amélioration de leur condition statutaire est encouragée par d'autres instruments et communications européens qui, s'ils ne sont pas juridiquement contraignants, mettent au jour les carences du système actuel. L'absence de mécanisme curatif lorsque l'impartialité du procureur est sujette à caution peut également être discutée à l'aune de la jurisprudence européenne qui, selon sa méthode traditionnelle d'appréciation, analyse cette question sous l'angle du droit – plus général – à un procès équitable. Surtout, le caractère encore embryonnaire des droits de la défense du « simple » suspect reste discutable. Car, si l'on ne peut déduire des droits européens l'obligation de renforcer les droits du suspect gardé à vue, cela ne signifie pas que le report de la plénitude des droits de la défense au stade du jugement soit toujours compatible avec les exigences européennes. Au contraire, dès lors que l'axe principal autour desquelles elles s'articulent est celui du maintien d'un équilibre global satisfaisant, un report systématique à la phase de jugement devient discutable lorsqu'il ne permet pas de remédier valablement à la parcimonie des droits du suspect à un stade antérieur.

Conclusion de la Première Partie

773. La montée en puissance de l'enquête, rendue possible par l'affirmation des moyens d'investigation et de contrainte disponibles dans ce cadre procédural entraîne, en l'état, un affaiblissement des droits de la défense et un recul du juge. Si en matière correctionnelle, l'enquête de police peut désormais se substituer à l'information judiciaire, les droits de la défense, accrus à mesure de l'intégration des standards européens, n'ont pas été renforcés en proportion. Malgré les améliorations apportées, la plénitude des droits de la défense est reportée, à défaut de l'ouverture d'une information judiciaire, à la clôture des investigations de telle sorte que, durant cette phase, le suspect est – sauf initiative contraire du parquet – privé de la possibilité de participer activement et véritablement à sa défense. Au recul des droits de la défense, s'ajoute le recul du juge, qui lui est foncièrement lié. Certes, le renforcement des moyens d'investigation et de contrainte durant l'enquête s'est accompagné de l'affirmation du JLD, seul compétent pour autoriser les mesures les plus attentatoires aux droits substantiels des personnes concernées par l'enquête. Il n'en reste pas moins vrai que si l'enquête n'est plus exclusive de l'intervention du juge, la juridictionnalisation de ce cadre d'investigation, qui reste par nature non-juridictionnel, n'offre pas aux personnes concernées les mêmes garanties que l'information judiciaire. A l'image des droits de la défense, le contrôle juridictionnel ne peut véritablement s'opérer, lorsqu'il n'est pas évincé, que lorsque la procédure devient juridictionnelle, c'est-à-dire, lorsque l'affaire suit la voie courte, au stade du jugement. Des jugements illustrent déjà que le report de ce contrôle ne suffit parfois à pallier l'inconsistance du contrôle du juge au stade des investigations.

A cet affaiblissement des garanties offertes à la personne mise en cause, qui ne

peut accéder au juge ni pour solliciter des investigations supplémentaires, ni pour contester la légalité des actes réalisés, s'ajoutent des difficultés pratiques intrinsèques à ce report. Le renvoi à l'enquête engendre des difficultés organisationnelles nouvelles. La tardivité du contentieux de l'annulation, outre qu'il alourdit la phase de jugement d'un contentieux particulièrement chronophage, peut ne pas être sans conséquences majeures sur la « survie » de la procédure à ce stade avancé.

774. La confrontation de cette situation avec les standards européens fait émerger quelques incertitudes sur la pleine compatibilité du droit interne. Outre les questionnements inhérents à l'indépendance et à l'impartialité du parquet ou à l'affirmation de l'effectivité du contrôle du JLD, lorsque celui-ci s'impose sous le prisme des exigences conventionnelles, la problématique la plus redoutable reste celle des droits de la défense. L'assurance de la compatibilité du droit français avec les standards européens supposerait, en effet, de déterminer l'instant à partir duquel les droits du suspect doivent nécessairement être renforcés pour assurer que l'équité de la procédure ne puisse être irrémédiablement compromise. Or, l'affirmation de ces droits pourrait impliquer l'essor corrélatif des attributions du juge dans l'enquête. Aussi convient-il de s'interroger sur les modalités de ces adaptations.

SECONDE PARTIE.

LES MODALITES DE LA REFORME DE LA MISE EN ETAT DES AFFAIRES PENALES SOUS LE PRISME DES DROITS EUROPEENS

775. Les perspectives envisageables -. L'exigence de mise en conformité du droit interne avec les standards européens doit naturellement orienter les ajustements ou la réforme d'ensemble proposés. Ce prisme ne peut cependant être exclusif. Si la compatibilité du droit interne impose des adaptations, le choix en faveur d'ajustements ponctuels ou d'une recomposition de la mise en état des affaires pénales dépend également de la pertinence, de la cohérence et de la pérennité de chacune de ces voies dans une perspective nationale. Il y aurait en effet quelques difficultés à justifier des adaptations qui, au prétexte de restaurer un équilibre mis à mal, troubleraient davantage qu'elle ne l'est déjà la cohérence du système apprécié dans son ensemble. Ni le droit du Conseil de l'Europe, ni le droit de l'Union européenne qui laissent tous deux aux Etats des marges de manœuvre dans la mise en œuvre de leurs exigences ne s'y opposent d'ailleurs.

Les solutions préconisées doivent également être observées à l'aune des perspectives actuellement ouvertes par les droits européens. Sur ce point, l'aboutissement du projet de création d'un parquet européen à l'échelle de l'Union, dont la compétence sera certes délimitée, doit orienter le choix en faveur de l'une ou de

l'autre des solutions qui se présentent à nous pour remédier aux défaillances du droit en vigueur. En effet, il serait vain de promouvoir des solutions qui se révéleraient éphémères et qui obligeraient le législateur à remettre son ouvrage sur le métier dans un avenir proche. D'une manière générale, les reproches formulés à l'encontre de l'instabilité de la procédure pénale invitent à privilégier l'option la moins versatile.

C'est à la lumière de ces différentes optiques que seront envisagées les modalités de réforme concevables.

776. D'un côté, il pourrait être remédié aux imperfections actuelles par des aménagements ponctuels. Tous, dont certains sont appelés de leurs vœux par la doctrine et les praticiens depuis plusieurs décennies, n'auraient pas pour effet de perturber inconsidérément la cohérence du système. D'autres, suscitent davantage d'interrogations sous cet angle. Il convient donc de les envisager avec une certaine prudence.

777. D'un autre côté, l'aboutissement du projet de création d'un parquet européen, qui entretiendra des liens particuliers avec l'ordre juridique des Etats membres, conforte le choix en faveur d'une recomposition de la mise en état des affaires pénales, à laquelle la complexité et les répercussions des ajustements ponctuels invitent d'ailleurs également.

Au choix d'ajustements guidés par la seule mise en conformité du droit interne avec les standards européens (Titre Premier) l'on préférera donc, dans la perspective de l'intégration du Parquet européen, celui d'une refonte d'ensemble de la mise en état des affaires pénales (Titre second).

TITRE PREMIER.

LE CHOIX D'AMENAGEMENTS PONCTUELS A LA LUMIERE DES DROITS EUROPEENS

778. La nécessité d'apprécier avec prudence le choix de nouveaux aménagements ponctuels -. La première option, qui est aussi l'option minimaliste, consiste à apporter au droit interne les quelques aménagements nécessaires pour pallier ses insuffisances au regard des standards européens. Ces ajustements sont, pour la plupart, connus car régulièrement préconisés dans une perspective nationale pour restaurer un équilibre mis à mal par la montée en puissance de l'enquête préliminaire. Plurielles, puisque touchant tant aux acteurs institutionnels de l'enquête qu'aux droits de la défense du suspect, ces modifications doivent cependant être appréciées au regard leurs potentiels effets. La prudence s'impose surtout à l'égard des propositions tendant à renforcer ou à améliorer par une réarticulation des cadres d'investigation la situation de la personne mise en cause. Indépendamment des contraintes matérielles et des difficultés pratiques auxquelles elles peuvent se heurter, leur compatibilité avec le système actuel interroge. La procédure pénale étant un processus continu, des modifications parcellaires peuvent perturber l'harmonie de l'ensemble, au demeurant déjà altérée. Or, si la satisfaction des exigences européennes doit effectivement justifier certaines adaptations, celles-ci ne peuvent être adoptées au prix d'incohérences et de confusions plus nombreuses. C'est pourquoi après avoir dressé un panorama des modifications ponctuelles envisageables pour remédier aux défaillances constatées (Chapitre Premier), nous nous attacherons à apprécier leur pertinence et leur possible pérennité (Chapitre Second).

Chapitre Premier.

Les modifications envisageables

779. La conformité du droit interne aux standards européens impliquerait *a minima* certains ajustements concernant, pour les uns, les acteurs institutionnels de l'enquête (Section Première), pour les autres, la situation du simple suspect, dont les droits s'avèrent, en l'état, trop fragiles pour prémunir la France contre toute condamnation pour méconnaissance du droit à un procès équitable (Section Seconde).

Section Première. Les modifications concernant les acteurs institutionnels de l'enquête

780. Le droit en vigueur suscite principalement deux questions. Nourries par les droits européens, elles rejoignent des problématiques bien connues en droit interne. L'une a trait à l'appartenance du procureur de la République à l'autorité judiciaire qui a impliqué d'ancrer ses qualités d'indépendance et d'impartialité, aujourd'hui trop fragiles (§1^{er}). L'autre concerne la manière d'affirmer le contrôle du JLD sur l'enquête, fréquemment critiqué pour son manque d'efficacité (§2^d).

§1^{er} - L'ancrage des qualités d'indépendance et d'impartialité du procureur

781. La question de l'indépendance des membres du ministère public a acquis une acuité particulière sous l'influence de la jurisprudence européenne. Si les arrêts rendus ont réveillé d'anciens débats et avivé un malaise parmi les parquetiers, ils invitent moins, comme nous l'avons vu¹⁹⁰⁹, à affirmer cette indépendance qu'à réfléchir au rôle qui peut lui être dévolu. D'autres communications ou instruments européens, sectoriels ou plus généraux, certes non contraignants, font cependant de l'autonomie fonctionnelle de l'autorité poursuivante une condition *sine qua non* de l'exercice effectif de ses fonctions. S'ils n'appellent pas à une stricte indépendance des procureurs nationaux, ils encouragent le renforcement de leurs garanties statutaires. Ainsi viennent-ils au soutien d'une réforme que de nombreux observateurs de l'évolution du système français appellent de leurs vœux depuis plus de vingt ans et auxquels les dernières réformes législatives n'ont pas pleinement répondu.

La jurisprudence européenne invite parallèlement à reconsidérer la question de l'impartialité du procureur dont l'affirmation souffre encore de l'absence de garanties suffisantes.

Aux solutions envisageables pour reconnaître l'indépendance statutaire des magistrats du ministère public (A), répondent donc des mécanismes susceptibles de rendre leur devoir d'impartialité effectif (B).

¹⁹⁰⁹ V. *Supra*, n°548 et s.

A. La reconnaissance de son indépendance statutaire

782. Les enjeux et les termes de l'affirmation de l'indépendance statutaire des magistrats du ministère public sont connus. Si un consensus semble être acquis sur la nécessité de la renforcer¹⁹¹⁰, ou au moins de lever les suspicions qui persistent, les justifications traditionnelles de ce lien de dépendance restent néanmoins convaincantes. Réfléchir à la manière de renforcer l'indépendance des membres du parquet implique en effet de « concilier des impératifs souvent antagonistes »¹⁹¹¹.

783. L'application cohérente de la politique pénale déterminée par une autorité disposant de la légitimité démocratique requise -. Le premier impératif est de veiller à l'application cohérente de la politique pénale nationale, qui ne peut être déterminée que par une autorité disposant de la légitimité démocratique requise. Ce premier impératif a le plus souvent conduit au rejet de la solution la plus extrême qui consisterait à rompre tout lien entre la chancellerie et le parquet. L'idée que la coupure du lien gouvernemental ruinerait toute possibilité de politique pénale nationale et d'une application cohérente de celle-ci est presque unanimement partagée¹⁹¹². En son temps déjà, Garraud avait estimé que l'organisation hiérarchisée du ministère public « qui aboutit au garde des Sceaux [...] permet à celui-ci, à titre de représentant direct du pouvoir exécutif, de communiquer à l'exercice de l'action publique en France la puissance de l'unité »¹⁹¹³. Plus récemment, la Commission Delmas-Marty s'y est également opposée car cette coupure « impose[rait] de renoncer à toute action cohérente en matière pénale, chaque parquet déterminant, à son gré, les critères de son action »¹⁹¹⁴. Rompre ce cordon ombilical remettrait donc en question « le principe même d'une politique pénale » déterminant, à l'échelle nationale, « quelles infractions

¹⁹¹⁰ V. not., Rapport n°3618 sur le projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, Enregistré à l'Assemblée nationale le 30 mars 2016, Présenté par D. RAIMBOURG, spéc. p. 12 (L'auteur de ce rapport note, à propos du projet de loi constitutionnelle proposant de conforter le statut des membres du ministère public afin de le « mettre à l'abri des critiques trop souvent formulée à son encontre » que « [l]e texte adopté par le Sénat fait l'objet d'un consensus assez manifeste. Depuis les débats de 2013, sénateurs et députés, quelle que soit leur sensibilité politique, s'y sont toujours montrés très majoritairement favorables. Le Conseil supérieur de la magistrature, par la voix de ses chefs de juridiction, a dit y être favorable. Les organisations syndicales, ainsi que les associations de procureurs généraux et de procureurs de la République, y sont favorables. Les parquetiers dans leur ensemble, que je rencontre depuis un mois et vingt-quatre jours, me disent constamment leur accord. L'opinion publique, enfin, si éprise d'un strict respect de la séparation des pouvoirs, y est favorable »).

¹⁹¹¹ V. not., S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », préc., spéc., pp. 279.

¹⁹¹² *Contra*. V. not., M.-L. RASSAT, *Propositions de réforme de la procédure pénale*, rapp. préc., p. 13 (qui invite à sortir d'une vision aussi manichéenne. « Rien [estime l'auteure] ne permet de penser qu'un ministère public indépendant n'aurait rien de plus urgent à faire que d'appliquer une politique pénale en contradiction délibérée avec celle définie au niveau national car la séparation des pouvoirs n'est pas la lutte des pouvoirs l'un contre l'autre »).

¹⁹¹³ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 174.

¹⁹¹⁴ M. DELMAS-MARTY (sous la dir.), *La mise en état des affaires pénales*, *op. cit.*, pp. 128-129.

doivent être prioritairement poursuivies »¹⁹¹⁵. La Commission Truche s'est inscrite dans ce même courant, estimant que « [l]a notion même de politique d'action publique implique nécessairement une hiérarchisation. Faute de quoi se créeraient des féodalités locales insupportables lorsqu'il s'agit d'appliquer une loi égale pour tous »¹⁹¹⁶. Le Comité Léger a repris ces arguments¹⁹¹⁷.

Les expériences étrangères, italienne en particulier¹⁹¹⁸, donnent à ces arguments une certaine force. Les « conséquences négatives » d'une indépendance fonctionnelle illimitée ont été soulignées par différents auteurs. Monsieur le Professeur Di Federico a, par exemple, fait remarquer que l'observation d'un principe de légalité des poursuites n'empêchait pas que la mise en mouvement de l'action publique résulte d'un choix discrétionnaire du parquet. Chaque parquet disposant d'une pleine indépendance fonctionnelle, il obéit de fait à une logique interne - et donc personnelle - pour définir les règles de gestion des affaires à traiter, au prix d'une rupture d'égalité entre les citoyens devant la loi¹⁹¹⁹.

Ce premier impératif est conforté par un argument tenant à la légitimité que confère à l'action du ministère public son rattachement au pouvoir exécutif, démocratiquement désigné. Messieurs Lesmeles et Pansier écrivent que c'est par ce lien que le procureur peut « parler au nom du peuple français avec toute la force que cela donne à sa voix »¹⁹²⁰. Et, Jean Foyer d'ajouter, qu'« au procès pénal, c'est la société qui est le contradicteur légitime de l'accusé. La rupture du lien entre le gouvernement et le ministère public signifierait que le pouvoir démocratique, expression de la société, serait frappé d'une véritable incapacité d'exercice et serait représenté par des procureurs,

¹⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 129.

¹⁹¹⁶ P. TRUCHE (sous la dir.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la justice*, *op.cit.*, pp. 34-35. V. ég., A. CHALANDON, « Contributions écrites demandées par la Commission », préc., in P. TRUCHE (sous la dir.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la justice*, *op.cit.*, p. 110 (qui estimait que l'organisation hiérarchisée du ministère public permet « de maintenir l'unité d'action, non seulement à l'intérieur d'un même Parquet, mais entre les Parquets eux-mêmes, assurant ainsi une bonne exécution de la politique pénale définie par la volonté nationale »); H. NALLET, « Contributions écrites demandées par la Commission », préc., in P. TRUCHE (sous la dir.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la justice*, *op.cit.*, p. 130 (qui notait que « l'autonomie absolue des membres du Parquet est une hypothèse d'école qui pose d'emblée la question de l'égalité des citoyens devant la loi : les justiciables devraient-ils répondre de leurs actes selon les orientations définies souverainement par chacun des 180 procureurs ? L'absurdité d'une telle situation plaide par elle-même en faveur d'un Parquet coordonné et hiérarchisé »).

¹⁹¹⁷ P. LEGER (sous la dir.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, préc., p. 11 (Le rapport précise qu'« [il] [ne serait] pas envisageable que le pouvoir exécutif, qui tire sa légitimité du processus démocratique, ne puisse pas définir la politique pénale et la faire appliquer harmonieusement sur l'ensemble du territoire de la République »).

¹⁹¹⁸ Pour des études plus récentes sur le ministère public italien et son indépendance : V. not., R. PARIZOT, « Au nom de l'indépendance, le Ministère public en Italie » in C. LAZERGES (sous la dir.), *Figures du Parquet*, PUF, Coll. « Les voies du droit », 2006, p. 113 ; V. ég., D. SALAS, « « Parquets européens entre pouvoir judiciaire et politiques pénales », *Dr. et soc.* 2010/1, p. 91, spéc., pp. 99 et s.

¹⁹¹⁹ G. DI FEDERICO, « L'indépendance du ministère public et le principe de responsabilité en Italie : l'analyse d'un cas déviant du point de vue comparé », *Dr. et soc.*, 1998, p. 88.

¹⁹²⁰ V. not., L. LEMESLES et F.-J. PANSIER, *Le procureur de la République*, *op. cit.*, v^o Deuxième partie, « Vision statique du procureur de la République ou l'heure des principes ».

dépourvus de légitimité démocratique, sur lesquels il serait sans pouvoir »¹⁹²¹. Dans le même esprit, le dernier rapport sur la politique pénale, publié en mai 2017, a précisé que « l'indépendance [du ministère public] ne saurait se confondre avec une autonomie totale et l'effacement de toute relation avec le Gouvernement ». Le ministre de la Justice soulignait qu'il pourrait paraître « spécieux de ne faire dépendre que d'elle-même la légitimité de la magistrature... »¹⁹²².

784. La garantie contre l'absence d'immixtions iniques du pouvoir politique sur le cours de la justice -. Le second impératif est de « garantir qu'au quotidien le pouvoir politique n'interviendra pas dans les affaires individuelles, plus exactement ne fera pas valoir des intérêts partisans »¹⁹²³. A cette fin, il faudrait conforter le statut du parquet pour lui assurer une autonomie fonctionnelle plus certaine.

La première solution, qui est aussi la plus couramment proposée, consisterait à procéder à certains ajustements statutaires afin de « gommer la critique d'une indépendance si étroite avec le pouvoir exécutif que l'impartialité du parquet dans sa conduite des instructions en serait altérée »¹⁹²⁴ (1). La seconde consisterait à instaurer un procureur général de la Nation (2).

1) *Le renforcement des garanties statutaires*

785. Cette option a été et demeure, de loin, la plus régulièrement avancée pour concilier les deux impératifs rappelés. Elle n'a pour l'heure pu aboutir faute de consensus suffisant.

786. Les propositions de la Commission Truche et ses suites -. Déjà la Commission Truche s'était inscrite dans cette voie, faisant du renforcement des garanties statutaires des membres du ministère public, la condition *sine qua non* de l'accroissement de l'autonomie fonctionnelle des parquetiers, parallèlement promue¹⁹²⁵. Elle avait préconisé de rapprocher le statut de ces derniers de celui des juges du siège, recommandant que toute nomination ou mutation dans l'intérêt du service soit précédée d'un avis conforme de la formation compétente du CSM qu'elle érigeait, en

¹⁹²¹ J. FOYER, « Contributions écrites demandées par la Commission », préc., in P. TRUCHE (sous la dir.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la justice*, op.cit., p. 115.

¹⁹²² J.-J. URVOAS, *Rapport sur la politique pénale du garde des Sceaux*, mai 2017, spéc. p. 4.

¹⁹²³ *Ibid.*

¹⁹²⁴ S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », préc., p. 281.

¹⁹²⁵ V., *Supra*, n°398.

parallèle, en conseil de discipline des magistrats du parquet¹⁹²⁶. Ces préconisations avaient été suivies de deux projets de loi, l'un se proposant de renforcer les garanties statutaires du membre du ministère public¹⁹²⁷, l'autre d'interdire les instructions individuelles aux fins de poursuites¹⁹²⁸. Après lecture devant les deux chambres, les discussions se sont cependant interrompues, faute de réunion du Congrès.

787. Le projet de loi constitutionnelle de mai 2013 et ses suites -. En mai 2013, des propositions pour partie semblables devaient trouver un écho en parallèle de la suppression officielle des instructions individuelles. Destiné à entourer « la nomination des magistrats, qu'ils appartiennent au siège ou au parquet, et les conditions dans lesquelles ils exercent leurs fonctions [de] garanties plus fortes, de manière à assurer [aux] concitoyens un service de la justice à l'impartialité insoupçonnable, inspirant à chacun la conviction que les décisions prises ne le sont que dans l'intérêt de la loi et des justiciables »¹⁹²⁹, un projet de loi constitutionnelle proposait de renforcer les attributions du CSM à l'égard des magistrats du ministère public, tout en mettant le Conseil, explicitement érigé en organe concourant à l'indépendance de la justice, « à l'abri de toute intervention politique, tant en ce qui concerne sa composition que son fonctionnement »¹⁹³⁰.

788. Le projet de loi constitutionnelle envisageait de rendre les magistrats de l'ordre judiciaire à nouveau majoritaires au sein du CSM¹⁹³¹, en contrepartie de quoi la présidence devait être assurée par une des personnalités extérieures (au nombre de cinq¹⁹³²)¹⁹³³ désignée par un collègue *ad hoc* de hautes personnalités, à l'indépendance garantie (vice-président du Conseil d'Etat, du président du Conseil économique, social et environnemental, Défenseur des droits, premier président de la Cour de cassation,

¹⁹²⁶ P. TRUCHE (sous la dir.), Rapport de la commission de réflexion sur la justice, *op. cit.* p. 34.

¹⁹²⁷ Projet de loi constitutionnelle n°835 portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, préc.

¹⁹²⁸ Projet de loi n°957 relatif à l'action publique en matière pénale et modifiant le code de procédure pénale, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 juin 1998, présenté par Mme E. GUIGOU.

¹⁹²⁹ Projet de loi constitutionnelle n°815 portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, préc. ; V. ég., Rapport n°1050 sur le projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 mai 2013, présenté par D. RAIMBOURG.

¹⁹³⁰ Projet de loi constitutionnelle n°815 portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, préc.

¹⁹³¹ Selon la proposition, le Conseil Supérieur de la Magistrature devait être composé comme suit : « 1° Huit magistrats du siège élus par les magistrats du siège ; 2° Huit magistrats du parquet élus par les magistrats du parquet ; 3° Un conseiller d'Etat élu par le Conseil d'Etat ; 4° Un avocat ; 5° Cinq personnes qualifiées n'appartenant ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif, ni aux barreaux ». (Projet de loi constitutionnelle n°815 portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, préc., Article 2, point 15).

¹⁹³² La liste des personnes désignées devait être approuvée par une commission permanente, réunie à cet effet, au sein de chaque assemblée parlementaire. Il était prévu qu'aucune ne puisse être nommée si l'addition des votes défavorables à cette liste dans chaque commission représentait au moins les trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions (Projet de loi constitutionnelle n°815 portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, préc., Article 2, point 15).

¹⁹³³ Projet de loi constitutionnelle n°815 portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, préc., Article 2, point 16.

procureur général près la Cour de cassation, premier président de la Cour des comptes et professeur des universités)¹⁹³⁴. Concernant le renforcement des prérogatives de la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet, le projet a envisagé de subordonner à son avis conforme toute nomination¹⁹³⁵ et de l'ériger, parallèlement, en conseil de discipline des procureurs¹⁹³⁶.

789. Ce projet a achoppé en raison de la recomposition du CSM proposée. Celle-ci présentait, selon certains parlementaires, « le risque majeur d'accroître les dangers du corporatisme et, par voie de conséquence, de creuser davantage le fossé entre la justice et les citoyens »¹⁹³⁷. Elle renforcerait *de facto* « le repli sur soi et entraînera[it] une suspicion lors des avis ou décision du CSM, [spécialement] en matière disciplinaire »¹⁹³⁸. Lors des travaux préparatoires, Monsieur Fenech avait fait observer que les groupes et commissions de réflexion s'étaient jusqu'alors prononcés pour une composition paritaire. Il rappelait également qu'une telle composition n'allait pas à l'encontre de la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (2010)12 du 17 novembre 2010¹⁹³⁹, citée par le projet de loi pour soutenir une réforme en ce sens¹⁹⁴⁰. Une partie de la doctrine pénaliste s'est également montrée hostile à la proposition formulée, recommandant que le CSM soit majoritairement composé de représentants de « la nation », issus de la société civile¹⁹⁴¹. Monsieur le Professeur Guinchard faisait alors valoir que « la théorie de la séparation des pouvoirs ne signifi[ait] nullement que chacun des trois pouvoirs [puisse faire] ce qu'il veut de son côté [et] s'autogère[r] sans contrôle d'une autre autorité ». Il concluait que la magistrature ne pouvait que « gagner en légitimité en éliminant le soupçon de corporatisme »¹⁹⁴², postulé par tout système dans lequel les magistrats sont majoritaires.

790. Après que le projet a été modifié par l'Assemblée nationale, notamment pour donner au CSM une composition paritaire, puis discuté et retouché par le Sénat,

¹⁹³⁴ *Ibid.*, Article 2, point 15 ; V. ég., D. RAIMBOURG, Rapport n°1050, préc., spéc. pp. 25 et s.

¹⁹³⁵ *Ibid.*, Article 2, points 5 ; V. ég., D. RAIMBOURG, Rapport n°1050, préc., p. 29.

¹⁹³⁶ *Ibid.*, Article 2, points 7 ; V. ég., D. RAIMBOURG, Rapport n°1050, préc., p. 30.

¹⁹³⁷ Intervention de G. Fenech, *in* D. RAIMBOURG, Rapport n°1050, préc., p. 41 et s., spéc. p. 43.

¹⁹³⁸ *Ibid.*

¹⁹³⁹ Recommandation CM/Rec(2010)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, adoptée par le Comité des Ministres le 17 novembre 2010, lors de la 1098e réunion des Délégués des Ministres.

¹⁹⁴⁰ Intervention de G. Fenech, *in* D. RAIMBOURG, Rapport n°1050, préc., p. 41 et s., spéc. p. 43 (Il rappelait aussi que Monsieur Urvoas, qui était alors président de la commission des lois, s'était lui-même montré « dubitatif » sur cette évolution qui risquait de faire renaître « des stratégies de réseau » et n'était pas nécessairement le gage de la transparence attendue par les citoyens).

¹⁹⁴¹ S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », préc., p. 281.

¹⁹⁴² *Ibid.*

majoritairement hostile à une modification de la composition du CSM¹⁹⁴³, les discussions se sont interrompues. Le projet de loi constitutionnelle reprenant les termes adoptés en première lecture par le Sénat en 2013 s'est également heurté, en 2016, à l'absence de consensus politique.

791. Les propositions de la Commission sur la refondation du ministère public -. Entre temps, la Commission Nadal, avait rendu publiques ses propositions. Outre la pérennisation de l'unité du corps judiciaire, dont elle préconisait l'inscription dans la Constitution (Proposition n°1¹⁹⁴⁴), celles-ci s'articulaient autour de six points essentiels :

- « Confier au Conseil supérieur de la magistrature le pouvoir de proposer la nomination des procureurs de la République, des procureurs généraux et des membres du parquet général de la Cour de cassation » (Proposition n°2¹⁹⁴⁵). La Commission estimait cette évolution « essentielle » en raison de l'organisation hiérarchique du ministère public¹⁹⁴⁶. Elle en appelait une autre puisqu'elle impliquait que les procureurs généraux ne soient plus nommés en conseil des ministres (proposition n°6¹⁹⁴⁷).
- « Soumettre la nomination des [...] magistrats du parquet à l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature » (proposition n°3¹⁹⁴⁸).
- « Transférer au Conseil supérieur de la magistrature le pouvoir de statuer en matière disciplinaire à l'égard des magistrats du parquet » (proposition n°4¹⁹⁴⁹).
- « Soumettre la décision de mutation d'office d'un magistrat du parquet dans l'intérêt du service à l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature » (proposition n°5¹⁹⁵⁰).

792. Pour partie semblables aux propositions du projet de loi constitutionnelle, certaines d'entre elles ont été reprises lors de la relance des discussions en mars 2016.

¹⁹⁴³ Projet de loi constitutionnelle, modifié par le Sénat, portant réforme du Conseil Supérieur de la Magistrature, n°186, 4 juil. 2013.

¹⁹⁴⁴ J.-L. NADAL (sous la dir.), *Refonder le ministère public*, préc., pp. 7-8 (la Commission y voyait un message fort, rappelant que c'est dans leur appartenance à l'autorité judiciaire que les magistrats du ministère public puisaient leur légitimité pour contrôler l'action de la police en veillant au respect des libertés et des droits fondamentaux, pour examiner la loyauté et la consistance des preuves avant de saisir le juge ou de s'exprimer, dans leurs réquisitions, au nom de la société »).

¹⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 9 et s.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 11.

¹⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 13.

¹⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 9 et s.

¹⁹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 11-12.

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*, p. 12.

L'éviction de la liste des postes pourvus en conseil des ministres des postes de procureurs généraux a, elle, abouti à l'occasion de l'adoption de la loi organique du 8 août 2016¹⁹⁵¹. D'autres, au contraire, n'ont pas été reprises – songeons à la proposition de soumettre à l'avis conforme du CSM toute décision de mutation d'office –, lorsqu'elles n'ont pas été explicitement exclues durant les débats parlementaires – pensons au transfert du pouvoir de propositions de chefs de parquet au CSM –¹⁹⁵².

793. L'acquiescement à de telles propositions -. Les autres propositions relatives à la nomination et à la discipline des magistrats du parquet sont généralement admises et soutenues¹⁹⁵³. Leur consécration reviendrait à constitutionnaliser une pratique observée par les ministres de la Justice successifs depuis 2008¹⁹⁵⁴. Elles permettraient d'« extraire le venin de la suspicion » en coupant davantage le « lien entre l'échelon politique et le parquet pour ce qui concerne les nominations »¹⁹⁵⁵ et auraient pour effet d'« affirmer l'unité du corps judiciaire, sans renoncer au modèle d'un ministère public exercé par des magistrats appliquant la politique pénale conduite par le garde des Sceaux »¹⁹⁵⁶. En d'autres termes, tout en renforçant l'autonomie fonctionnelle des magistrats du parquet, elles n'affecteraient ni les prérogatives du ministre de la Justice dans la détermination de la politique pénale ni l'application uniforme de celle-ci sur le territoire national. La pratique suivie par les ministres de la Justice successifs montre d'ailleurs qu'une affirmation des prérogatives du CSM en ce sens n'aurait pas d'implications sur la cohésion du ministère public ou sur l'application

¹⁹⁵¹ L. organique n°2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, préc.

¹⁹⁵² Lors de l'examen de celui-ci par l'Assemblée nationale en 2013, le rapporteur s'était montré hostile à cette proposition, estimant que si l'indépendance des membres du ministère public devait être affermie, les magistrats du parquet, contrairement à ceux du siège, étaient chargés de mettre en œuvre la politique pénale définie par le ministre de la Justice et qu'il était « par conséquent cohérent de permettre au pouvoir exécutif de choisir les magistrats chargés [de l'] appliquer ». Il avait donc préféré la confirmation des pratiques en vigueur, relevant qu'« une grande avancée a[vait] été obtenue depuis juillet 2012, date à partir de laquelle la garde des Sceaux a systématiquement soumis tous les postes du parquet à la 'transparence' – mécanisme permettant de connaître le nom de tous les candidats à un poste –, y compris les postes de procureurs généraux près les cours d'appel, d'avocats généraux près la Cour de cassation et d'inspecteurs et inspecteurs adjoints de l'inspection générale des services judiciaires ». Il relevait que Monsieur Marin, procureur général près la Cour de cassation y avait lui-même vu « une bonne pratique réduisant la suspicion qui pesait parfois sur les choix opérés par le Gouvernement et renforçant l'information des membres du CSM, désormais à même de comparer les mérites des différents candidats avant de rendre leur avis » (D. RAIMBOURG, Rapport n°1050, préc., pp. 39 et 64).

¹⁹⁵³ V. not., GROUPE PENAL DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, Contribution à la réforme du ministère public, préc., p. 40 et s. ; H. MATSOPOULOU, « Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet », *Gaz. Pal.*, n°117, 27 avril 2010, p. 15 ; SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, *Pour une révolution judiciaire. Refonder la justice au service de la démocratie*, 2012, pp. 36 ; CNDCH, *Avis sur l'indépendance de la Justice*, préc. ; R. GELLI, « Conclusions sur le statut du parquet » (à propos du Rapport « Nadal »), accessible à l'adresse : www.justice.gouv.fr/le-garde-des-sceaux-10016/edification-de-la-justice-du-21eme-siecle-26387.html ; J.-C. MARIN, Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 14 janv. 2016, accessible à l'adresse : www.courdecassation.fr, p. 6.

¹⁹⁵⁴ Ils ont, dans les faits, veillé à ne pas passer outre l'avis du Conseil supérieur de la Magistrature. V., *Ibid.* ; V. ég., J.-C. MARIN, Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 14 janv. 2016, préc.

¹⁹⁵⁵ J.-L. NADAL, « Les magistrats du parquet veulent plus d'indépendance », *Le Monde*, 10 janv. 2011.

¹⁹⁵⁶ D. RAIMBOURG, Rapport n°3218 sur le projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, préc., p. 10.

cohérente de la politique pénale nationale.

Une autre proposition - la création d'un procureur général de la Nation-, qui marquerait une rupture plus nette avec la Chancellerie, a toutefois gagné en acuité depuis la suppression des instructions individuelles¹⁹⁵⁷.

2) *La création d'un procureur de la Nation*

794. La proposition de création d'un « procureur général de la Nation » ou d'un « Chancelier »¹⁹⁵⁸ consisterait à substituer à la hiérarchie politique actuelle une hiérarchie « technique », assurant malgré une rupture plus nette du lien avec l'exécutif, la cohésion du ministère public et la cohérence de l'application de la politique pénale sur le territoire national¹⁹⁵⁹. Cette proposition, aujourd'hui soutenue par de hauts magistrats¹⁹⁶⁰, serait devenue nécessaire à l'application cohérente de la politique pénale, entamée par « la disparition d'un organe fédérateur du parquet » consécutive à la suppression des instructions individuelles¹⁹⁶¹. Pour Monsieur Marin, « la création d'un procureur général de la Nation ou d'un procureur général de la République ayant autorité sur l'ensemble du Ministère public et garant de l'application cohérente de la loi pénale sur le territoire national »¹⁹⁶² pallierait la perte de cohérence constatée. Une telle institution serait, en outre, « plus à même de faire coïncider, si cela était nécessaire, politique pénale voulue par le gouvernement et action publique conduite par les parquets en symbolisant un sas salutaire entre la décision politique et la sphère judiciaire »¹⁹⁶³. Cette proposition, qui

¹⁹⁵⁷ Proposition de loi constitutionnelle n°3930, instaurant la fonction de Procureur Général de la Nation, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 novembre 2011, Présentée par MM. J.-P. GRAND, M. BERNIER, J.-P. DECOOL, J. DOMERGUE, J. UERBERSCHLAG et M. ZUMKELLER ; Proposition de loi constitutionnelle n°664 instaurant la fonction de procureur général de la Nation, Enregistré à la Présidence du Sénat le 19 août 2015, Présentée par M. J.-P. GRAND ; V. ég., J.-L. NADAL, Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 7 janv. 2011, accessible à l'adresse :

www.courdecassation.fr/venements_23/audiences_solennelles_59/audiences_debut_annee_judiciaire_60/discours_m_nadal_18665.html ; *Ibid.*, « Un procureur général de la nation doit être instauré, indépendant du politique », *Le Monde*, 17 juin 2011 ; J.-C. MARIN, Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 14 janv. 2016, p. 6.

¹⁹⁵⁸ Ces différentes dénominations ont été employées par la Commission « Truche » ou dans les contributions annexées au Rapport de celle-ci.

¹⁹⁵⁹ J.-C. MARIN, Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 14 janv. 2016, p. 6.

¹⁹⁶⁰ J.-L. NADAL, « Un procureur général de la nation doit être instauré, indépendant du politique », *Le Monde*, préc. (L'auteur y note que « la création d'un procureur général de la Nation ou d'un procureur général de la République est seule de nature à assurer la cohésion du Ministère public et à consacrer la rupture du lien avec l'exécutif. Une telle démarche permettrait de corriger l'actuelle confusion qui règne sur le sens des missions confiées aux membres du parquet et sur leur rôle essentiel et multi-quotidien de protecteur des libertés individuelles ») ; J.-C. MARIN, Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 14 janv. 2016, préc. ; J.-C. MARIN, « L'indépendance statutaire du parquet est-elle compatible avec la définition d'une politique pénale nationale ? », préc.

¹⁹⁶¹ J.-C. MARIN, « L'indépendance statutaire du parquet est-elle compatible avec la définition d'une politique pénale nationale ? », préc.

¹⁹⁶² *Ibid.*

¹⁹⁶³ *Ibid.*

n'est pas véritablement nouvelle, suscite des réserves ayant jusqu'alors conduit à son rejet.

795. La complexité de la proposition -. La Commission « Delmas-Marty » avait évoqué la création d'une telle institution comme une solution possible du renforcement de l'indépendance des membres du ministère public¹⁹⁶⁴. Cette solution présentait, selon la Commission, le double mérite de détacher le ministère public de toute pression du pouvoir exécutif tout en préservant la détermination d'une politique pénale nationale » et son application uniforme sur le territoire¹⁹⁶⁵. Elle a cependant pointé la complexité, sinon le paradoxe de cette option, observant que si elle « n'exclu[ait] pas la possibilité d'une action coordonnée, elle pos[ait] le problème de sa légitimité » : pourrait-on « parler de 'politique pénale' si celle-ci [était] définie, imposée et mise en œuvre par une autorité dépourvue de toute légitimité démocratique directe ? Autrement dit, la substitution d'une hiérarchie technique à la hiérarchie politique actuelle n'entraîne[rait]-t-elle pas nécessairement soit une forme de 'gouvernement' de l'autorité judiciaire, soit le renoncement à toute politique pénale »¹⁹⁶⁶ ? Elle l'avait finalement rejeté au profit d'une affirmation des garanties statutaires du parquet français.

La Commission « Truche » l'a également envisagée pour finalement l'exclure, ses membres se demandant, d'une part, « à qui incomberait le choix d'une telle personnalité et quelles seraient alors sa légitimité à arrêter une politique nationale, son indépendance, sa responsabilité » et estimant, d'autre part, que le soupçon écarté du Gouvernement se reporterait probablement sur cette nouvelle autorité¹⁹⁶⁷.

La Commission « Balladur », à laquelle il avait été explicitement demandé de réfléchir à une telle proposition, l'a également exclue¹⁹⁶⁸, y voyant la source d'un amoindrissement du rôle du ministre de la Justice, voire le risque que la politique pénale échappe au contrôle de la représentation nationale¹⁹⁶⁹.

Une partie de la doctrine s'y montre également hostile, considérant que « [s]eul un pouvoir politique issu de l'élection qui lui confère sa légitimité, [peut être] habilité à être [l'] autorité unique [compétente pour] enjoindre aux parquets de ne poursuivre que

¹⁹⁶⁴ M. DELMAS-MARTY (sous la dir.), *La mise en état des affaires pénales*, op. cit., spéc. p. 129.

¹⁹⁶⁵ « La question de l'indépendance du ministère public à l'endroit du ministre de la Justice ne pourrait être posée « sans passer par [la] question préalable 'est-il possible de se passer d'une politique pénale ?' » que « toute réforme conduisant à une indépendance absolue du ministère public remet nécessairement en cause » dans son principe » (M. DELMAS-MARTY (sous la dir.), *La mise en état des affaires pénales*, op. cit., spéc. p. 129).

¹⁹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁹⁶⁷ P. TRUCHE (sous la Prés.), Rapport de la commission de réflexion sur la Justice, préc., pp. 30-31.

¹⁹⁶⁸ Lettre de mission, in COMITE DE REFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE REEQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA VE REPUBLIQUE, *Une Ve République plus démocratique*, préc., Annexe 2, p. 106, spéc. p. 108.

¹⁹⁶⁹ COMITE DE REFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE REEQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA VE REPUBLIQUE, *Une Ve République plus démocratique*, préc., p. 80 ; V. ég., J.-L. NADAL, « Quel rôle pour le ministère public ? », *D.* 2007, p. 2296.

sous certaines conditions bien précises »¹⁹⁷⁰.

796. Les interrogations suscitées par cette proposition sont donc de deux ordres. La première touche la légitimité de l'autorité envisagée, qui dépendra nécessairement des modalités de la nomination de ce procureur général de la Nation et ne seront pas sans répercussions sur l'indépendance de l'institution : s'il était nommé par le pouvoir exécutif, sa création ne remédierait pas à la problématique de la politisation de l'action publique¹⁹⁷¹. La seconde concerne la répartition des prérogatives entre ce procureur général de la Nation et le garde des Sceaux, sauf à risquer la création d'un ministère de la Justice « à deux têtes » affaiblissant le second. La marge de manœuvre est donc réduite, si bien qu'une solution alternative a parfois été proposée. Elle consisterait à modifier le statut du garde des Sceaux lui-même¹⁹⁷².

797. Les modalités admissibles -. Toutes les propositions en faveur de l'instauration d'un procureur général de la Nation s'accordent sur la nécessité que ce « fédérateur du ministère public à la française »¹⁹⁷³ appartienne à la magistrature. Tant la dénomination de cette institution que l'esprit qui anime sa création le commandent¹⁹⁷⁴. La difficulté tient plutôt à la conciliation entre l'indépendance de cette institution à l'égard du pouvoir exécutif et sa légitimité pour exercer de telles fonctions. Plusieurs propositions ont été formulées.

798. Ce procureur général de la Nation pourrait être désigné par le Parlement à la majorité qualifiée des trois cinquièmes¹⁹⁷⁵ ou par la formation compétente du CSM, après approbation à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés par chaque

¹⁹⁷⁰ S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », préc., p. 279 (qui estime *in fine* que « [t]oute proposition d'un 'procureur général de la nation' qui incarnerait cette autorité hiérarchique est vouée à l'échec par manque de légitimité »).

¹⁹⁷¹ V. not., J.-N. BASTELICA, « Observations sur l'indépendance du ministère public », in P. TRUCHE (sous la Prés.), Rapport de la commission de réflexion sur la Justice, Annexe, p. 265, spéc. p. 266 ; V. ég., H. NALLET, in P. TRUCHE (sous la Prés.), *Rapport de la commission de réflexion sur la Justice*, préc., spéc. p. 130.

¹⁹⁷² En ce sens, Monsieur Tourret estime que l'architecture judiciaire est surtout fragilisée par la non-reconnaissance de la spécificité du garde des Sceaux, dont la désignation devrait être ratifiée par le Parlement et « échapper aux aléas des remaniements gouvernementaux ». Cette « indépendance politique [qui le mettrait à l'abri des soupçons], lui permettrait d'établir un véritable rapport hiérarchique avec le parquet »¹⁹⁷². Sans aller jusqu'à une solution aussi radicale, les modalités admissibles de l'instauration du procureur général de la Nation peuvent être envisagées (L'intervention de Monsieur Alain Tourret, in D. RAIMBOURG, Rapport n°1050, préc., p. 55).

¹⁹⁷³ J.-C. MARIN, « L'indépendance statutaire du parquet est-elle compatible avec la définition d'une politique pénale nationale ? », préc.

¹⁹⁷⁴ V. not., GROUPE PENAL DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, Contribution à la réforme du ministère public, préc., p. 57 ; J.-P. GRAND, M. BERNIER, J.-P. DECOOL, J. DOMERGUE, J. UERBERSCHLAG et M. ZUMKELLER, Proposition de loi constitutionnelle n°3930, préc. ; V. égal, J.-C. MARIN, « L'indépendance statutaire du parquet est-elle compatible avec la définition d'une politique pénale nationale ? », préc.

¹⁹⁷⁵ GROUPE PENAL DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, Contribution à la réforme du ministère public, préc., p. 58.

assemblée parlementaire¹⁹⁷⁶. Ces propositions revêtent une certaine complexité et pourraient *in fine* être source de blocages. Elles présentent cependant l'avantage de garantir à l'institution la légitimité démocratique nécessaire à l'exercice de sa fonction, l'approbation du candidat désigné à la majorité qualifiée excluant, elle, que le magistrat nommé soit simplement plébiscité par la majorité politique. Sauf écrasante majorité au sein des chambres parlementaires, députés et sénateurs seraient *de facto* contraints de s'entendre sur la désignation d'une personnalité présentant toutes les qualités et l'expérience requises à cette fonction par-delà les clivages politiques.

L'indépendance de cette autorité pourrait, en outre, être accrue par les conditions de sa révocation éventuelle et par la durée de son mandat. Certains ont envisagés qu'il ne soit pas révocable¹⁹⁷⁷ ou qu'il ne le soit qu'à l'initiative du CSM et selon les mêmes conditions que sa nomination¹⁹⁷⁸. Un mandat long, de sept années par exemple¹⁹⁷⁹, et non renouvelable¹⁹⁸⁰, permettrait également de s'assurer que l'action de ce procureur général ne puisse être influencée par la volonté d'être reconduit dans ses fonctions¹⁹⁸¹.

799. Ces garanties le mettraient à l'abri de toute instrumentalisation dans l'exercice de ses fonctions. Il serait alors acceptable que le garde des Sceaux puisse lui adresser des instructions générales, auxquelles il serait tenu¹⁹⁸². A défaut, la légitimité de son action impliquerait l'adoption d'une loi annuelle de politique pénale, dont le procureur général de la Nation devrait rendre compte annuellement au Parlement¹⁹⁸³, au risque toutefois d'une perte de lisibilité. Compte tenu des garanties statutaires envisagées¹⁹⁸⁴, les propositions favorables à la création d'une telle institution n'ont pas non plus exclu que le ministre de la Justice puisse lui adresser des instructions individuelles – écrites et versées au dossier de la procédure –, à charge alors pour lui de les faire « redescendre » aux membres du parquet. Cette possibilité s'inscrirait toutefois, dorénavant, à contre-courant des évolutions de la loi du 25 juillet 2013.

¹⁹⁷⁶ J.-P. GRAND, M. BERNIER, J.-P. DECOOL, J. DOMERGUE, J. UERBERSCHLAG et M. ZUMKELLER, Proposition de loi constitutionnelle n°3930, préc.

¹⁹⁷⁷ Le Groupe pénal du Syndicat de la magistrature rejetait l'idée d'une révocation (*Ibid.* p. 58).

¹⁹⁷⁸ J.-P. GRAND, M. BERNIER, J.-P. DECOOL, J. DOMERGUE, J. UERBERSCHLAG et M. ZUMKELLER, Proposition de loi constitutionnelle n°3930, préc., art. 3.

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁹⁸⁰ GROUPE PENAL DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, Contribution à la réforme du ministère public, préc., p. 58 ; J.-P. GRAND, M. BERNIER, J.-P. DECOOL, J. DOMERGUE, J. UERBERSCHLAG et M. ZUMKELLER, Proposition de loi constitutionnelle n°3930, préc., art. 3.

¹⁹⁸¹ GROUPE PENAL DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, Contribution à la réforme du ministère public, préc., p. 58.

¹⁹⁸² *Ibid.* ; V. ég., J.-C. MARIN, « L'indépendance statutaire du parquet est-elle compatible avec la définition d'une politique pénale nationale ? », préc.

¹⁹⁸³ GROUPE PENAL DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, Contribution à la réforme du ministère public, préc., p. 58.

¹⁹⁸⁴ Le groupe pénal du syndicat de la magistrature a estimé que « [c]ompte tenu des garanties entourant [sa nomination], il peut être considéré qu'il n'existe pas de risque réel à maintenir la possibilité pour le garde des Sceaux de lui adresser des instructions individuelles », sous réserve que ces instructions soient écrites et versées au dossier de la procédure concernée (GROUPE PENAL DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, Contribution à la réforme du ministère public, préc., p. 58).

800. La création d'un procureur général de la Nation impliquerait enfin de s'attacher aux relations entretenues par celui-ci avec les autres magistrats du ministère public. Il conviendrait d'éviter que les critiques et suspicions qui portent actuellement sur le ministre de la Justice ne se reportent finalement sur celui-ci¹⁹⁸⁵.

En la matière, les propositions s'accordent sur la possibilité pour le procureur général de la Nation d'adresser des instructions générales relatives à l'action publique. Il serait par là même appelé à devenir « un interlocuteur irremplaçable pour évaluer la faisabilité de la détermination de telle ou telle priorité ou axe de politique pénale »¹⁹⁸⁶. Elles n'excluent pas qu'il puisse aussi leur adresser des instructions individuelles. C'est là l'un des aspects essentiels de sa création, ses partisans y voyant surtout un moyen de pallier le manque de cohérence dans l'application de la politique pénale qui peut résulter de la suppression de l'organe fédérateur à l'échelon national¹⁹⁸⁷. Ces instructions ne seraient cependant acceptables que sous réserve qu'elles soient écrites et versées au dossier¹⁹⁸⁸.

S'il existe un certain consensus entre les différents travaux envisageant la création du procureur général de la Nation sur ces points, plus discutée est en revanche la question des attributions de cette nouvelle autorité dans le processus de nomination et la discipline des magistrats du parquet. Certaines propositions envisagent de lui donner le pouvoir de les nommer « après avis du Conseil supérieur de la magistrature », d'initier une procédure disciplinaire à leur encontre et de proposer une sanction au CSM, alors installé en conseil de discipline des magistrats du ministère public¹⁹⁸⁹. Elles n'excluent pas non plus que ce procureur général puisse saisir l'Inspection générale des services judiciaires afin qu'il soit procédé à une enquête¹⁹⁹⁰. D'autres au contraire rejettent toute idée de lui confier des prérogatives dans la gestion de la carrière de magistrats du parquet, préférant un renforcement des attributions du CSM : avis conforme avant toute proposition de nomination, installation du CSM en tant que conseil de discipline des magistrats du parquet, transfert du pouvoir de proposition pour la nomination des

¹⁹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁹⁸⁶ J.-C. MARIN, « L'indépendance statutaire du parquet est-elle compatible avec la définition d'une politique pénale nationale ? », préc.

¹⁹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸⁸ GROUPE PENAL DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, Contribution à la réforme du ministère public, préc., p. 60.

¹⁹⁸⁹ J.-P. GRAND, M. BERNIER, J.-P. DECOOL, J. DOMERGUE, J. UERBERSCHLAG et M. ZUMKELLER, Proposition de loi constitutionnelle n°3930, préc., art. 3. (A la lecture de cette proposition, plusieurs questions restent en suspens à la lecture de ces préconisations : l'avis préalable à la nomination des procureurs serait-il conforme ou simple ? Qui du procureur général de la Nation, du Conseil supérieur de la magistrature ou du ministère de la Justice serait investi du pouvoir de proposition ?

¹⁹⁹⁰ *Ibid.*

chefs de parquet¹⁹⁹¹. Dans ce cas, la création de cette nouvelle autorité centrale ne serait donc pas exclusive d'une amélioration des garanties statutaires des membres du ministère public. Elle aurait finalement pour seule vertu d'assurer à l'action publique la cohérence qui peut aujourd'hui lui manquer, sans que cet impératif puisse justifier « le retour vers un Ministère centralisateur de l'action publique »¹⁹⁹².

801. La réforme actuellement envisagée -. Telles étaient les deux options ouvertes, la voie d'un renforcement des garanties statutaires, généralement privilégiée, ayant *a priori* eu les faveurs. De nouvelles propositions en ce sens ont été formulées en juin¹⁹⁹³, dont l'aboutissement paraissait favorisé par la configuration de l'Assemblée nationale. Si on s'en tient aux propositions de campagne du candidat élu, il s'agirait de faire adopter la révision constitutionnelle relative au Conseil Supérieur de la Magistrature sur la base du texte adopté par l'Assemblée nationale en première lecture en juillet 2013. Aussi, inclurait-elle une « rénovation » du CSM, présidé par une personnalité extérieure au corps de la Magistrature et concourant, par ses avis et ses décisions, à l'indépendance de la justice. Il s'agirait, en outre, de « consolider l'interdiction faite au ministre de la justice de donner des instructions dans les affaires individuelles »¹⁹⁹⁴. Le programme n'est toutefois pas plus précis sur ce dernier point. Les discussions sont en cours.

802. La compatibilité de ces propositions avec les standards européens -. Les similitudes entre les propositions prochainement portées avec celles envisagées en 2013 devraient assurer la compatibilité du statut du procureur français avec les recommandations formulées par les différentes enceintes européennes et apaiser la suspicion qui demeure sur l'indépendance opérationnelle des magistrats du ministère public. Tant l'ECE du GRECO que la Commission européenne, faisant cas des propositions de révision du statut des membres du ministère public, avaient invité le législateur à concrétiser ces projets, semblant par là même reconnaître leur intérêt pour la satisfaction des standards qu'elles rappelaient¹⁹⁹⁵.

Si la question de l'indépendance des membres du ministère public à l'égard du pouvoir politique est de loin celle que les droits européens ont le plus nettement ravivé, la jurisprudence européenne convie également à s'interroger sur l'insuffisance des

¹⁹⁹¹ GROUPE PENAL DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, Contribution à la réforme du ministère public, préc., p. 59.

¹⁹⁹² J.-C. MARIN, « L'indépendance statutaire du parquet est-elle compatible avec la définition d'une politique pénale nationale ? », préc.

¹⁹⁹³ V. not., L. CADIET, « Statut du parquet : le retour. Mais lequel ? », *Procédures* 2017, rep. 8.

¹⁹⁹⁴ En Marche !, Le programme d'Emmanuel Macron, Justice, Objectif n°4.

¹⁹⁹⁵ V. *Supra*, n°571 et n°580.

garanties qui accompagnent l'affirmation du devoir d'impartialité des magistrats du ministère public.

B. L'effectivité de son impartialité personnelle

803. L'arrêt *Vera Fernández-Huidobro*¹⁹⁹⁶ invite à sortir d'une vision manichéenne de l'impartialité du procureur, consistant à considérer que dès lors qu'il n'est pas le juge qui tranche la question du bien-fondé de l'accusation en matière pénale, l'exigence européenne ne s'impose à lui. Certes, l'impératif d'impartialité tel qu'il ressort explicitement de l'article 6§1 ne vise que le « tribunal » au sens européen¹⁹⁹⁷. La vision européenne est toutefois plus complexe. En effet, dès lors que l'impartialité de l'autorité qui dirige les investigations et qui poursuit participe à la préservation de l'équité de la procédure, un doute sur son impartialité doit être pris en considération dans l'appréciation du respect du droit à un procès équitable¹⁹⁹⁸. Certes, le constat d'un défaut d'impartialité n'impliquerait pas *ipso facto* un constat de violation. Il suffirait en effet d'être en mesure de s'assurer que l'intervention d'une autre autorité, dont l'impartialité n'est pas sujette à caution, a remédié au vice initial. L'on sait cependant que cette conception n'a pas fait consensus au sein de la Cour, la seule reprise des investigations ne pouvant suffire, selon certains juges européens, à pallier ce vice¹⁹⁹⁹.

804. L'analyse européenne recèle d'intéressantes implications. Il conviendrait, d'une part, d'avoir davantage d'égards aux soupçons de partialité du procureur de la République, inspirés par ses déclarations ou par ses relations ou engagements personnels, qui ne sont aujourd'hui envisagés que sous l'angle déontologique. Il conviendrait, d'autre part, de prendre en considération la mutation de la mise en état des affaires pénales. Dans la logique initiale du système français, l'intervention ultérieure d'un juge d'instruction dont l'impartialité est garantie par des mécanismes préventif et curatif, pouvait compenser l'éventuelle partialité du procureur de la République. Or, dès lors que le procureur de la République se substitue régulièrement à lui dans la direction fonctionnelle des investigations et décide à l'issue de celles-ci du renvoi en jugement sans passer par l'information, un doute sur son impartialité devrait être pris en compte.

Deux mécanismes, l'un préventif - la récusation (1) -, l'autre curatif - la sanction procédurale des actes accomplis à défaut de dépôt (2) - peuvent être envisagés à cette

¹⁹⁹⁶ CEDH, 6 janv. 2010, *Fernández-Huidobro c. Espagne*, préc.

¹⁹⁹⁷ V. *Supra*, n°585 et s.

¹⁹⁹⁸ V. *Supra*, n°588 et s.

¹⁹⁹⁹ V. *Supra*, n°591.

fin, voire cumulés entre eux. Ils ont chacun des avantages et des inconvénients.

1) La consécration d'un mécanisme préventif : la récusation

805. Plusieurs auteurs estiment que le maintien de l'irrécusabilité du procureur de la République donne à l'affirmation de son impartialité les allures d'une réforme au milieu du gué, la récusation étant une garantie participant classiquement à l'effectivité de cette exigence²⁰⁰⁰.

806. Absence d'obligation européenne et justifications traditionnelles du maintien de l'irrécusabilité du procureur -. Certes, l'existence de tels mécanismes, laissés à l'initiative de la personne soupçonnant l'impartialité du magistrat, ne semble pas être imposée par la jurisprudence européenne²⁰⁰¹. L'irrécusabilité du procureur est, en outre, traditionnellement justifiée par sa qualité d'adversaire au procès et par l'indivisibilité du ministère public. En ce sens, Madame le Professeur Rassat estime que cette indivisibilité, caractéristique de l'institution, « interdit de faire un choix entre les différents hommes qui le composent et dont l'individualité se fond dans la fonction »²⁰⁰². Elle rejette, par là même, toute remise en cause de son irrécusabilité.

807. La critique centenaire du maintien de cette règle -. Bien que parfaitement ancrée, cette règle n'en est pas moins contestée. Hélie, déjà, objectait que « le ministère public n'est point une simple partie ; qu'il remplit une mission de la loi, et que le ministre de la loi doit être pur et impartial comme elle ; qu'il n'est plus impartial dès qu'il trouve dans ses intérêts ou dans ses affections d'autres désirs et d'autres vues que ceux que son ministère exige ; qu'il cesse d'être pur dès que s'apercevant lui-même des motifs qui le tireraient hors des voies de la justice, il ne s'exclut pas des fonctions qui peuvent en être altérées ou profanées »²⁰⁰³. Répondant à l'argument suivant lequel l'indépendance de l'action publique pourrait être compromise si l'officier qui l'exerce pouvait être récusé, et donc soumis au contrôle du tribunal chargé de la récusation, l'auteur ajoutait qu'« il ne faut pas confondre l'action et la cause de la récusation personnelle du magistrat : le tribunal se bornerait à apprécier cette cause ; comment l'indépendance de l'action pourrait-elle en souffrir ? »²⁰⁰⁴.

²⁰⁰⁰ V. *Supra*, n°407.

²⁰⁰¹ V. *Supra*, n°592.

²⁰⁰² M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n° 177, p. 182.

²⁰⁰³ F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, t. II, *op. cit.*, pp. 38-39.

²⁰⁰⁴ *Ibid.*

Garraud l'avait également contestée, indiquant, lui, qu'« [a]dmettre le droit de récusation du ministère public en matière pénale, ne serait pas [...] permettre au prévenu de récuser le procès »²⁰⁰⁵. Il ajoutait que « la récusation ne saurait porter que sur l'individu qui remplit les fonctions de ministère public : cet individu pouvant être remplacé par un autre membre du parquet [...]. Dans ces limites, admettre la récusation ne serait pas permettre au prévenu de récuser le procès lui-même, mais de récuser un des organes du ministère public dont il peut suspecter, à bon droit, l'impartialité »²⁰⁰⁶. Il concluait que « le droit de récusation du ministère public est une institution qu'il est regrettable de ne pas trouver organisée dans la procédure française »²⁰⁰⁷.

Plus récemment, Monsieur le Professeur Roets a également estimé qu'« affirmer qu'en récusant la partie on récuse le tout relève d'une fiction »²⁰⁰⁸. Au contraire, « d'un point de vue fonctionnel, l'indivisibilité du parquet tendrait à faciliter le remplacement du magistrat éventuellement récusé »²⁰⁰⁹, rejetant alors l'autre argument régulièrement avancé à l'encontre d'une évolution en ce sens.

L'obligation de se déporter en application des obligations déontologiques, de même que celle de se faire remplacer lorsque le magistrat suppose en sa personne un conflit d'intérêt ou estime en conscience devoir s'abstenir conformément à l'article L. 111-7, alinéa 2, du COJ sont d'ailleurs, à nos yeux, des manifestations concrètes de ce que le remplacement d'un membre du ministère public n'est pas inenvisageable et qu'il n'évince en rien « le tout ».

808. L'efficacité incertaine de ce mécanisme dans la perspective de la préservation de l'équité de la procédure dès l'enquête -. L'efficacité d'un tel mécanisme pour s'assurer que l'équité de la procédure ne soit pas entachée par la partialité de celui qui représente le parquet au stade des investigations est toutefois incertaine. La difficulté ne tient pas tant à la possibilité ou non de remplacer le magistrat concerné. Elle réside plutôt dans l'instant à partir duquel le « simple » suspect peut avoir connaissance de la personne qui représente le ministère public et, donc, du moment à partir duquel il peut avoir un doute sur son impartialité. Si, pendant l'information judiciaire, la personne mise en cause a nécessairement connaissance de « son » juge, le suspect peut n'avoir connaissance de la personne qui représente le parquet qu'à la fin de l'enquête voire au stade du jugement. En outre, compte tenu de l'indivisibilité du ministère public, il se peut que celui qui requiert à l'audience ne soit pas celui qui a suivi

²⁰⁰⁵ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. I, Recueil Sirey, Paris, 1907, p. 195.

²⁰⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁰⁸ D. ROETS, *Impartialité et justice pénale*, Travaux de l'Institut de Sciences criminelles, Vol. XVIII, 1997, Cujas, n°342, p. 210.

²⁰⁰⁹ *Ibid.*

l'avancement des investigations et pris la décision de poursuivre, « [l]a charge de travail oblige[ant] à segmenter les rôles, surtout dans les juridictions les plus importantes »²⁰¹⁰. Finalement, en dehors des affaires médiatisées, comment le suspect pourrait-il douter de l'impartialité du magistrat du parquet qui a dirigé les investigations durant celle-ci et, donc, la mettre en cause afin qu'elles soient conduites de manière impartiale ?

809. Si tant est que la récusation soit possible, la demander à un moment aussi tardif ne pourrait empêcher que l'équité de la procédure soit compromise en raison de la partialité du magistrat qui a dirigé les investigations et décidé des suites à donner. Dès lors, bien que la possibilité de récuser un membre du ministère public puisse évidemment être défendue dans une autre perspective, le fait que ce mécanisme puisse ne pas être efficace pour assurer le caractère équitable de la procédure dès le stade de l'enquête invite certainement à privilégier un autre mécanisme qui, bien que curatif, revêt une dimension préventive.

2) Le recours à un mécanisme curatif aux vertus préventives : la sanction procédurale

810. Le maintien, par la chambre criminelle, de sa position à l'égard des représentants du parquet -. La chambre criminelle n'a pas infléchi sa position traditionnelle en vertu de laquelle le motif pris de l'impartialité du procureur de la République est inopérant²⁰¹¹. Or, c'est à la prise en considération de celui-ci qu'invite, selon nous, le raisonnement suivi par la Cour européenne dans son arrêt *Vera Fernández-Huidobro*²⁰¹².

811. La contrariété des solutions -. Le maintien de cette position à l'égard des procureurs est d'ailleurs déroutant à différents égards. D'abord, parce que la chambre criminelle juge parallèlement, sur le fondement de l'exigence d'impartialité prévue à l'article 6§1 de la Convention européenne, que le motif pris de l'éventuelle partialité du juge d'instruction peut être opérant²⁰¹³, bien que le magistrat instructeur ne soit, pas

²⁰¹⁰ E. CAMOUS, « L'enquête à décharge menée par le procureur de la République », préc.

²⁰¹¹ V. *Supra*, n°412.

²⁰¹² V. *Supra*, n°588.

²⁰¹³ Cass. crim., 23 mars 2004, *Bull.* n°76, *JCP éd. G.* 2004. IV. 2023 ; *RJC* 2004, p. 668, obs. A. GIUDICELLI (dans cet arrêt, la chambre criminelle a jugé que c'est à tort qu'une chambre de l'instruction a considéré « pour déclarer irrecevable la requête en annulation présentée par les personnes mises en examen, au motif que le magistrat n'offrait pas toute garantie objective d'impartialité [...] que les dispositions de l'article 6§1 de la Convention [...] ne s'appliquent pas au juge d'instruction, lequel ne pouvait faire l'objet que d'une demande de récusation ou d'une demande de dessaisissement ». Seul l'inexistence d'un véritable doute sur la partialité du juge d'instruction explique en définitive le rejet du pourvoi, la Cour estimant que « l'intervention du conjoint du juge d'instruction en qualité d'avocat du commissaire au redressement judiciaire de la société X..., dans une procédure distincte, clôturée

d'avantage que le procureur, le tribunal chargé de se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation au sens européen. Surtout, parce que la Haute juridiction, se positionnant sur le terrain du droit à un procès équitable, admet que des doutes sur l'impartialité personnelle d'un enquêteur peuvent être invoqués au soutien d'une demande d'annulation des actes réalisés²⁰¹⁴.

812. L'extension du raisonnement tenu par la Cour à l'égard de la partialité des enquêteurs aux représentants du ministère public -. Pourquoi ne pourrait-elle donc pas étendre ce raisonnement au procureur, ce qui rendrait sa jurisprudence certainement plus harmonieuse ? On peut en effet se demander ce qui justifierait qu'il en aille autrement pour « ceux qui, aujourd'hui plus qu'hier, sont au cœur de tout le dispositif pénal » et pourquoi des considérations personnelles, familiales ou encore amicales faisant naître un doute objectivement fondé sur l'impartialité d'un magistrat du parquet ne pourraient permettre de remettre en cause la régularité des actes exécutés à sa demande et sous son autorité²⁰¹⁵. Indéniablement, « [l]a qualité de la justice pénale a tout à [...] gagner » à ce que la chambre criminelle admette que la nullité de tout ou partie des actes de la procédure puisse être requise sur ce fondement et que toutes les conséquences soient tirées d'une situation d'implication personnelle avérée du magistrat de nature à porter atteinte au caractère équitable de la procédure²⁰¹⁶. Madame Lazerges-Cousquer et Monsieur Desportes n'appellent pas à une autre solution lorsqu'ils estiment que « l'annulation doit être envisagée chaque fois que la recherche de la vérité a pu être 'viciée' par le comportement partial de l'autorité de poursuites »²⁰¹⁷.

813. L'imperfection de cette solution relativisée par la dimension préventive de la sanction procédurale -. Cette solution n'est certes pas parfaite. Elle implique en effet que toute ou partie de la procédure puisse être annulée à un stade particulièrement avancé. Toutefois, indépendamment du sentiment de justice qu'elle peut inspirer – l'image de la justice se trouvant troublée chaque fois que l'objectivité requise de celui qui investit et qui poursuit fait défaut²⁰¹⁸ -, la dimension préventive

à la date de l'ouverture de l'information objet du pourvoi, n'est pas de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité du magistrat concerné »).

²⁰¹⁴ Cass. crim., 14 mai 2008, *Bull. crim.* n°115, *RSC* 2008, p. 631, obs. A. GIUDICELLI ; *AJ pén.* 2008, p. 328, obs. G. ROUSSEL.

²⁰¹⁵ En ce sens, V. not., A. GIUDICELLI, « Le défaut d'impartialité d'un enquêteur comme cause possible de nullité de la procédure », préc.

²⁰¹⁶ A. GIUDICELLI, « Principe d'impartialité : comment l'appliquer au ministère public ? », préc.

²⁰¹⁷ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°312, p. 212.

²⁰¹⁸ Pour des exemples de comportements fâcheux, V. not., S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », préc., pp. 281-282 (l'auteur privilégiait toutefois la voie de la sanction disciplinaire de tout comportement condamnable – ne serait-ce que par un simple blâme – par un CSM néanmoins rénové et majoritairement composé de membres issus de la société civile puisqu'« [a]près tout, lorsqu'on représente l'intérêt public, ceux de la nation, dans l'exercice, au quotidien, de ses fonctions de poursuite [...], il n'est pas anormal que l'on soit placé sous le regard vigilant de ceux au nom de qui cet intérêt est défendu »).

de ce mécanisme ne doit pas être occultée. Le risque d'une sanction procédurale incitera au déport qui s'impose déjà en application des obligations déontologiques du magistrat.

814. Participant de l'ancrage des magistrats du parquet au sein de l'autorité judiciaire, le renforcement des garanties statutaires et la prise en considération d'une éventuelle partialité des procureurs dans l'appréciation du caractère équitable de la procédure contribueraient à la mise en conformité du système français aux standards européens. Ces réformes n'apparaissent ni particulièrement irréalistes, ni spécialement perturbatrices.

Confortant l'appartenance des magistrats du ministère public à l'autorité judiciaire (au sens français), ces évolutions n'éviteraient toutefois pas la question du contrôle du juge. Elles seraient sans effet sur la position de la Cour européenne, déniaient au parquet sa qualité d'autorité judiciaire (au sens européen) par ce seul fait qu'il est appelé à devenir l'autorité poursuivante. La question du renforcement du contrôle du JLD, dont la réalité reste soumise à discussion, demeure-t-elle posée.

§2^d- Le renforcement du contrôle du juge des libertés et de la détention

815. Il serait concevable d'envisager ici le renforcement des attributions du JLD par l'affirmation des droits de la défense de la personne mise en cause. La reconnaissance au profit du suspect du droit de solliciter des investigations complémentaires auprès du procureur impliquerait, en effet, par souci d'assurer l'effectivité du droit reconnu à l'intéressé, de lui permettre d'accéder au JLD pour contester le refus du parquet. De même, nous pourrions imaginer, comme l'avait fait le législateur avec la loi du 15 juin 2000²⁰¹⁹, de renforcer le contrôle du JLD sur la durée de l'enquête préliminaire et de lui permettre de décider le passage à une autre phase procédurale, garantissant à l'intéressé davantage de droits. Ces aspects, qui sont intimement liés aux droits reconnus au suspect durant la phase d'enquête, seront abordés ultérieurement²⁰²⁰. Il ne sera ici question que du renforcement du rôle du JLD tel qu'il est conçu aujourd'hui, c'est-à-dire de son intervention sporadique pour autoriser les mesures les plus intrusives durant l'enquête.

Le manque d'effectivité de ce contrôle, auxquelles les dernières évolutions

²⁰¹⁹ L. n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, préc.

²⁰²⁰ V. *Infra*, n°874 et s.

législatives et jurisprudentielles n'apportent qu'une première réponse, invite à s'interroger sur sa normalisation, aussi bien *a priori* à travers l'autorisation de procéder à la mesure sollicitée (A) qu'*in situ* à travers l'examen par le juge du déroulement de la mesure qu'il a autorisée (B).

A. La normalisation du contrôle *a priori*

816. Si on met de côté certains arrêts européens dont l'interprétation et la portée restent incertaines, la jurisprudence de la Cour ne paraît pas imposer une évolution de la répartition des rôles entre le juge et le procureur de la République au stade de l'enquête. Les règles en vigueur semblent en effet garantir l'intervention du juge du siège dans chaque hypothèse où les juges européens exigent l'intervention d'une autorité judiciaire présentant toute l'indépendance requise²⁰²¹. L'absence d'exigences européennes n'interdit toutefois pas de s'interroger sur la rationalisation de l'étendue de l'office du JLD au stade de l'enquête. Ces impératifs supranationaux constituent en effet des standards minimums qui ne peuvent être envisagés comme un obstacle à toute évolution législative, surtout lorsque celle-ci est de nature à améliorer l'harmonie des règles en vigueur. Plusieurs auteurs ont en effet fait observer qu'au fur et à mesure des réformes récentes, les dispositions encadrant l'office du juge au stade de l'enquête ont perdu en cohérence²⁰²², invitant alors à une rationalisation des règles applicables²⁰²³ ou regrettant que le législateur ne se soit pas davantage soucié du sentiment de disharmonie qu'elles inspirent lorsqu'il a posé les jalons de la procédure pénale du XXI^e siècle²⁰²⁴.

Cet effort de rationalisation peut porter sur l'étendue du contrôle (1) ou sur les obligations mises à la charge du juge (2).

1) *La rationalisation de l'étendue du contrôle du juge des libertés et de la détention*

817. Il est nécessaire de distinguer ici le cas des mesures privatives de liberté durant l'enquête de celui des mesures portant atteinte au droit au respect de la vie privée, chacun posant des questions différentes.

²⁰²¹ V., *Supra*, n°612 et s.

²⁰²² V. not., J.-C. FOMBONNE, in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 6, spéc., pp. 1 et s.

²⁰²³ V. not., P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Le régime juridique de la géolocalisation : une pierre de plus à la mosaïque processuelle pénale », préc. et « Quel juge pour l'enquête ? », préc., spéc. pp. 88 et s.

²⁰²⁴ E. DAUD et A. JACQUIN, « Le juge des libertés et de la détention, avatar ou résurrection ? », préc. ; J. LEBLOIS-HAPPE, « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et la mise en état des affaires pénales - quo vadis ? », préc.

818. Le cas des mesures privatives de liberté -. Le contrôle des mesures privatives de liberté avant jugement disponibles dans le cadre de l'enquête – ainsi, tout particulièrement, de la garde à vue – est, de loin, celui qui alimente le plus de discussions depuis les arrêts *Medvedyev* et *Moulin*. Sous réserve de l'interprétation donnée à l'arrêt *Gutsanovi*, on peut admettre, à la lumière de la jurisprudence européenne actuelle, qu'une évolution des dispositions internes ne s'impose pas.

819. Rien n'interdit cependant de promouvoir le renforcement du contrôle du JLD. Plusieurs auteurs ont encouragé de telles évolutions, soit dans le cadre d'une recomposition de la mise en état des affaires pénales²⁰²⁵, soit dans celui de retouches plus ponctuelles²⁰²⁶, en s'inspirant parfois de la législation d'autres Etats européens, plus protectrice que le droit français à cet égard²⁰²⁷.

820. Plusieurs options ont été envisagées. La première consisterait à maintenir la compétence actuelle du procureur de la République, avec toutefois, à titre de compensation, l'aménagement d'un recours devant un juge sur le modèle de l'*habeas corpus* espagnol²⁰²⁸. Le juge, dont l'intervention serait donc facultative, interviendrait en tant qu'autorité de contestation²⁰²⁹.

Une autre voie serait de prévoir l'intervention du JLD dès la première

²⁰²⁵ V. not., S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », préc., pp. 277 et 281 ; V. ég., J. DECHEPY, *Les mutations de la chambre de l'instruction, Propositions pour une reconstruction de l'avant-procès pénal autour d'une juridiction du second degré*, Préf. E. Verny, Bibliothèque des Sciences criminelles, t. 59, L.G.D.J., Lextenxo Editions, 2014, Issy-les-Moulineaux, spéc. pp. 338 et s. ; N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, op. cit., n°630, p. 616 et s.

²⁰²⁶ V. not., H. MATSOPOULOU, « Quelle étendue de la juridictionnalisation ? », préc., spéc., pp. 73-75 ; P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Quel juge pour l'enquête ? », préc., spéc. p. 89 ; S. PELLE, « Repenser le pouvoir de contrainte policier et judiciaire », préc., spéc. p. 171.

²⁰²⁷ Ainsi du droit allemand, l'article 104 de la loi fondamentale énonçant que « pour toute privation de liberté non ordonnée par le juge, une décision juridictionnelle devra être provoquée sans délai. La police ne peut, de sa propre autorité, détenir quelqu'un sous sa garde au-delà du jour qui suit son arrestation » (V., Rapport Sénat, Documents de travail, série Législation comparée, n°LC 204 (décembre 2009), *La garde à vue*, spéc. p. 11). De même, le droit danois prévoit « que toute personne qui a été arrêtée doit être présentée à un juge dans un délai de vingt-quatre heures » (*Ibid.*, pp. 25-27). D'autres paraissent, en revanche, comparables. Il en va par exemple ainsi de la législation italienne, qui impose au ministère public de solliciter la validation de la mesure d'arrestation, dans les quarante-huit heures, au juge des investigations préliminaires (*Ibid.*, p. 38).

²⁰²⁸ Cette procédure permet à toute personne illégalement détenue (son domaine d'application excède donc le cas des privations de liberté à l'occasion d'une procédure répressive) d'être remise rapidement en liberté, sur décision d'un juge saisi par elle, un de ses proches, son tuteur éventuel voire le Défenseur du peuple ou le juge d'instruction lui-même. Lorsqu'elle est détenue au-delà d'un délai de 72 heures par les forces de police ou que les droits dont elle doit bénéficier en application de la Constitution ou des lois criminelles (droit d'être informée des faits pour lesquels elle a été arrêtée, droit de garder le silence, droit à l'assistance d'un avocat, droit de communiquer à un proche de son choix sa détention et le lieu de celle-ci, droit d'être examinée par un médecin, droit à l'assistance d'un interprète...). La demande d'*habeas corpus* est examinée par le juge d'instruction. Dans les vingt-quatre heures suivant l'ordonnance accusant réception de cette demande, le juge doit rendre sa décision. Celle-ci peut consister à confirmer que la garde à vue s'est déroulée légalement, à mettre en liberté la personne illégalement détenue, à autoriser la continuation de la garde à vue dans un autre commissariat ou sous la garde d'autres officiers de police judiciaire ou à imposer que la personne détenue soit mise à la disposition du juge si le délai maximal de 72 heures a expiré (V. not., J.-C. HEDER, « L'*habeas corpus* en droit espagnol : application en France ? », 24 août 2010, accessible à l'adresse : www.village-justice.com/articles/habeas-corpus-droit-espagnol,8342.html).

²⁰²⁹ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Quel juge pour l'enquête ? », préc., spéc. p. 89.

prolongation de la mesure, tout en permettant au suspect de le saisir afin qu'il se prononce dans les quelques heures qui suivent le placement en garde à vue, apprécie la légalité de la mesure et ordonne, le cas échéant, une remise en liberté immédiate²⁰³⁰. Un tel dispositif, qui excéderait sur certains aspects l'*habeas corpus* espagnol, risquerait toutefois d'engendrer un allongement de la durée de la mesure²⁰³¹, finalement défavorable à la personne retenue. La cohérence du droit impliquerait également d'adapter en conséquence les dispositions applicables à l'information judiciaire. Si un tel mécanisme devait s'imposer dans le cadre des gardes à vue décidées lors d'une enquête, il devrait être également prévu dans le cadre d'une instruction.

La troisième option, qui a régulièrement la préférence de la doctrine²⁰³², semble donc plus pertinente. Elle consisterait à imposer l'intervention du JLD en amont de toute prolongation²⁰³³.

821. Le contrôle des mesures attentatoires au droit au respect de la vie privée -. Les règles relatives au contrôle judiciaire des mesures intrusives ont, au fil des réformes, pris l'allure d'une mosaïque disharmonieuse²⁰³⁴. Alors que certaines, en principe soumises à l'autorisation préalable du juge, peuvent être ordonnées par le parquet en cas d'urgence²⁰³⁵, d'autres ne permettent pas de faire exception à ce « mandat » judiciaire²⁰³⁶. Le régime des géolocalisations a ajouté à la confusion²⁰³⁷ en imposant, d'une part, l'intervention du JLD uniquement lorsque la mesure doit être prolongée (C.P.P., article 230-33), alors qu'elle s'impose *ab initio* pour d'autres mesures, et en autorisant, d'autre part, les OPJ à y procéder *proprio motu* en cas d'urgence sous réserve d'en informer le procureur de la République et non le juge (C.P.P., article 230-35). Enfin, si, dans le cadre d'une enquête préliminaire, une autorisation préalable du JLD peut se substituer à l'assentiment de l'occupant des lieux lorsque l'enquête porte sur certaines infractions, le régime d'autres mesures paraît plus souple²⁰³⁸.

822. Ces pouvoirs saccadés du juge, qui trouvent une prémisse d'explication dans

²⁰³⁰ *Ibid.*

²⁰³¹ V. *Supra*, n°725.

²⁰³² V. not., S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », préc., pp. 277 et 281 ; H. MATSOPOULOU, « Quelle étendue de la juridictionnalisation ? », préc., spéc., pp. 73-75 ; CNCDH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, 29 av. 2014, spéc., n°20, p. 9, C. LAZERGES (sous la dir.), *Les grands avis de la Commission*, Dalloz, n°28, p. 359, comm. J. LEBLOIS-HAPPE.

²⁰³³ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Quel juge pour l'enquête ? », préc., spéc. p. 89.

²⁰³⁴ J. LEBLOIS-HAPPE, « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et la mise en état des affaires pénales - quo vadis ? », préc.

²⁰³⁵ Tel est le cas du recours à l'ISMI-catcher en application de l'article 706-95-4 du CPP.

²⁰³⁶ Il en va ainsi des interceptions de télécommunications ou de l'accès à distance à des correspondances stockées.

²⁰³⁷ Pour une étude plus complète de la complexité et de la perplexité qu'inspire cette loi, V., P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Le régime juridique de la géolocalisation : une pierre de plus à la mosaïque processuelle pénale », préc.

²⁰³⁸ Il en va ainsi des géolocalisations (C.P.P., article 230-32) ou encore réquisitions à opérateurs de télécommunications réglementées (C.P.P., article 77-1-2).

le degré d'atteinte au droit protégé²⁰³⁹, nuisent à la lisibilité du système actuel et à l'identification du rôle du JLD. Il manque à celui-ci une assise suffisamment claire et certaine. La recherche de cohérence invite-t-elle à une clarification de son rôle, ce qui supposerait une nouvelle nomenclature des actes d'investigation²⁰⁴⁰ voire une certaine unification des règles en vigueur²⁰⁴¹.

823. Les options envisagées -. Différentes options ont été avancées, le plus souvent sous un angle différent. Elles ont trouvé leur explication dans l'effritement de la distinction entre l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire d'une part, et dans le constat d'une inadaptation de cette dernière, d'autre part. On souligne régulièrement que la distinction entre les deux cadres d'enquête est devenue désuète en raison de la multiplication des procédures dérogoires²⁰⁴². La distinction étant aujourd'hui ténue, la logique voudrait que le législateur refonde les règles applicables à la faveur de la cohérence de l'ensemble. Il s'agirait de concevoir un corps de règles unique et complet, comportant un tronc commun et quelques dérogations justifiées par la nécessité d'agir sans retard²⁰⁴³.

824. Cette évolution serait d'autant plus opportune que sur le plan de l'efficacité, l'enquête préliminaire n'est pas la panacée. Elle n'offre pas satisfaction aux OPJ, dont elle restreint les pouvoirs²⁰⁴⁴. De surcroît, son régime, plus souple que celui de l'enquête de flagrance²⁰⁴⁵, nuit « au corps social qui analyse avec réticence cette enquête qui [...] avance dans la plus grande discrétion, sans véritable contrôle, sans véritable limite de durée, parfois sans véritable infraction »²⁰⁴⁶.

²⁰³⁹ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 23.

²⁰⁴⁰ J.-C. FOMBONNE, in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 6, spéc., p. 1 et s.

²⁰⁴¹ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Quel juge pour l'enquête ? », préc., spéc. p. 92 ; CNDCH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, préc.

²⁰⁴² V. not., J.-L. LENNON, « Les aspects coercitifs ou intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire », préc. ; CNDCH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, préc., spéc. p. 11 ; F. DESPORTES, Mission relative à l'amélioration de l'enquête pénale, in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 21, pp. 5-6 ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°1531, pp. 1036-1037.

²⁰⁴³ F. DESPORTES, « Mission relative à l'enquête pénale », in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 21, spéc. p. 6. La même remarque est formulée par Madame Lazerges-Cousquer et Monsieur Desportes dans leur *Traité de procédure pénale*, ces auteurs estimant que compte tenu de l'altération de l'opposition traditionnelle entre l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire, « il serait logique de tirer les conséquences de l'évolution à l'œuvre depuis le développement de l'enquête officieuse. Il serait en effet plus cohérent et plus clair d'élaborer un cadre unique comportant des règles générales assorties de quelques exceptions justifiées par l'urgence ou la gravité des infractions concernées ». D'ailleurs, anticipant ces évolutions, ils traitent, en premier lieu, des règles ordinaires de l'enquête, quelle qu'en soit la forme, avant d'envisager les quelques dérogations auxquelles autorisent l'enquête de flagrance (F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°1539, p. 1041).

²⁰⁴⁴ J.-C. FOMBONNE, in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 6, spéc., p. 1 et s.

²⁰⁴⁵ V. not., F. DEBOVE, « L'enquête préliminaire est-elle encore différente de l'enquête de flagrance ? », préc., p. 508, spéc., pp. 510 et s.

²⁰⁴⁶ J.-C. FOMBONNE, in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 6, spéc., p. 1 et s.

825. Chaque piste explorée pour refondre les règles en vigueur se doit cependant de concilier la sauvegarde des droits et libertés fondamentaux avec les besoins de la manifestation de la vérité. Le danger de toute évolution « est [finalement] celui du trop, ou du trop peu »²⁰⁴⁷.

826. L'extension de l'office du JLD assortie d'une substitution de l'urgence à la flagrance -. La première piste avancée consisterait, comme l'a proposé la CNCDH, à étendre substantiellement l'office du juge, chargé d'autoriser et de contrôler toutes les mesures portant gravement atteinte au droit au respect de la vie privée²⁰⁴⁸. Corrélativement, les OPJ ne seraient habilités à accomplir sous le seul contrôle du parquet que les actes d'enquête qui portent une atteinte limitée aux droits et libertés fondamentaux (identification d'un appel téléphonique, reconstitutions, des contrôles et relevés d'identités, relevés signalétiques, prises d'empreinte, transports sur les lieux, séances d'identification de suspects, prélèvements externes, expertises techniques et scientifiques n'impliquant pas un prélèvement sur une personne ou une intrusion corporelle, des réquisitions aux fins de communication de documents ou de données contenues dans un système informatique autres que ceux protégés par un secret prévu par la loi)²⁰⁴⁹.

Parce que l'extension de l'office du JLD ne devrait pas aboutir à paralyser l'action des enquêteurs dans des situations où un retard peut compromettre l'efficacité des investigations, la normalisation de son contrôle *a priori* devrait être assortie de dérogations. Comme le proposait déjà la Commission Justice pénale et droits de l'Homme, il s'agirait de substituer à la notion de flagrance, qui détermine aujourd'hui le pouvoir d'agir d'initiative des enquêteurs, celle de l'urgence prise dans une acception stricte. « Il n'y a[urait] urgence que lorsque l'autorité qui estime devoir accomplir une mesure dispose d'un délai insuffisant pour recourir à la procédure de droit commun »²⁰⁵⁰. Il en irait ainsi, a ajouté la CNCDH, lorsque la vie ou l'intégrité d'une personne est en danger, lorsque des indices sont sur le point de disparaître ou lorsqu'un

²⁰⁴⁷ *Ibid.*

²⁰⁴⁸ CNCDH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, préc., spéc. n°20, p. 9 et n°28, pp. 11-12 (qui envisageait une autorisation préalable du JLD pour les interceptions de correspondances émises par la voie de télécommunications, fouilles corporelles, prélèvements biologiques sur une personne, expertises techniques et scientifiques impliquant un prélèvement ou une intrusion corporelle, perquisitions, géolocalisation, opérations de surveillance et d'infiltrations, communication de documents protégés par un secret prévu par la loi, communication d'informations contenues dans un système informatique et protégées par un secret prévu par la loi ... Les mesures portant atteinte à la propriété privée pourraient suivre le même schéma).

²⁰⁴⁹ CNCDH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, préc., spéc. n°20, p. 9 et n°28, pp. 11-12.

²⁰⁵⁰ M. DELMAS-MARTY, S. LAVIGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, op. cit., fiche n°5.

crime ou un délit vient de se commettre²⁰⁵¹. Ces circonstances devraient être motivées²⁰⁵² et la mesure réalisée soumise à une validation *a posteriori* du juge²⁰⁵³.

827. Le défaut de ces propositions -. En plus du risque déjà souligné que cette redistribution des rôles aboutisse à faire du procureur une sorte de « super-OPJ » consacrant une grande partie de son temps à saisir le juge tout en perdant toute légitimité ou capacité à exercer un véritable contrôle sur l'action de la police judiciaire²⁰⁵⁴, cette première option est discutée en raison des difficultés liées à la notion d'urgence. Celle-ci serait trop subjective et évolutive et donc génératrice d'une incertitude juridique et d'hésitations pour les enquêteurs²⁰⁵⁵ : elle « donnerait lieu à des interprétations du ministère public ou des enquêteurs exposés, soit à une subjectivité source de contentieux infinis, soit à une automaticité contraire à son objectif et induirait de longs mois, voire de longues années d'instabilité jurisprudentielle, dont il est opportun, y compris pour le justiciable, de faire l'économie »²⁰⁵⁶. Des exemples étrangers témoigneraient d'ailleurs que l'urgence peut se muer en une clause de style, obligeant les juridictions nationales à rappeler chacun à ses obligations²⁰⁵⁷. D'autres auteurs ont relevé que même assortie de certaines précautions, une telle évolution du droit permettrait aux OPJ de procéder à certains actes intrusifs *proprio motu* après avoir relevé une situation d'urgence dont ils seraient, par hypothèse, les seuls juges sous réserve d'un contrôle *a posteriori*, et donc tardif, du JLD²⁰⁵⁸.

828. Les réserves émises à l'endroit de cette proposition peuvent être nuancées pour trois raisons. D'une part, le droit en vigueur permet déjà aux enquêteurs de procéder d'initiative à des actes particulièrement intrusifs, dans des conditions plus restrictives il est vrai. Les perquisitions de jour en enquête de flagrance constituent l'exemple le plus éclairant. Or, le seul fait que l'infraction ait été commise dans un temps

²⁰⁵¹ CNCDH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, préc., spéc. n°31, p. 12 (la Commission envisageait également le risque de soustraction de l'auteur supposé de l'infraction, ce qui renvoie toutefois davantage aux mesures privatives de liberté et non aux mesures portant atteinte au droit au respect de la vie privée).

²⁰⁵² *Ibid.*

²⁰⁵³ *Ibid.* ; V. ég., M. DELMAS-MARTY, S. LAVISGNES et al., *La mise en état des affaires pénales*, op. cit., fiche n°5 ; P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Quel juge pour l'enquête ? », préc., spéc. p. 98.

²⁰⁵⁴ USM, Mission visant à réformer l'architecture de l'enquête pénale, in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 18, préc.

²⁰⁵⁵ J.-C. FOMBONNE, in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 6, spéc., p. 2.

²⁰⁵⁶ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, op. cit., p. 14.

²⁰⁵⁷ Sur le cas de l'Allemagne, V. not., J. LEBLOIS-HAPPE, « Eléments de cohérence de la procédure allemande », in Cour de cassation (sous l'égide de), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2007, Paris, pp. 257-258 ; V. ég., J.-R. LECERF et J.-P. MICHEL, Rapport n°162, préc., spéc. pp. 67. L'arrêt *Trabajo Rueda contre Espagne* précité montrerait d'ailleurs que cette notion peut donner lieu à différentes interprétations et être sources d'abus.

²⁰⁵⁸ F. DESPORTES, « Mission relative à l'enquête pénale », in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 21, p. 7.

voisin n'implique pas nécessairement la nécessité d'agir immédiatement et donc l'impératif de se soustraire à l'autorisation préalable du juge, d'autant que l'enquête de flagrance peut se poursuivre durant seize jours (C.P.P., article 53). D'autre part, le recours à la notion d'urgence a fait son chemin dans le Code de procédure pénale de telle sorte qu'il est dorénavant délicat de considérer qu'elle est totalement impraticable. Enfin, la dimension préventive d'une validation *a posteriori* ne doit pas être occultée. L'assurance d'un tel contrôle et le risque d'invalidation de la mesure découragerait probablement les enquêteurs à recueillir des preuves par des moyens illégaux. C'est pourquoi, d'ailleurs, la Cour européenne accepte généralement qu'un contrôle *a posteriori* puisse se substituer à un contrôle préalable. Et, elle ne s'opposerait pas à l'admission d'une telle solution comme le montre l'arrêt *Trabajo Rueda* précité²⁰⁵⁹.

Toute la question résiderait finalement dans la garantie d'un contrôle effectif du JLD mais c'est un autre débat²⁰⁶⁰.

829. L'élaboration d'une nouvelle nomenclature des actes d'investigation en considération de la visibilité de l'acte par la personne qui en fait l'objet -.

D'autres observateurs ont proposé d'établir une nouvelle nomenclature des actes, incluant une autre répartition des attributions des OPJ, du procureur et du JLD sur la base de sa visibilité par la personne qui fait l'objet de la mesure. L'idée centrale est que plus « l'acte est visible, [et donc] détectable par le corps social et la personne qui en est l'objet, moins il est dangereux pour les libertés individuelles »²⁰⁶¹. La Commission Beaume a esquissé les traits de cette nouvelle nomenclature²⁰⁶², estimant toutefois que « [p]our souhaitable que soit une telle évolution [en termes de clarté], elle rendrait nécessaire une complète réécriture du Code de procédure pénale, que le court terme de la transposition des Directives européennes [, au cœur de la lettre de mission qui était la sienne,] n'impose pas »²⁰⁶³.

830. Le cumul de ces différentes propositions -. Une autre option, enfin, pourrait résider dans le cumul de ces différentes voies en admettant une certaine gradation, fonction du degré d'atteinte et de la publicité de l'acte. Cette nouvelle nomenclature pourrait faire l'objet de dérogations, justifiée par les nécessités de la manifestation de la vérité et donc, le cas échéant, par l'impératif d'agir immédiatement. La classification proposée par les « règles modèles du procureur européen » élaborées,

²⁰⁵⁹ CEDH, 30 mai 2017, *Trabajo Rueda c. Espagne*, préc.

²⁰⁶⁰ V. *Infra*, n°832 et s.

²⁰⁶¹ J.-C. FOMBONNE, in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 6, spéc., p. 2.

²⁰⁶² J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 24.

²⁰⁶³ *Ibid.*, p. 24.

sur la base d'une analyse comparée des droits nationaux, dans le cadre de l'« EPPO-project »²⁰⁶⁴ pourrait constituer l'esquisse de celle-ci, au profit d'une plus grande cohérence de l'ensemble. Ce projet avait proposé de distinguer les mesures non coercitives qui pourraient être décidées par le parquet seul (nous pourrions imaginer que certaines d'entre elles au moins puissent l'être d'initiative par les enquêteurs), les mesures coercitives soumises à la seule autorisation du parquet (réquisitions adressées aux fournisseurs de services et institutions financières et de crédit, mesures d'identification, accès aux locaux professionnels et documents, injonction de produire des documents utiles à l'enquête ou saisie d'éléments de preuves ...) et, enfin, les mesures coercitives soumises à l'autorisation d'un juge²⁰⁶⁵, sauf urgence c'est-à-dire un risque élevé que les preuves soient détruites ou falsifiées ou d'atteinte à la vie ou à l'intégrité des personnes. Une validation *ex post* devait dans ce cas se substituer à une autorisation *a priori* du juge. La nomenclature proposée, qui n'est pas figée, pourrait le cas échéant servir de canevas à une évolution du droit français.

831. On comprend cependant, à l'aune de ces différentes propositions, que toute tentative de rationalisation de l'office du juge excède de loin la seule perspective d'aménagements ponctuels en posant parallèlement la question de l'unification des cadres d'enquête *stricto sensu*. Or, indépendamment des questionnements que suscite la détermination des critères de cette unification, et des dérogations nécessaires à l'efficacité des investigations, l'opportunité d'une telle évolution fait débat. La Commission Beaume a souligné qu'à une époque de forte instabilité procédurale, la distinction entre l'enquête préliminaire et l'enquête de flagrance est un élément de stabilité connu et reconnu par tous²⁰⁶⁶ ; d'autres auteurs ont ajouté que les distinctions auxquelles procède actuellement le droit français assurent « un savant équilibre entre la préservation de l'ordre public d'une part, et la sauvegarde des libertés individuelles » d'autre part²⁰⁶⁷, qu'une remise en cause des règles en vigueur pourrait perturber. La nuance est permise à nos yeux, pour autant que l'on considère que la proximité temporelle avec la commission de l'infraction excède ou, au contraire, n'embrasse pas toutes les hypothèses dans lesquelles la mise en œuvre d'une mesure d'investigation peut s'avérer urgente, au détriment soit de la sauvegarde des libertés individuelles soit, de l'efficacité de la procédure.

²⁰⁶⁴ K. LIGETI (sous la dir.), *Model Rules for the procedure of the EPPO*, Université de Luxembourg, Luxembourg, accessible à l'adresse : www.eppo-project.eu.

²⁰⁶⁵ Selon la nomenclature proposée, il en allait ainsi des perquisitions de domicile ou de systèmes informatiques, des fouilles corporelles, des prélèvements d'échantillons sanguins ou de tout autre liquides biologiques ou cellules, des interceptions de télécommunications, d'une surveillance en temps réel des données relatives au trafic des télécommunications, la surveillance de lieux non publics (*Ibid.*).

²⁰⁶⁶ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale, op. cit.*, pp. 24 et s.

²⁰⁶⁷ F. DEBOVE, « L'enquête préliminaire est-elle encore différente de l'enquête de flagrance ? » préc., spéc. pp. 519-520.

La rationalisation des obligations mises à la charge du JLD, lorsqu'il intervient pour autoriser la mise en œuvre d'une mesure particulièrement attentatoires aux droits et libertés fondamentaux, n'impliquerait pas une évolution d'une telle ampleur qui contredit, finalement, la perspective d'aménagements simplement ponctuels.

2) *La rationalisation des obligations mises à sa charge*

832. Le droit positif donne un sentiment d'incohérence et d'imprécision qui n'a pour autre origine qu'une adaptation du Code de procédure pénale au fil de l'eau, selon les besoins du moment, et sans perception d'ensemble des dispositions en vigueur et des conséquences qu'elles impliquent. Comme cela a été précédemment souligné, l'exigence de motivation de l'autorisation du juge n'est pas uniforme²⁰⁶⁸. Selon les mesures concernées, les dispositions applicables ne l'imposent pas²⁰⁶⁹, se bornent à imposer une décision « motivée » sans autre indication sur les éléments de fait et de droit justifiant de la nécessité d'y procéder²⁰⁷⁰ ou se font plus précises en exigeant que l'autorisation soit « *motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires* » (C.P.P., articles 76, alinéa 4, et 706-92). La chambre criminelle a certes renforcé son degré d'exigence. Mais si la *ratio* de ces solutions laisse imaginer une confirmation de sa position, elle apparaît encore trop circonstanciée ou laconique pour initier une véritable normalisation des obligations mises à la charge du juge²⁰⁷¹. Le caractère elliptique des règles en vigueur, et par voie de conséquence le contenu de l'autorisation du juge, peuvent surtout être discutés à l'aune des standards conventionnels – lorsque le contrôle *a priori* s'impose –, puisque la motivation de l'autorisation est le reflet du contrôle du juge et donc le témoin de son effectivité²⁰⁷².

833. Dans une perspective de normalisation des obligations du JLD, supposant de rendre son contrôle plus effectif, ou plus apparent, une unification de la motivation des autorisations du JLD par référence aux éléments de droit et de fait justifiant de la

²⁰⁶⁸ V. *Supra*, n°432 et s.

²⁰⁶⁹ C'est le cas des réquisitions susceptibles d'être adressées à un opérateur de télécommunications en application des articles 60-2 et 77-1-2 du CPP ou des interceptions de télécommunications, qui se limitent à imposer au juge d'y inscrire les éléments nécessaires à l'identification de la ligne ainsi que l'infraction qui motive le recours à cette mesure et la durée de celle-ci, sans autre indication sur les éléments de fait et de droit qui attestent de la nécessité d'y recourir.

²⁰⁷⁰ C'est le cas de l'accès à distance aux correspondances stockées accessibles au moyen d'un identifiant informatique (C.P.P., article 706-95-1), du recours à l'ISMI-catcher (C.P.P., article 706-95-6), des sonorisations de lieux (C.P.P., article 706-97) ou encore de la prolongation d'une garde à vue dans les conditions prévues à l'article 706-88 ...

²⁰⁷¹ V. *Supra*, n°440 et s.

²⁰⁷² V. *Supra*, n°653.

nécessité de la mesure peut être proposée²⁰⁷³. Sous réserve que le juge dispose d'autres éléments que la seule requête du procureur avant de se prononcer²⁰⁷⁴, elle ferait paraître le contrôle plus effectif. Y contribuerait également la normalisation du contrôle *in situ*, qui revêt pour l'heure un caractère encore trop formel²⁰⁷⁵.

B. La normalisation de son contrôle *in situ*

834. La lecture des dispositions du Code de procédure pénale donne à penser que le JLD est plutôt appelé à exercer un contrôle *in situ* ou *a posteriori*, qu'un contrôle simplement *a priori*, cantonné à l'autorisation de procéder aux mesures les plus attentatoires aux libertés ou d'en poursuivre l'exécution. Il est en effet fréquent que le législateur précise que l'exécution des mesures autorisées par le JLD est placée sous son autorité et son contrôle²⁰⁷⁶, ce qui suppose qu'il soit informé rapidement des actes accomplis sur le fondement de son autorisation²⁰⁷⁷ et habilité à « *ordonner à tout moment leur interruption* » (C.P.P., article 706-102-4) ou à se transporter sur les lieux de leur réalisation (C.P.P., articles 76 et 706-92).

835. Au-delà de l'hétérogénéité des règles aujourd'hui applicables et de leur imprécision²⁰⁷⁸, l'ambition d'un contrôle effectif est toutefois élimée par une jurisprudence lui donnant plutôt les allures d'un contrôle « virtuel »²⁰⁷⁹. Les arrêts rendus à propos du contrôle des interceptions de télécommunications, actuellement partagé entre le procureur et le JLD, sont éclairants puisque la Haute juridiction estime que l'information du juge ne s'impose qu'à l'issue des opérations et qu'elle ne porte que sur les diligences effectuées et non sur leur contenu²⁰⁸⁰. De surcroît, l'absence de contrôle ultérieur n'entraîne pas nécessairement la nullité de la mesure dès lors que l'irrégularité constatée ne l'emporte que lorsqu'elle a eu pour effet de porter atteinte aux

²⁰⁷³ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Quel juge pour l'enquête ? », préc., spéc. p. 95.

²⁰⁷⁴ A défaut, il ne pourrait s'agir, pour le juge, que de paraphraser la requête du procureur, ce qui n'impliquerait pas nécessairement un contrôle plus certain et plus effectif. V., *Supra*.

²⁰⁷⁵ V. not., J. LEBLOIS-HAPPE, « Autorisation et contrôle des écoutes téléphoniques : le rôle du JLD », préc. ; P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Quel juge pour l'enquête ? », préc., p. 93.

²⁰⁷⁶ Ainsi, par exemple, s'agissant des mesures de géolocalisation (C.P.P., article 230-37), des sonorisations de lieux (C.P.P., article 706-98-1) ou de la captation de données informatiques (C.P.P., article 706-102-4).

²⁰⁷⁷ Tel est notamment le cas en matière de perquisitions ou d'interceptions de télécommunications (C.P.P., articles 76, 706-92 et 706-95).

²⁰⁷⁸ Pourquoi, par exemple, le législateur a-t-il explicitement donné compétence au JLD pour ordonner l'interruption de la captation de données informatiques, alors que l'article 706-95, relatif aux interceptions de télécommunications ne contient aucune précision à cet égard ?

²⁰⁷⁹ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Quel juge pour l'enquête ? », préc., spéc. p. 95.

²⁰⁸⁰ V. *Supra*, n°463.

droits de la partie qu'elle concerne²⁰⁸¹. Le renforcement du contrôle *in situ* du juge par la rationalisation de son information (1) et de ses attributions (2) pourrait donc être préconisé.

1) *La rationalisation de l'information du juge*

836. L'intérêt d'une rationalisation de l'information du juge -. La rationalisation de l'information du JLD est une condition *sine qua non* de l'ambition, affichée par le législateur, d'assurer « un contrôle réel sur les opérations » autorisées²⁰⁸². D'ailleurs, s'il devait être opté pour une substitution du critère de la flagrance par celui de l'urgence, une rationalisation de l'information du juge sur l'exécution de la mesure s'imposerait à plus forte raison à nos yeux. A défaut, la validation *a posteriori*, substituée par exception à l'autorisation préalable du juge en cas d'urgence, pourrait assurer un contrôle plus étendu. En effet, lorsque l'exécution de la mesure est plus « ramassée » dans le temps²⁰⁸³, elle permettrait au juge de s'assurer non seulement de la légalité de la mise en œuvre de la mesure mais aussi de la régularité de son déroulement. Or, si l'information du juge sur le déroulement de la mesure n'était pas corrélativement normalisée, ce contrôle ne pourrait être effectué lorsque la mesure d'investigation a fait l'objet d'une autorisation préalable du juge conformément aux règles ordinaires.

837. Les options envisageables -. Deux solutions paraissent envisageables pour renforcer l'information du JLD sur le déroulement des mesures qu'il autorise. Une première consisterait à placer l'exécution de celles-ci sous sa supervision ou, en d'autres termes, à prévoir « un contrôle en temps réel de l'opération, par le biais d'une information régulière » du JLD²⁰⁸⁴. Cette supervision se cumulerait donc avec celle qu'exerce aujourd'hui le procureur en application de dispositions particulières (sauf à les réécrire)²⁰⁸⁵ ou de dispositions générales (C.P.P., article 39-3).

838. Une autre voie consisterait à informer pleinement le JLD, à l'issue des

²⁰⁸¹ Cass. crim., 26 juin 2007, *bull.* n°172, *D.* 2007, AJ 2239 ; *RSC* 2008, p. 362, obs. R. FINIELZ ; *AJ Pén.* 2007, obs. S. LAVRIC.

²⁰⁸² C. CAPDEVEILLE et P. POPELIN, Rapport n°3315, préc., p. 87.

²⁰⁸³ Songeons, par exemple, aux perquisitions en comparaison d'une interception de télécommunications pouvant s'étendre sur plusieurs mois.

²⁰⁸⁴ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Quel juge pour l'enquête ? », préc., spéc. p. 95.

²⁰⁸⁵ Songeons, par exemple, aux règles encadrant l'exécution d'une interception de télécommunications dans le cadre d'une enquête portant sur des faits relevant de la délinquance ou de la criminalité organisée (C.P.P., article 706-95) ou d'investigations destinées à rechercher et découvrir certaines personnes en fuite (C.P.P., article 74-2).

opérations exécutées sur le fondement de son autorisation, de leur déroulement²⁰⁸⁶. A la supervision actuelle du parquet, maintenu dans ses attributions de premier niveau de protection des droits et libertés fondamentaux, s'ajouterait donc le contrôle du juge sur l'exécution des mesures autorisées dès le stade de l'enquête.

L'intérêt d'une normalisation de l'information du JLD se perçoit surtout dans les nouvelles perspectives qu'elle ouvre en termes de rationalisation de ses attributions.

2) La rationalisation des attributions du juge

839. Une rationalisation nécessairement dépendante des modalités de l'affirmation de l'information du juge -. La rationalisation des attributions du juge au stade de l'enquête dépend par définition des modalités de l'affirmation de son droit à l'information. Une supervision en temps réel permettrait au juge de se transporter sur les lieux et/ou, le cas échéant, d'interrompre ou de révoquer la mesure qu'il a autorisé. S'y ajouterait la possibilité d'exercer un contrôle d'office de la régularité des opérations une fois celles-ci menées à leur terme. Au contraire, une information à l'issue des opérations ne permettrait qu'un contrôle ultérieur de la régularité du déroulement de la mesure exécutée sur le fondement de son autorisation.

840. Le maintien du rôle du procureur en tant que premier niveau de sauvegarde des libertés, et donc le souhait de ne pas décupler les contrôles en temps réel, peut conduire à privilégier cette seconde option. Avant d'envisager les intérêts d'une telle rationalisation du contrôle du juge, il faut toutefois souligner les questions qu'elle pourrait susciter.

841. Les questions soulevées par la rationalisation des attributions du juge -. La rationalisation de l'information du juge n'a réellement d'intérêt que si son pouvoir de sanctionner les manquements procéduraux lors de l'exécution de la mesure est consécutivement affirmé.

²⁰⁸⁶ Une telle option avait été, pour partie, esquissée par Monsieur Jeanne dans le cadre de ses propositions relatives aux modalités d'une juridictionnalisation progressive de l'enquête. L'auteur allait cependant bien plus loin que la seule affirmation de l'information du JLD puisqu'il y associait la possibilité, pour la personne qui a fait l'objet de la mesure d'investigation, « d'élever le contentieux dès le stade préparatoire ». En somme, dès lors que la manifestation de la vérité n'implique pas (ou plus) le secret, le juge, pleinement informé du déroulement des opérations, devrait en informer la personne concernée, qui disposerait alors de la possibilité de contester la légalité des mesures dont elle a fait l'objet devant ce juge (N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, op. cit., n°629, p. 616 et n°631, p. 617).

842. Or, le droit français interdit en principe au juge, excepté en matière de compétence, de relever d'office les nullités et donc de décider d'initiative la cancellation des actes ou pièces affectés d'illégalité²⁰⁸⁷. La possibilité, pour l'autorité judiciaire, de sanctionner des manquements procéduraux en l'absence de toute demande des personnes concernées n'est toutefois pas une équation inexistant. D'une part, en affirmant que, dans le cadre de ses attributions de direction de la police judiciaire, le procureur de la République « *contrôle la légalité des moyens mis en œuvre par [les enquêteurs]* » (C.P.P., article 39-3), le législateur semble implicitement reconnaître à ce dernier le pouvoir de « sanctionner » la méconnaissance des formalités prescrites. Il y aurait en effet quelques difficultés à comprendre qu'il soit chargé du contrôle de la légalité des investigations, sans qu'il puisse en tirer toutes les conséquences. D'autre part, s'il ne s'agit que d'une incitation, la circulaire du 2 septembre 2004 relative à la procédure de CRPC, encourage le juge de l'homologation à tirer les conséquences d'une irrégularité procédurale au stade des investigations, c'est-à-dire à refuser, sur ce fondement, d'homologuer la proposition du parquet²⁰⁸⁸. En outre, la chambre de l'instruction est parfois admise à relever les nullités de la procédure qui lui est soumise, en dehors de toute requête en nullité. Il en va notamment ainsi lorsqu'elle intervient, sur le fondement de l'article 221-3 du CPP, et qu'elle passe alors au crible l'ensemble de l'information judiciaire (C.P.P., article 221-3, II, 2^o)²⁰⁸⁹. Enfin, et surtout, le lien étroit entre l'effectivité du contrôle et l'existence d'un pouvoir de sanction plaide en faveur d'une affirmation des attributions du juge à ce stade²⁰⁹⁰.

843. Il ne s'agirait finalement de préconiser une nouvelle fois une proposition régulièrement promue, dans le cadre d'une refonte d'ensemble de la mise en état des

²⁰⁸⁷ V. *Supra*, n°472.

²⁰⁸⁸ V. *Supra*, n°503.

²⁰⁸⁹ V. ég., C.P.P., article 206.

²⁰⁹⁰ Nous pourrions, il est vrai, nous interroger sur la capacité du juge à contrôler la mesure qu'il a lui-même autorisée. L'observation rappelle le propos de Monsieur le Professeur Bouloc à l'égard du juge d'instruction qui ne pourrait contrôler la régularité d'un acte qu'il a ordonné parce que « [d]'une part, ce magistrat aurait [...] tendance à considérer son œuvre comme parfaite » et parce que « [d]'autre part, son appréciation aurait pu faire l'objet de critiques puisqu'il n'a [...] pas respecté la loi lors de la confection de l'acte » (B. BOULOC, *L'acte d'instruction*, L.G.D.J., Coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », 1965, Préf. G. STEFANI, p. 658). La jurisprudence constante interdit d'ailleurs au juge d'instruction de contrôler lui-même la régularité des actes de l'instruction (V. not., Cass. crim., 4 nov. 1986, *Bull. crim.* n°326). Toutefois, remarquant que l'article 60 du C.I.C. autorisait le juge d'instruction à refaire ou à compléter les actes qui lui paraissent lacunaires lorsqu'il avait donné commission rogatoire aux services d'enquête pour l'accomplissement d'un ou plusieurs d'instruction, une partie de la doctrine s'est de longue date interrogée sur la possibilité de permettre au juge d'instruction d'annuler lui-même l'acte accompli par ses auxiliaires, voire tout acte dès lors qu'il se trouvait plus en retrait de leur exécution (V. not., R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Sirey, 1912, t. III, spéc. n°951 ; B. BOULOC, « Les abus en matière de procédure pénale », *RSC* 1991, p. 221). Or, dans l'hypothèse qui nous préoccupe, la distance du juge « de l'enquête » à l'égard de l'exécution des opérations l'autorise à exercer son contrôle sur leur déroulement, son autorisation *a priori* ne présageant en rien de la régularité des mesures exécutées sur son fondement par les services d'enquête, ni *in fine* de son analyse

affaires pénales²⁰⁹¹ ou d'aménagements ponctuels, qui conduirait à reconnaître au « juge de l'enquête » la possibilité de prononcer d'office la nullité des actes irréguliers. En ce sens, dans son avis sur la refondation de l'enquête, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme a proposé, en plus d'un renforcement conséquent des droits de la défense du suspect²⁰⁹², l'affermissement du rôle du juge dans l'enquête. Il devrait être mis en mesure de « s'assur[e] de la régularité de l'activité d'investigation menée sous la direction du ministère public » et, par voie de conséquence, de relever d'office les nullités des actes réalisés²⁰⁹³.

844. L'intérêt d'une rationalisation des attributions du JLD -. Si elle peut faire craindre une complexification de l'enquête et un enchevêtrement des contrôles à ce stade de la procédure, la rationalisation des attributions du JLD dans l'examen de la régularité des actes présente différents avantages. Elle est, d'abord, de nature à apaiser certaines crispations à l'égard du contrôle simplement exercé par le procureur, parallèlement directeur des investigations et appelé à devenir partie poursuivante. Cette normalisation irait, ensuite dans le sens de l'histoire, en allant au bout de l'ambition législative qui paraît être, à la lecture des travaux préparatoires à certaines lois, d'asseoir le contrôle du juge sur l'exécution des mesures les plus attentatoires aux droits et libertés. Cette proposition tempèrerait, par là même, les critiques parfois émises contre le caractère trop aléatoire du contrôle de légalité, dont la certitude dépend de la voie finalement empruntée par le procureur de la République à l'issue des investigations. Si, compte tenu du caractère plus consensuel de ces procédures, l'éviction de ce contrôle ne paraît pas incompatible avec les standards européens, on peut cependant

²⁰⁹¹ Le projet Donnedieu de Vabres prévoyait de confier au juge de l'instruction un pouvoir de régulation de la procédure, laissée aux mains du procureur de la République (Sur ces propositions, V. not., J. DECHEPY, *Les mutations de la chambre de l'instruction, Propositions pour une reconstruction de l'avant-procès pénal autour d'une juridiction du second degré*, op. cit., n°563, pp. 425 et s.). La Commission Delmas-Marty a également prôné le renforcement du contrôle du juge sur la régularité de la mise en état, en envisageant qu'il puisse statuer d'office sur les nullités de celle-ci (M. DELMAS-MARTY (sous la dir.), *La mise en état des affaires pénales*, op. cit., spéc. p. 139 et fiche n°7). Dans un sens voisin, Monsieur Jeanne a suggéré, dans l'optique d'une juridictionnalisation progressive de l'avant-procès, que le juge puisse, après avoir été avisé de l'exécution des opérations, contrôler *a posteriori* que les conditions de la mesure qu'il a autorisée étaient effectivement réunies et la régularité de leur mise en œuvre. Le cas échéant, il devrait être autorisé à « rejeter les actes d'investigation dépassant le cadre de l'autorisation donnée » (N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, op. cit., n°629, p. 616 et n°631, p. 617). En revanche, ni le rapport du Comité Léger, ni l'avant-projet de futur Code de procédure pénale ne se sont en revanche inscrits dans ce sillon, malgré leur vœu commun de supprimer l'information judiciaire et de créer un juge de l'enquête et des libertés. Le premier avait prévu que « [...] la légalité des actes réalisés par le parquet ou par la police judiciaire sous la direction du parquet pourra être contestée devant la juridiction d'appel, nommée chambre de l'enquête et des libertés » (COMITE LEGER, *Rapport final*, préc., p. 13). Dans l'avant-projet de futur Code de procédure pénale, ni le juge de l'enquête et des libertés, ni le tribunal de l'enquête et des libertés ne pouvaient contrôler eux-mêmes la régularité de l'enquête mais devaient saisir, en cas de manquement procédural, la chambre de l'enquête et des libertés (Avant-projet, articles 211-3 et 211-15).

²⁰⁹² V. *Infra*.

²⁰⁹³ CNCDH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, préc., spéc. n°22, p. 10 ; En ce sens, V. ég., P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Quel juge pour l'enquête ? », préc., spéc. p. 95 (L'auteur s'est interrogé sur le renforcement de ce contrôle *a posteriori* du JLD, qui se couplerait donc, selon ses propositions, avec un contrôle en temps réel susceptible de conduire à la suspension ou à la révocation de la mesure autorisée).

comprendre que l'affirmation perpétuelle des pouvoirs du parquet nourrit certaines réserves et alimente des propositions favorables à l'affirmation du rôle du juge dès l'enquête.

D'autres avantages peuvent encore être recherchés dans les imperfections intrinsèques du contrôle de la légalité à défaut de l'ouverture d'une information, en particulier dans sa tardiveté²⁰⁹⁴. Un contrôle plus précoce pourrait, le cas échéant, permettre de recommencer l'acte frappé d'irrégularité – et donc remédier aux implications pratiques d'un contrôle trop tardif –, tout en allégeant l'audience correctionnelle d'une partie du contentieux chronophage de l'annulation.

845. Il ne faut toutefois pas se méprendre sur les implications concrètes d'une rationalisation, à l'aune des standards de la Convention. Une telle proposition n'exclurait pas la nécessité de ménager à la personne qui s'estime victime d'une violation illégitime de ses droits, la possibilité de contester la régularité des mesures dont elle a fait l'objet et, le cas échéant, d'obtenir un redressement approprié par le biais d'autres voies de droit soumises à son initiative. Le seul contrôle du juge de l'autorisation ne peut satisfaire aux exigences conventionnelles puisqu'il ne peut être le juge de la régularité de sa propre décision²⁰⁹⁵. Aussi, ce contrôle ne pourrait-il que s'ajouter aux contrôles existants et non s'y substituer pleinement. On perçoit également qu'une telle solution aurait pour effet d'éclater la fonction de « contrôle » selon le cadre procédural des investigations, ce qui ne participerait probablement pas à la lisibilité de la répartition des rôles durant la mise en état, vue dans son ensemble.

846. Une autre voie pourrait donc être préférée, qui consisterait à permettre au procureur de solliciter, dès l'enquête, l'annulation d'un acte qui lui paraît irrégulier devant la chambre de l'instruction. Cette proposition, notamment avancée par Monsieur Desportes, « permettrait de purger l'enquête de ses vices sans attendre la saisine de la juridiction d'instruction ou de jugement plusieurs mois plus tard »²⁰⁹⁶. Cette option, qui reviendrait donc à étendre le contrôle de la chambre de l'instruction sur l'enquête, est toutefois de nature à multiplier les confusions entre les cadres policier et judiciaire de l'investigation²⁰⁹⁷.

847. Les exigences européennes offrent un nouvel argument en faveur d'un renforcement des garanties statutaires des membres du ministère public et d'une affirmation de leur devoir d'impartialité dans l'exercice de leurs fonctions de directeur

²⁰⁹⁴ V. *Supra*, n°477 et s.

²⁰⁹⁵ V. *Supra*, n°669.

²⁰⁹⁶ F. DESPORTES, « Mission relative à l'enquête pénale », préc., p. 8.

²⁰⁹⁷ V. *Infra*, n°982 et s.

fonctionnel des investigations et d'autorité de poursuite. Elles contribuent également aux réflexions sur l'affirmation du rôle du juge au stade de l'enquête. Les modalités de ces diverses améliorations ont déjà été esquissées dans une perspective nationale : la substitution progressive de l'enquête de police à l'information judiciaire en matière correctionnelle amène un grand nombre d'observateurs à regretter le recul du juge au profit d'un procureur qui n'offre encore que des garanties bien insuffisantes en comparaison du juge d'instruction. Aussi encouragent-ils non seulement l'amélioration de ces dernières mais également une redistribution des rôles dans la phase policière. Sans aller jusqu'aux solutions les plus audacieuses, qui feraient pour partie table rase des équilibres actuels, certains aménagements ponctuels, inscrits dans le sillon d'évolutions passées, peuvent être envisagés pour remédier aux risques d'inconventionnalité précédemment observés. Ils consisteraient, d'une part, dans le renforcement des garanties statutaires des magistrats du parquet par l'affirmation des prérogatives d'un CSM, le cas échéant renouvelé, et la prise en considération d'un doute avéré sur l'impartialité personnelle d'un procureur dans l'analyse de la préservation du caractère équitable de la procédure. Ils consisteraient, d'autre part, à normaliser les obligations mises à la charge d'un juge, désormais spécialisé dans sa fonction, et à rationaliser son information sur le déroulement des opérations qu'il autorise ou ses attributions dans le contrôle de leur exécution.

Si ces évolutions n'induisent pas nécessairement de réelles perturbations du système, il n'en va pas de même de celles qui sont parfois préconisées pour améliorer le sort du suspect dans l'enquête.

Section Seconde. Les modifications concernant le suspect

848. Rappel des termes de la problématique -. Sortir du dilemme qui consiste à saisir la question des droits sous le seul angle des garanties procédurales reconnues au suspect privé de liberté, en retenant que les droits européens inclinent moins à accorder à celui-ci davantage de droits qu'à assurer l'équilibre de la procédure, n'est pas sans incidence sur les options ouvertes pour satisfaire aux exigences supranationales.

849. En effet, le déséquilibre qui s'observe actuellement n'est pas uniquement le résultat de la fragilité des droits accordés au « simple » suspect durant l'enquête. Il est plus généralement la conséquence de la mutation que connaît la mise en état.

Hypertrophiée, l'enquête de police peut désormais supplanter, en matière correctionnelle, l'information judiciaire et, par conséquent, les garanties qu'elle ménage. Or, si les droits du suspect ont été accrus, ils ne l'ont été qu'avec parcimonie. Une triple option s'offre aujourd'hui à nous.

La première consiste, assez naturellement, à préconiser un renforcement des droits du suspect avec à l'horizon les droits attachés au statut de mis en examen (§1^{er}). C'est l'option qui a jusqu'alors prévalu et qui trouve les faveurs des observateurs les plus nombreux²⁰⁹⁸. La deuxième propose de réorganiser la mise en état des affaires pénales afin que les droits de la personne mise en cause puissent croître en temps plus opportun et soient *in fine* globalement préservés (§2^e). La troisième option revient à combiner ces différentes options, plusieurs modèles étant alors envisageables (§3^e).

§1^{er} - Le renforcement des droits du suspect en eux-mêmes

850. Les propositions faites en ce sens ont été particulièrement nombreuses. Elles se distinguent moins par leur logique – le renforcement des droits de la personne soupçonnée au stade de l'enquête – que par le degré de la consolidation des droits qu'elles promeuvent. Si pour certains observateurs, l'équilibre global de la procédure peut, au stade de l'enquête, être assuré par une affirmation maîtrisée des droits du suspect (A), d'autres prônent, au contraire, une consolidation plus substantielle de ceux-ci (B).

A. L'affirmation maîtrisée des droits du suspect

851. Plusieurs pistes en faveur d'une affirmation mesurée des droits du suspect peuvent être envisagées. Les propositions récemment formulées militent en faveur d'un affermissement des droits de la personne mise en cause durant l'enquête (1) ou à son issue (2).

²⁰⁹⁸ V. not., en ce sens, J.-Ch. SAINT-PAU, « Les droits des personnes suspectées dans la réforme de l'enquête pénale », in J.-Ch. SAINT-PAU, *De quelques aspects de l'enquête en droits étrangers et comparés*, préc., n°3, p. 147 ; A. BOTTON, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale - À propos du Titre II de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *JCP éd. G.*, juillet 2016, 777.

1) *Durant l'enquête*

852. Les contributions aux travaux de la Commission Beaume, de même que son rapport définitif, formulent différentes propositions qui, appliquées, pourraient participer à la restauration de l'équilibre perdu. Envisagées dans les contributions et rapport concernés comme une partie d'un ensemble plus complet de recommandations, ces différentes préconisations seront ici abordées, pour les besoins de l'étude, de façon isolée. Elles reposent sur le même axiome, qui consiste à considérer – ce à quoi les standards européens ne nous semblent pas faire obstacle – qu'à un stade relativement précoce de la procédure, le bénéfice de la plénitude des droits de la défense ne s'impose pas²⁰⁹⁹. Il s'agirait surtout de préserver l'équité de la procédure de toute compromission irrémédiable.

853. La progressivité de l'accès au dossier de la procédure durant l'enquête

-. La contribution de Monsieur Desportes offre une première piste de réflexion. L'auteur admet que si le droit interne satisfaisait largement aux exigences européennes invitant à apprécier le caractère équitable de la procédure en la considérant dans sa globalité²¹⁰⁰, il peut néanmoins paraître souhaitable d'introduire une certaine progressivité des droits dès le stade de l'enquête. Aussi propose-t-il de ménager au suspect, déjà entendu en cette qualité, le droit d'accéder, sous certaines conditions, au dossier de la procédure. Monsieur Desportes fait remarquer que l'amorce d'une telle évolution peut déjà être décelée dans les dispositions introduites par l'article 706-105 du CPP par la loi du 9 mars 2004²¹⁰¹. Soulignant les défauts de ces dernières, singulières et souvent méconnues, il envisage leur aplanissement et leur généralisation. L'auteur précise les différentes options possibles et les modalités acceptables de l'accès au dossier de la procédure au stade de l'enquête.

854. S'agissant des circonstances susceptibles d'ouvrir l'accès au dossier, celles-ci peuvent être conçues de manière plus ou moins restrictives. Une première conception, qui est aussi la plus étroite, consisterait à faire dépendre l'accès au dossier de la répétition des auditions d'une part, et du temps écoulé entre chacune d'elles d'autre part. La consultation des éléments de la procédure ne serait possible que lorsque la personne, déjà entendue en qualité de suspect, serait à nouveau auditionnée plus de six

²⁰⁹⁹ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., pp. 48 et s. ; F. DESPORTES, « Mission relative à l'enquête pénale », in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 21, p. 13.

²¹⁰⁰ F. DESPORTES, « Mission relative à l'enquête pénale », préc., p. 13.

²¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 14-15.

mois (par exemple) après sa première audition. La répétition des auditions de même que le temps écoulé entre chacune d'elles peuvent en effet laisser présager d'une intensification des indices réunis, justifiant une affirmation des droits de la personne mise en cause.

Les deux autres options envisagées par l'auteur en sont des déclinaisons. La première, qui est aussi la plus souple, reviendrait à ouvrir ce droit dès la seconde audition, peu important le temps écoulé. La seconde, qui n'est pas exclusive de la première solution envisagée, à l'ouvrir systématiquement après quarante-huit heures de privation de liberté²¹⁰².

855. Quels que soient les critères d'ouverture de ce droit, l'accès au dossier devrait être, selon ses propositions, réservé à l'avocat lors de l'accomplissement d'actes impliquant son assistance. Le dossier consultable ne comporterait pas les pièces relatives aux actes en cours. Enfin, lorsque la sécurité des personnes ou les besoins de l'enquête le commandent, le procureur devrait être autorisé, à la demande de l'OPJ, à s'opposer à l'accès à tout ou partie des éléments du dossier par une décision insusceptible de recours²¹⁰³.

856. L'attention spécifiquement portée à la préservation du droit du suspect de ne pas contribuer à sa propre incrimination -. Le rapport définitif de la Commission Beaume a porté une attention particulière à la préservation du droit du suspect à ne pas contribuer à sa propre incrimination, dont la méconnaissance aurait pour effet de compromettre irrémédiablement le caractère équitable de la procédure²¹⁰⁴. Cette idée est au cœur de ses propositions qui tendent à un affermissement relatif des droits de la personne suspectée au cours de l'enquête, sauf à ce que celle-ci se prolonge au-delà d'une certaine durée.

857. En premier lieu, estimant qu'à ce stade encore précoce de l'enquête, l'assistance de l'avocat « n'a ni pour cause ni pour objet d'ouvrir [...] le débat juridictionnel dans son entier »²¹⁰⁵, la Commission a recommandé une amélioration limitée des droits du suspect auditionné. L'évolution proposée est néanmoins importante. Elle tend à garantir à l'intéressé une « discussion loyale »²¹⁰⁶ afin d'éviter toute déclaration incriminante dans des conditions qui compromettraient irrémédiablement l'équité de la procédure. A cette fin, la Commission a estimé

²¹⁰² *Ibid.*

²¹⁰³ *Ibid.*

²¹⁰⁴ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., pp. 48 et s.

²¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 57.

²¹⁰⁶ *Ibid.*

souhaitable de permettre la consultation, en plus des pièces aujourd'hui consultables, de toutes celles qui concernent la personne auditionnée au fur et à mesure de leur utilisation par l'enquêteur. Il pourrait être dérogé à cette règle lorsque cette communication comporte un risque pour « la protection des personnes dans leur vie, leur liberté ou leur sûreté », « de l'intérêt général (risque de violences collectives, d'actes terroristes, de déstabilisations financières ou économiques, de diplomatie, de sécurité nationale ...) » ou « de l'efficacité de l'enquête (risque de dépérissement des preuves ou des témoignages, protection des techniques et des méthodes d'enquête, protection des développements ultérieurs de l'enquête ...) »²¹⁰⁷. Cette restriction devrait être décidée par le procureur ou le JLD, selon la même articulation que le contrôle de la mesure²¹⁰⁸. L'objectif étant uniquement de permettre à l'intéressé de répondre aux questions posées en ayant connaissance des éléments détenus par les enquêteurs, il ne s'agirait que d'en assurer la consultation et non d'autoriser le suspect ou son avocat à obtenir des copies de ces éléments consultables²¹⁰⁹. La Commission n'a toutefois pas exclu que le procureur puisse, en concertation avec les enquêteurs, décider de donner au suspect l'accès à tout ou partie des éléments en amont de l'audition afin de la rendre « plus efficace et plus opérationnelle »²¹¹⁰, possibilité aujourd'hui reprise à l'article 77-2 du CPP.

858. En second lieu, la Commission s'est intéressée à la question de l'assistance d'un avocat lors des perquisitions. Une évolution en ce sens est en effet régulièrement souhaitée par les représentants de la profession d'avocats qui estiment qu'une perquisition peut être l'occasion de « faire-parler » le suspect hors du champ réglementé de l'audition »²¹¹¹. Aussi, la sauvegarde du droit de l'intéressé de ne pas s'auto-incriminer impliquerait-elle de lui assurer l'assistance de son conseil durant l'exécution de telles mesure. La Commission s'est opposée à une telle évolution. En plus des « problèmes matériels et sécuritaires » qu'elle soulèverait²¹¹², ses membres ont rappelé que la consécration d'un tel droit n'aurait de raison d'être que si l'équité de la procédure pouvait se trouver viciée. Or, si « [l]es perquisitions [...] chez toute autre personne physique ou morale, ou tout autre organisme ou institution que la personne du suspect [...] relèvent évidemment des règles protectrices des droits fondamentaux » et impliquent donc l'encadrement de leur mise en œuvre, elles ne ressortent pas « du registre des droits de la défense »²¹¹³. Seules, les perquisitions chez un suspect relèvent

²¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 63.

²¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 60.

²¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 60 et s.

²¹¹⁰ *Ibid.*

²¹¹¹ *Ibid.*, p. 68.

²¹¹² *Ibid.*

²¹¹³ *Ibid.*

de ce registre et pourraient donc suggérer la présence du conseil.

Parce que cette évolution suggérerait donc de procéder à de nouvelles distinctions, de nature à complexifier le droit en vigueur, la Commission a proposé une autre voie qui, tout en évitant de telles complications, contribuerait néanmoins à la sauvegarde de l'équité de la procédure. Il s'agirait, d'une part, d'interdire « toute question de l'enquêteur et même [que] toute déclaration du mis en cause 'perquisitionné', provoquée ou spontanée » ; en d'autres termes, d'imposer une « obligation de se taire »²¹¹⁴. Il s'agirait, d'autre part, d'encadrer la phase de reconnaissance des objets saisis qui ne devrait « intervenir qu'au service, sous la forme d'une audition avec assistance du conseil »²¹¹⁵. L'on peut regretter que le législateur ne se soit pas saisi de l'occasion de la loi du 3 juin 2016 pour consacrer une telle solution qui tout en étant en pratique acceptable, assurerait également une protection supplémentaire à la personne soupçonnée de la commission d'une infraction.

859. L'accès au dossier intégral de la procédure en cas de prolongation de l'enquête préliminaire au-delà d'une certaine durée -. Si l'équité de la procédure peut être assurée par quelques adaptations du droit en vigueur²¹¹⁶, les membres de la Commission Beaume ont cependant considéré que la garantie du droit à un procès équitable impliquait un renforcement plus conséquent des droits du suspect en cas de continuation de l'enquête au-delà d'un certain délai. A cet effet, ils ont préconisé de restaurer le contrôle du juge sur la prolongation de l'enquête préliminaire et de renforcer son caractère contradictoire lorsqu'elle dure depuis un certain temps. Plus précisément, il était recommandé de rendre plus effectif le droit d'une personne gardée à vue d'interroger le procureur de la République en l'absence de décision sur les suites de l'enquête six mois après sa remise en liberté. Ses membres ont en effet constaté que tel que réformé par la loi du 9 septembre 2002, le dispositif introduit à l'article 77-2 du CPP ne comportait plus aucune obligation de réponse pour le ministère public. La Commission avait donc proposé trois évolutions et précisé les contours d'un dispositif plus acceptable sur le plan de la préservation de l'équité de la procédure :

- Le dispositif devrait s'appliquer indifféremment à la personne soumise à une enquête préliminaire de droit commun ou à une enquête préliminaire portant sur des faits relevant de la délinquance ou de la criminalité organisée. Elle avait

²¹¹⁴ *Ibid.*

²¹¹⁵ *Ibid.* Rappelons que si, à l'occasion de la loi du 3 juin 2016, le législateur s'est rangé derrière l'opinion de la Commission Beaume en transposant *a minima* la directive relative au droit à l'information, il n'a pas jugé utile de reprendre cette solution alternative. La question des droits du suspect lors des perquisitions est donc encore sujette à débat.

²¹¹⁶ Pour une critique de l'insuffisance des préconisations de la Commission Beaume, V. not., H. MATSOPOULOU, « Une nouvelle réforme de la procédure pénale ? - Les principales propositions de la mission de réflexion sur les possibles évolutions de la procédure pénale », *JCP éd. G.* 2014, 957.

donc prôné une unification des deux régimes distincts d'information d'une personne gardée à vue sur la suite de la procédure²¹¹⁷. Sur ce point, la proposition de la Commission rejoignait les observations de Monsieur Desportes qui estimait que le critère applicable, tiré de la mise en œuvre d'une mesure particulièrement intrusive ou coercitive prévue par les dispositions dérogatoires, n'était pas le plus pertinent²¹¹⁸.

- La procédure d'accès au JLD devrait être restaurée pour donner à ce dispositif davantage d'effectivité²¹¹⁹.
- Enfin, la décision du juge ne devrait produire d'effet que sur le requérant, et non sur l'ensemble de l'enquête, ce qui illustre *in fine* le rôle qu'elle entendait confier au JLD au stade de l'enquête. Celui-ci ne devrait pas être considéré moins comme le « juge de l'enquête » que comme « le juge de la loyauté et de la régularité [de celle-ci], à travers la protection des droits fondamentaux et l'appréciation du contradictoire à l'égard de tel ou tel mis en cause »²¹²⁰.

860. Concrètement, lorsque le suspect userait de son droit d'interroger le parquet, le procureur devrait être tenu, quels que soient les faits sur lesquels porte l'enquête, de répondre à sa sollicitation en prenant une décision sur l'action publique ou en l'informant de la poursuite de l'enquête « par simple courrier non motivé »²¹²¹. Dans ce dernier cas, l'intéressé devrait être concomitamment informé de son droit de saisir le JLD à l'expiration d'un délai d'une année à compter de l'issue de sa garde à vue. En l'absence de réponse du procureur dans un délai de deux mois, le suspect pourrait directement saisir le juge. Le JLD serait alors compétent pour enjoindre au procureur, le cas échéant aux vues des observations du parquetier et de la défense, de prendre une décision sur l'action publique ou l'autoriser à poursuivre l'enquête sous la forme préliminaire pendant une durée de six mois supplémentaires. Dans ce cas cependant, les droits du suspect devraient être renforcés. Sur le modèle de l'article 706-105 du CPP, il devrait disposer de l'accès à l'entier dossier de la procédure dans un délai de quinze jours précédant toute nouvelle audition programmée, à l'exception des « pièces en cours » et sauf à ce que la protection de la vie d'une personne ou de l'intérêt national justifie de restreindre ce droit²¹²². La possibilité de déroger à ce droit devrait être tranchée par le JLD par le biais d'une décision motivée, qui ne devrait être susceptible

²¹¹⁷ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 83.

²¹¹⁸ F. DESPORTES, « Mission relative à l'enquête pénale », préc., p. 14.

²¹¹⁹ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 83.

²¹²⁰ *Ibid.*, p. 84.

²¹²¹ *Ibid.*

²¹²² *Ibid.*, p. 85.

d'aucun recours²¹²³.

Si le législateur s'est inspiré de cette proposition dans le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, le dispositif finalement adopté s'en est écarté²¹²⁴. La loi du 3 juin 2016 a parallèlement laissé inchangées les dispositions de l'article 706-105, propres à la délinquance et à la criminalité organisée. Le législateur a donc préféré à l'unification des régimes, le maintien de leur éclatement²¹²⁵.

861. Le renforcement d'autres droits en cas de prolongation de l'enquête -
. Dans un sens voisin, Monsieur Desportes a envisagé la restauration d'un dispositif inspiré de l'article 77-2 du CPP, tel qu'il était issu de la loi du 15 juin 2000. L'auteur suggère que la personne qui a déjà été entendue comme suspect puisse solliciter la clôture de l'enquête auprès du parquet, à l'expiration d'un certain délai depuis sa première audition. En cas de refus explicite ou implicite, la décision du procureur devrait pouvoir être portée devant un « juge de l'enquête », qui disposerait alors de pouvoirs plus étendus. Il devrait être habilité à rejeter la demande du suspect et donc à laisser l'enquête se poursuivre sous la forme de l'enquête préliminaire ou, au contraire, à décider la clôture de l'enquête en renvoyant l'intéressé devant la juridiction de jugement voire à ordonner la saisine du juge d'instruction, lorsque l'affaire ne lui paraît pas en état d'être jugée et qu'aucun acte n'a été mis en œuvre depuis plusieurs mois²¹²⁶. Le juge de l'enquête pourrait être autorisé à prescrire lui-même des investigations complémentaires avant de prendre sa décision.

A ces premières adaptations qui concernent le déroulement de l'enquête, pourraient s'ajouter, ou se substituer, des ajustements à l'issue de celle-ci.

2) A l'issue de l'enquête

862. Différentes propositions tendant à un renforcement maîtrisé des droits du suspect ont également concerné l'issue de l'enquête de police. Plusieurs pistes ont été esquissées, qui révèlent parfois l'ampleur des ajustements préconisés. Elles concernent tantôt l'organisation d'un débat « contradictoire » à l'issue de l'enquête (a), tantôt le traitement des actes d'investigations sollicités par le suspect qui n'auraient pu être mis en œuvre immédiatement pour une quelconque raison (b), tantôt la juridictionnalisation

²¹²³ *Ibid.*

²¹²⁴ V., *Supra*, n°358 et s.

²¹²⁵ V., *Infra*, n°665.

²¹²⁶ F. DESPORTES, « Mission relative à l'enquête pénale », préc., p. 16.

de la clôture de l'enquête (c).

a) L'organisation d'un débat « contradictoire » à l'issue de l'enquête

863. Dans sa contribution aux travaux de la Commission Beaume, et donc préalablement à l'adoption de la loi du 3 juin 2016, Monsieur Desportes a envisagé, la possibilité d'organiser un débat contradictoire à l'issue de certaines enquêtes, comme l'avait déjà préconisé la Commission Nadal.

864. Les propositions de la Commission Nadal -. Dans son rapport « Refonder le ministère public » rendu public en novembre 2013, celle-ci avait estimé utile, compte tenu du « renforcement des pouvoirs du parquet dans le cadre de l'enquête préliminaire, [du] recours plus fréquent à ce type d'enquête et [de] la tendance corrélative à un moindre recours à l'instruction ainsi que [de] la longueur particulière de certaines de ces enquêtes »²¹²⁷, de prévoir une possibilité de donner accès aux pièces du dossier, « sur la base de critères objectifs, avant que la décision d'engager des poursuites intervienne ». Soucieuse de prévenir tout risque de fragilisation des enquêtes en cours, la Commission avait alors jugé opportun de prévoir que cet accès ne puisse avoir lieu qu'une fois l'enquête clôturée par le service d'enquête et transmise au parquet. Elle avait également recommandé, vu l'objectif de ces ajustements, que seules les enquêtes longues – c'est-à-dire d'une durée égale à un an au moins à compter du premier procès-verbal – puissent donner lieu à l'ouverture de ce droit. En définitive, dans le cas où le procureur envisagerait d'engager des poursuites, il devrait parallèlement informer le suspect ou son avocat de leur droit de prendre connaissance des pièces de la procédure au secrétariat du parquet. L'accès au dossier devrait emporter le droit de formuler des observations et, le cas échéant, de solliciter des investigations complémentaires dans un délai qui pourrait être fixé. A l'issue de ce délai seulement, le procureur pourrait prendre une décision de poursuite, de reprise des investigations ou de classement sans suite²¹²⁸.

865. Les propositions de Monsieur Desportes -. Sur ce modèle, Monsieur Desportes a jugé souhaitable que lorsque le procureur envisage d'engager des poursuites, la personne mise en cause et la victime puissent s'exprimer devant lui après

²¹²⁷ J.-L. NADAL (sous la dir.), *Refonder le ministère public*, préc., p. 83.

²¹²⁸ *Ibid.*

avoir eu connaissance du dossier. Pour le suspect, l'accès au dossier se justifierait par la circonstance qu'il est devenu, à ce stade de la procédure, « un prévenu virtuel »²¹²⁹. Ce débat qui, selon l'auteur, devrait être limité aux affaires présentant une certaine complexité ou une certaine gravité²¹³⁰ et pour lesquelles le parquetier envisage de saisir le tribunal correctionnel par COPJ ou citation directe²¹³¹, présenterait l'avantage de permettre au suspect de faire valoir ses arguments pour convaincre le procureur de l'inopportunité des poursuites ou de leur impossibilité ou, du moins, de la nécessité d'investigations complémentaires. Cette évolution serait donc également opportune pour l'administration de la justice puisqu'elle permettrait de limiter les hypothèses dans lesquelles une juridiction de jugement est saisie d'un dossier incomplètement instruit ou promise à la relaxe²¹³². Concrètement, dans le cas où le procureur envisagerait d'engager des poursuites, il ménagerait aux personnes concernées un délai d'un mois pour présenter leurs observations après avoir pris connaissance de l'entier dossier. A l'expiration de ce délai, il apprécierait s'il y a lieu de faire droit à ces demandes par une décision insusceptible de recours. Selon Monsieur Desportes, l'institution d'un recours à ce stade de la procédure constituerait, en effet, une complication inutile puisque le suspect conserverait son droit de solliciter un complément d'information devant la juridiction de jugement.

866. Ce dispositif fait immanquablement penser aux dispositions introduites à l'article 77-2 du CPP par la loi du 3 juin 2016, pour lesquelles le législateur s'est inspiré des propositions formulées par la Commission Nadal et dont nous avons déjà souligné les failles. En outre, et de même que pour le défèrement, la circonstance suivant laquelle ce « débat » serait organisé entre le procureur et les parties concernées relativiserait sans doute la portée des améliorations qu'il recèle. Du moins, ne s'agirait-il que d'un débat contradictoire tronqué, à défaut de prévoir l'intervention d'un juge tiers²¹³³. Il n'en reste pas moins que ces préconisations se distinguent du dispositif finalement adopté sur un point essentiel. Elles ne font pas dépendre le renforcement des droits à la clôture de l'enquête d'une initiative du suspect, ce qui de l'avis même de l'étude d'impact accompagnant le projet de loi limite considérablement l'efficacité des ajustements apportés par le législateur²¹³⁴. En définitive, le dispositif envisagé par la Commission Nadal et Monsieur Desportes, qui ne paraît pas irréaliste, sous réserve que son champ

²¹²⁹ F. DESPORTES, « Mission relative à l'enquête pénale », préc., p. 17.

²¹³⁰ Celle-ci devrait être déterminée par la peine encourue (*Ibid.*).

²¹³¹ *Ibid.* (Pour Monsieur Desportes, l'instauration d'un tel débat ne serait pas compatible avec les modes de traitement de la délinquance rapides ou simplifiés et inutile lorsque la voie choisie par le parquet suggère l'acquiescement de la personne mise en cause. Il n'y aurait pas non plus lieu à débat lorsque le procureur envisage de saisir un juge d'instruction).

²¹³² *Ibid.*

²¹³³ V., *Supra*, n°344 et n°368.

²¹³⁴ V., *Supra*, n°369.

d'application soit bien défini, aurait l'avantage d'assurer à tout suspect qui peut y prétendre, les droits de consulter l'entier dossier de la procédure, de formuler des observations et de solliciter des investigations complémentaires à la clôture de l'enquête, quelle que soit son attitude.

b) L'amélioration du traitement des actes sollicités par la défense

867. La Commission Beaume a envisagé, parmi toutes propositions formulées, une amélioration du traitement des actes susceptibles d'être sollicités par la défense au cours de l'enquête. L'évolution suggérée a procédé du constat que l'inexécution de ces actes ne signifie pas nécessairement que les enquêteurs ou le parquet considèrent leur mise en œuvre inopportune. Ainsi, notamment, lorsqu'ils sont demandés lors d'une garde à vue suivie d'un défèrement. Elle peut également s'expliquer par d'autres raisons, telles que le manque de temps ou l'impossibilité matérielle d'y procéder rapidement. La Commission a alors regretté le caractère couperet de la saisine de la juridiction par convocation par procès-verbal, par convocation par officier de police judiciaire ou par citation directe, qui empêche le procureur de faire procéder aux actes néanmoins jugés opportuns et, le cas échéant, de réorienter sa décision après leur exécution²¹³⁵. L'article 77-2 du CPP n'a apporté qu'une réponse partielle à cette problématique²¹³⁶. Aussi, pourrions-nous encore promouvoir la consécration des propositions du rapport sur ce point.

D'autres observateurs enfin ont préconisé une évolution bien plus substantielle de la clôture de l'enquête, en militant pour sa juridictionnalisation, selon des modalités plus ou moins souples en fonction des propositions.

c) La juridictionnalisation de la clôture de l'enquête

868. Une juridictionnalisation minimale de la clôture de l'enquête -. Dans sa contribution aux travaux de la Commission Beaume, Monsieur le Professeur Ribeyre a esquissé la piste d'une juridictionnalisation minimale de la clôture de l'enquête lorsque le parquet entend orienter la procédure vers la saisine d'une juridiction d'instruction ou

²¹³⁵ V., *Supra*, n°351.

²¹³⁶ V., *Supra*, n°366.

de jugement - sauf à ce qu'il envisage de recourir à la CRPC²¹³⁷-, estimant qu'au stade de l'orientation la contradiction doit s'imposer²¹³⁸. L'auteur a toutefois exclu que la décision de poursuivre soit prise par un juge y voyant le risque d'une confusion des rôles et celui d'un préjugement de nature à influencer lourdement la juridiction de jugement²¹³⁹. C'est donc l'instauration d'une audience d'orientation entre le représentant du parquet et le suspect, assisté de son avocat, pleinement informé du dossier et autorisé à solliciter des investigations complémentaires que Monsieur le Professeur Ribeyre a appelé de ses vœux. L'auteur a cependant proposé, « [e]n complément », qu'un juge puisse être saisi dès ce stade en cas de contestation de la régularité des actes de l'enquête, sauf à ce que le procureur envisage de saisir le juge d'instruction²¹⁴⁰.

869. Cette proposition n'est évidemment pas dénuée d'intérêt. Indépendamment de l'affermissement des droits de la personne mise en cause à un stade jugé crucial de la procédure, l'intervention éventuelle d'un juge aux fins de statuer sur les irrégularités des actes de l'enquête permettrait de purger les nullités avant la phase de jugement. Celle-ci gagnerait donc en célérité²¹⁴¹. C'est d'ailleurs l'un des principaux avantages que la Commission Beaume avait vu dans l'instauration d'une phase juridictionnalisée à l'issue de l'enquête²¹⁴², proposition qu'elle devait cependant rejeter²¹⁴³.

870. L'introduction d'une phase juridictionnalisée à l'issue de l'enquête -. D'autres observateurs se sont prononcés en faveur de dispositifs plus poussés²¹⁴⁴. La

²¹³⁷ C. RIBEYRE, Réforme de l'enquête pénale, Observation sur les questions soulevées par le groupe de travail chargé d'une mission relative à l'amélioration de la procédure pénale, in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., Annexe 18, spéc., pp. 10 et s. (L'auteur a estimé que cette phase d'orientation est inutile lorsque le parquet envisage de recourir à une procédure alternative aux poursuites. De même, elle ne s'imposerait pas lorsque le procureur envisage d'orienter le dossier vers une CRPC puisque ce débat ferait alors « double emploi avec la proposition [faite par] le parquetier en présence d'un avocat dans la foulée de la garde à vue »).

²¹³⁸ *Ibid.*, p. 11.

²¹³⁹ *Ibid.*

²¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 11.

²¹⁴¹ *Ibid.*

²¹⁴² La Commission Beaume était explicitement appelée à s'interroger sur l'opportunité de l'instauration d'une phase juridictionnalisée de mise en état des affaires pénales (Lettre de mission, in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 1). Elle reconnaissait qu'une telle évolution serait de nature à assurer une « meilleure préparation qualitative de la légalité, de la régularité et du contenu de [l']enquête, de manière à apporter devant le juge du fond une procédure pénale purgée de ses défauts ou insuffisances et permettre ainsi de recentrer exclusivement le débat judiciaire sur la culpabilité, la peine et l'indemnisation de la victime (*Ibid.*, p. 74). Elle s'était cependant opposée à cette proposition tant en raison de considérations pratiques que des risques de confusions générées par celle-ci (V. *Infra.*).

²¹⁴³ V. *Supra*, n°935.

²¹⁴⁴ V. not., CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, « Contribution du Conseil National des Barreaux aux réflexions de la Commission chargée de la réforme de l'enquête pénale », in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 13, pp. 11 et s. (Le Conseil National des Barreaux a, entre autres, envisagé deux systèmes plus respectueux des droits de la défense concernant l'issue de l'enquête. Dans le premier, le procureur de la République serait contraint de rédiger une synthèse des éléments à charge et à décharge figurant au dossier et un projet de décision de règlement, qu'il notifierait aux personnes concernées par l'enquête. Celles-ci disposeraient d'un certain délai,

solution la plus aboutie est probablement celle esquissée par Monsieur Jeanne. Il convient cependant de préciser que cette proposition s'inscrivait dans la perspective d'une refonte plus profonde de la mise en état des affaires pénales, impliquant inmanquablement une juridictionnalisation différente de l'enquête. Elle sera envisagée, ici, de façon isolée comme une piste, parmi d'autres, d'amélioration du fonctionnement de l'enquête de police. L'auteur suggère « d'inverser doublement les modalités des contentieux [de la légalité et de la culpabilité] et [leur] chronologie »²¹⁴⁵. Il s'agirait donc, d'une part, d'inverser les modalités des contentieux : « là où le contentieux [est] facultatif, il deviendrait obligatoire (l'annulation), là où il [est] obligatoire, il deviendrait facultatif (la culpabilité [...]) »²¹⁴⁶. Il s'agirait, d'autre part, d'inverser de la chronologie des contentieux : « là où l'annulation [est] subordonnée à la contestation de la culpabilité, c'est la reconnaissance de culpabilité qui se trouverait subordonnée à l'absence d'annulation »²¹⁴⁷. Cette double inversion des contentieux permettrait de pallier l'incertitude actuelle du contrôle de la légalité de l'enquête²¹⁴⁸. Elle favoriserait également la célérité de la procédure : le contrôle de la légalité devenant un préalable obligatoire, il serait permis d'envisager que l'ordonnance de renvoi devant la juridiction de jugement puisse purger les nullités de telle sorte que « [l']audience de jugement serait apurée de son accessoire chronophage – les incidents probatoires – et pourrait se concentrer efficacement sur son principal – la détermination de la culpabilité, si celle-ci est contestée, ou la fixation de la peine »²¹⁴⁹.

871. En pratique, à l'issue de l'enquête, une audience devant « un juge de l'enquête préliminaire » devrait être organisée²¹⁵⁰. Le juge s'assurerait alors de l'équité de l'enquête, relèverait les nullités susceptibles d'affecter les actes d'investigation, contrôlerait la recevabilité de l'action publique, se prononcerait sur des demandes d'actes formulées par la personne mise en cause voire statuerait sur les exceptions

variable selon que la personne mise en cause est placée en détention provisoire ou non, pour présenter leurs observations. La décision définitive du parquet, notifiée aux parties, serait susceptible d'un recours devant la chambre de l'instruction. Le second système obligerait le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire agissant sur ses instructions à notifier aux personnes concernées par l'enquête et à leurs avocats un avis de fins d'enquête, comprenant un récapitulatif des faits et la liste des actes accomplis, et à leur communiquer une décision provisoire motivée. Ils disposeraient alors d'un certain délai, variable selon que la personne soit placée en détention provisoire ou non, pour déposer des demandes d'actes ou d'expertises, soulever des nullités ou adresser des observations sur la décision provisoire du parquet. En cas d'observations et lors du dépôt des réquisitions définitives du procureur de la République, les personnes concernées par l'enquête disposeraient d'un nouveau délai. La décision finale pourrait être contestée devant la chambre de l'instruction uniquement si des observations ont été faites ou si le règlement final est distinct de la décision de règlement provisoire. Le Conseil National des Barreaux a en revanche précisé que le débat sur les nullités devrait être disjoint des débats sur l'administration de la preuve et devrait donc se tenir à l'audience).

²¹⁴⁵ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, *op. cit.*, n°633, p. 619.

²¹⁴⁶ *Ibid.*

²¹⁴⁷ *Ibid.*

²¹⁴⁸ *Ibid.*, n°632, pp. 617 et s.

²¹⁴⁹ *Ibid.*, n°633, p. 619.

²¹⁵⁰ *Ibid.*, n°634, p. 620.

d'incompétence, de litispendance ou de connexité. Il pourrait également statuer sur toute demande de provision voire décider de mesures provisoires, à l'image d'un placement sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire. Il serait enfin destinataire des demandes de constitution de partie civile, sur la recevabilité desquelles il serait consécutivement compétent pour se prononcer.

La décision d'orientation s'effectuerait ensuite au regard de la nature et de la complexité de l'affaire, des observations des personnes concernées et de la qualité des investigations réalisées sous la direction du parquet. Ainsi, les affaires simples ou pour lesquelles le juge estime que les demandes d'investigations complémentaires formulées par les intéressés sont inutiles ou déposées dans un but dilatoire, une décision immédiate de clôture pourrait être immédiatement prise²¹⁵¹. En revanche, si l'affaire n'est pas en état d'être jugée mais qu'elle peut l'être grâce à quelques investigations complémentaires et simples à diligenter, le juge devrait pouvoir décider d'un renvoi à une audience ultérieure d'appel des causes et serait alors compétent pour délivrer une commission rogatoire aux officiers de police judiciaire aux fins de l'exécution de ces actes et pour en contrôler l'exécution²¹⁵². Enfin, pour les affaires complexes supposant davantage d'investigations, le « juge de l'enquête préliminaire » pourrait décider d'un renvoi de l'affaire pour mise en état et désigner, à cet effet, « un juge de la mise en état ». Celui-ci fixerait un calendrier de la mise en état. A l'issue de la mise en état, se tiendrait une audience sur les charges au cours de laquelle, le juge rendrait une ordonnance de clôture qui opèrerait décharge ou renvoi en jugement et purge des nullités.

Dans le système proposé, un plaidoyer de culpabilité pourrait succéder à l'examen de la régularité, l'inversion des contentieux proposée assurant alors que l'on ne puisse voir dans le recours à cette procédure une stratégie du parquet pour assurer l'immunité d'actes d'investigation irréguliers²¹⁵³. Ce plaidoyer de culpabilité devrait être adressé au juge, qui pourrait cependant décider – comme il en va devant la Cour pénale internationale – que la procédure se poursuive selon des formes plus ordinaires²¹⁵⁴.

²¹⁵¹ L'auteur considère que le fait que cette décision soit prise par un juge ne poserait pas de réelles difficultés en termes de préjugement puisque « si l'on entend par préjugement que le juge [statue sur] la complétude de l'investigation et constate, par sa décision, que les actes d'enquête sont en tous points réguliers, il est [alors] heureux qu'il y ait un préjugement » (*Ibid.*, n°642, p. 627).

²¹⁵² *Ibid.*, n°634, p. 620.

²¹⁵³ *Ibid.*

²¹⁵⁴ L'auteur ajoute qu'il serait encore possible que le juge puisse constater la conciliation des parties privées en homologuant l'accord soumis par celles-ci, ayant l'avantage de « faire cesser [la] situation, discutable au regard de l'impératif de célérité [...], de voir une justice pénale à qui il est demandé d'évacuer le contentieux de la régularité des actes d'investigation, celui de la culpabilité pénale et celui de la peine, pour se voir encombrée du contentieux de la responsabilité civile » (*Ibid.*, n°637, p. 622).

872. Ce complet réagencement de l'issue de l'enquête peut paraître séduisant dans la perspective d'une réforme d'ensemble de la mise en état des affaires pénales. Il resterait, en revanche, à s'interroger sur la pertinence de l'introduction d'un tel dispositif dans le système actuel, c'est-à-dire sur la possibilité de faire coexister un dispositif aussi complet avec l'information judiciaire telle qu'on la conçoit encore aujourd'hui.

873. Plusieurs options sont donc envisageables pour restaurer un certain équilibre entre les droits des différentes personnes mises en cause, quel que soit leur statut procédural, par un renforcement maîtrisé des droits du suspect au cours et/ou à l'issue de l'enquête. Il serait même permis de promouvoir le cumul de plusieurs de ces options.

D'autres auteurs ont envisagé une affirmation bien plus substantielle des droits du suspect, qui favoriserait la restauration de l'équilibre mis à mal par la mutation de la mise en état et, par là même, la satisfaction des exigences conventionnelles.

B. L'affirmation substantielle des droits du suspect

874. Tirant les conséquences de l'essor des procédures accélérées et du déclin l'information judiciaire, qui chacune rendent l'équité de la procédure plus dépendante des règles applicables à l'enquête, de nombreuses propositions ont promu un renforcement plus significatif des droits du simple suspect. Toutes reposent sur une logique semblable, consistant à déterminer le moment à partir duquel l'enquête doit devenir plus contradictoire pour s'assurer du caractère pleinement équitable de la procédure. A une phase secrète, plus ou moins longue et délimitée de façon variable selon les propositions, succéderait une phase contradictoire, dans laquelle les droits du suspect seraient considérablement renforcés. Plusieurs propositions peuvent être ici rappelées, chacune reposant sur des modalités au moins partiellement différentes.

875. L'acquisition d'un statut de « mis en cause » générateur de droits au cours de l'enquête dans les propositions des organes représentant la profession d'avocats-. Lors de sa contribution aux travaux de la Commission Beaume, le Conseil national des Barreaux a estimé nécessaire, compte tenu de l'évolution de la mise en état des affaires pénales, « de maintenir le contradictoire là où il existe (dans les affaires criminelles et les affaires [délictuelles] complexes donnant actuellement lieu à ouverture d'information) » et de « le renforcer là où il fait [aujourd'hui] défaut », c'est-à-dire dans

le cadre des enquêtes préliminaires et de flagrance²¹⁵⁵. Il a donc proposé la consécration d'un statut de « mis en cause » susceptible d'être acquis à la demande de la personne suspectée en cas d'audition par les enquêteurs ou attribué d'office par le procureur de la République dès l'apparition d'« indices graves [ou d']éléments concordants de [...] participation comme auteur ou complice à la commission d'un délit ou d'une contravention »²¹⁵⁶. Plusieurs droits procéduraux seraient attachés à l'acquisition de ce statut : celui d'être assisté d'un avocat librement choisi ou commis d'office ou encore celui, pour le conseil, de « consulter sur le champ le dossier et de communiquer librement avec la personne mise en cause »²¹⁵⁷. A l'issue de l'enquête, le mis en cause devait être informé des éléments à charge et à décharge et du projet de décision de règlement, ainsi que de son droit de formuler ses observations ou des demandes d'actes complémentaires. En cas de décision de renvoi devant le tribunal correctionnel ou devant le tribunal de police, il devait être autorisé, sous réserve qu'il ait formulé des observations au parquet, à contester l'orientation de la procédure devant la chambre de l'instruction.

876. L'affirmation des droits du simple suspect dans les contributions d'autres organes représentant la profession d'avocats -. La Fédération Nationale des Unions des Jeunes Avocats a également proposé un renforcement substantiel des droits du suspect dès l'enquête, comprenant notamment, dès la notification du reproche d'avoir commis une infraction, l'accès permanent au dossier de la procédure²¹⁵⁸. Le Syndicat des Avocats de France a également recommandé un renforcement substantiel des droits du suspect dans l'enquête : accès au dossier « au plus tôt au cours de l'enquête », droit de solliciter des actes d'investigation et de contester le refus du parquet devant un juge²¹⁵⁹.

²¹⁵⁵ CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, Contribution du Conseil National des Barreaux aux réflexions de la Commission chargée de la réforme de l'enquête pénale, 3 avril 2014, Annexes au Rapport sur la procédure pénale, Annexe 13, spéc. p. 7 (Les préconisations formulées laissent toutefois relativement songeurs sur leur étendue et leur portée véritable. En effet, s'il y est précisé que, conformément à la lettre de mission de la Commission Beaume, les préconisations ne doivent concerner que la phase d'enquête, la contribution souligne qu'une réflexion ambitieuse sur une réforme de l'enquête pose des problèmes méthodologiques importants, notant en particulier qu'« il n'existe pas de projet global d'une nouvelle architecture de la procédure pénale » (p. 5). Surtout, si elle n'envisage que les enquêtes préliminaires et de flagrance et paraît témoigner de son attachement au maintien de l'information – c'est, du moins, ce que nous pouvons déduire de l'évocation du maintien du contradictoire là où il existe déjà (p. 7) ou du droit du suspect de solliciter, dans le cadre d'une enquête préliminaire qui perdure, la saisine du magistrat instructeur (p. 8)-, le Conseil national des Barreaux envisage toutefois la possibilité, pour le procureur de la République de saisir, dans le cadre de cette enquête, le JLD d'une demande de placement sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire ou d'assignation à résidence, de même que les droits de la « partie civile » constituée « auprès du procureur de la République afin que soit diligentée une enquête et bénéficier des droits attachés à cette qualité ». Or, ces indications donneraient plutôt aux propositions formulées l'allure d'une réforme d'ensemble.

²¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 10.

²¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 10.

²¹⁵⁸ Contribution de la Fédération nationale des unions des jeunes avocats, in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 14, spéc., p. 3.

²¹⁵⁹ SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE, in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 11, p. 3.

877. L'information du suspect et l'affirmation de ses droits à compter d'un certain délai dans les propositions de Monsieur Danet -. Les propositions de Monsieur Danet s'inscrivent aussi dans cette optique, l'auteur proposant une consolidation des droits dès l'enquête soit à compter d'une certaine durée, soit à partir de certaines mesures²¹⁶⁰. Plus précisément, le suspect devrait être informé de l'existence d'une enquête six mois au plus après le début de celle-ci. Six mois après cette information, ou en cas d'audition ou de perquisition, il devrait être autorisée à consulter le « dossier », c'est-à-dire *a minima* « un état précis des diligences réalisées dans l'ordre chronologique de leur effectuation » et « un bilan par type d'investigations : nombre de perquisitions réalisées, nombre d'auditions de témoins, nombre de saisies, sans autre précision, ni détail »²¹⁶¹. L'accès total ou partiel à ces éléments s'accompagnerait d'autres droits procéduraux :

- La faculté de former une demande d'acte auprès du procureur de la République et, en cas de refus, de saisir le JLD.
- La possibilité de former une demande d'annulation relative à une pièce du dossier devant le juge des libertés et de la détention.
- Le droit de demander au JLD de fixer un calendrier de la procédure, déterminant les échéances de l'enquête et, si elles ne peuvent être respectées, de provoquer l'ouverture d'une information judiciaire.
- La faculté de solliciter la communication des pièces du dossier lorsque l'accès a été préalablement limité ou lorsqu'un délai de quatre mois s'est écoulé depuis le dernier accès au dossier.
- Enfin, le droit de discuter de la qualification provisoire lorsqu'elle conduit à l'application d'un régime d'exception, dans le but d'éviter tout détournement de la procédure ou la mise en œuvre d'un régime inadapté.

Toutes ces garanties devraient pouvoir donner lieu, selon les propositions de l'auteur, à un recours devant la chambre de l'instruction²¹⁶².

878. La décomposition de l'enquête de police selon les propositions de la Commission Nationale Consultative des droits de l'Homme -. C'est également dans cette veine que s'inscrivent les propositions concernant la refondation de l'enquête

²¹⁶⁰ J. DANET, « Pour de nouvelles règles introduisant la contradiction en phase d'enquête », Proposition de réponses pour la Commission présidée par Monsieur le Procureur général Jacques Beaume visant à adapter l'architecture de l'enquête pénale pour renforcer les droits de la défense en garantissant l'efficacité des investigations », in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 13, spéc., p. 1.

²¹⁶¹ *Ibid.*, p. 3.

²¹⁶² *Ibid.*

pénale de la CNCDH²¹⁶³, publié en avril 2014. Celle-ci préconise une décomposition de l'enquête en une phase initiale, non-contradictoire, et en une phase contradictoire²¹⁶⁴.

879. La première interviendrait soit à l'initiative de la police judiciaire, d'office ou à la suite d'une plainte ou d'une dénonciation, soit sur décision du parquet. A ce stade, l'enquête serait, comme aujourd'hui, conduite par les services de police judiciaire, sous la direction du procureur de la République. L'intervention du JLD s'imposerait, sauf urgence, en amont de toute mesure portant une atteinte importante aux droits et libertés constitutionnellement et conventionnellement protégés²¹⁶⁵. Afin d'éviter toute compromission des droits de la défense, cette première phase devrait être limitée à une durée de six mois, renouvelable par le JLD sur demande du procureur de la République²¹⁶⁶.

880. La phase contradictoire devrait nécessairement s'ouvrir lors de la notification à la personne concernée de raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit²¹⁶⁷, qu'elle soit contrainte ou libre (garde à vue ou audition libre). La Commission a précisé les droits dont le suspect devrait être informé :

- droit d'être informé de l'accusation portée contre lui ;
- droit à l'interprétation ;
- droit de garder le silence ;
- droit d'être informé des motifs de sa privation de liberté en cas de garde à vue ;
- droit à l'assistance d'un avocat durant la totalité de sa garde à vue et pendant ses interrogatoires ;
- droit d'être assisté d'un avocat lors de « l'intégralité des actes d'enquête (perquisitions, déplacements sur les lieux, séances d'identification, auditions de témoins, confrontations, expertises diverses, etc.) » ;
- droit de saisir le « juge des libertés [sic] » en cas de refus du parquetier de faire procéder aux investigations complémentaires sollicitées²¹⁶⁸ ;
- droit de solliciter des nullités devant ce juge, également autorisé à les relever

²¹⁶³ CNDCH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, 29 av. 2014, in Ch. LAZERGES (sous la dir.), *Les grands avis de la Commission*, Dalloz, n°28, p. 359, comm. J. LEBLOIS-HAPPE ; V. ég., CNDCH, Audition de Madame Christine Lazerges par la Commission relative à l'amélioration de la procédure pénale, 10 avril 2014, Annexes au Rapport sur la procédure pénale, Annexe 5, p. 40.

²¹⁶⁴ CNDCH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, préc., p. 12.

²¹⁶⁵ V. *Supra*.

²¹⁶⁶ CNDCH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, préc., p. 13.

²¹⁶⁷ V. déjà, CNCDH, *Avis sur le projet de loi relatif à la garde à vue*, 6 janv. 2011.

²¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 16.

d'office²¹⁶⁹...

Son avocat, et lui seul²¹⁷⁰, devrait être autorisé à consulter le dossier intégral de la procédure, sauf restrictions justifiées.

Cette phase contradictoire devrait également être limitée à une durée de six mois, néanmoins renouvelable par le JLD, sur demande du procureur de la République²¹⁷¹.

881. Quel que soit le degré d'amélioration préconisé, toutes ces propositions suivent une même logique consistant, face à l'hypertrophie de l'enquête et au recul des droits qu'elle emporte, à restaurer un certain équilibre.

Une autre voie envisageable serait de s'attacher à la réorganisation des phases policière et judiciaire de manière à assurer qu'en application des règles existantes, la personne mise en cause voit ses droits se renforcer en temps opportun pour qu'elle puisse véritablement se défendre des accusations portées contre elle.

§2^d- La réorganisation de la mise en état à la faveur des droits de la personne concernée

882. Les propositions formulées en ce sens procèdent du constat que la fragilité des droits du suspect au stade de l'enquête ne serait pas à ce point contestable si l'articulation des phases d'investigations policières et judiciaires assurait qu'ils croissent à un rythme approprié. Or si l'article 79 du CPP garantissait autrefois une affirmation progressive des garanties procédurales, le renforcement des pouvoirs d'investigation au stade de l'enquête a affaibli cette articulation de fait²¹⁷².

883. Le remède au déséquilibre constaté pourrait donc consister à réorganiser ces différentes phases, de façon à assurer la sauvegarde des droits procéduraux. Plusieurs

²¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 9.

²¹⁷⁰ Pour la Commission, « le suspect qui, contrairement à l'avocat n'est soumis à aucune obligation légale ou déontologique au secret, ne saurait, pour des raisons évidentes de sécurité et d'efficacité de l'enquête, avoir directement accès » à tous documents autres que ceux qui relatent le déroulement de sa garde à vue et lui permettent d'en contester la légalité (CNCDH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, préc., p. 16). V. ég., en ce sens, J. PRADEL, « Le droit de l'avocat d'accéder au dossier établi au cours d'une garde à vue, *JCP éd. G.* 2012, doct. 1223.

²¹⁷¹ CNCDH, « Avis sur la refondation de l'enquête pénale », préc., n°47, p. 18.

²¹⁷² V. not., M. DELMAS-MARTY, « La phase préparatoire du procès pénal. Pourquoi et comment la réformer ? », accessible à l'adresse : <http://www.asmp.fr/travaux/communications/2009/delmas-marty.htm> ; CNCDH, « Avis sur la refondation de l'enquête pénale », préc. ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°48.

options peuvent être envisagées dans cette perspective. La première résiderait dans l'encadrement de la liberté du parquet, aujourd'hui conséquente en matière correctionnelle. Elle impliquerait donc de réécrire les critères légaux d'articulation de ces phases. La seconde consisterait à redonner à l'enquête sa consistance d'autrefois de telle sorte que la réalisation de certains actes d'investigation impliquerait *de facto* l'ouverture d'une information judiciaire avec ce que cela implique en termes de droits procéduraux. A la réarticulation *de jure* des cadres procéduraux (A) pourrait donc être préférée leur réarticulation *de facto* (B).

A. La réarticulation *de jure* des cadres d'investigation

884. Différentes solutions sont possibles. Si l'une peut être recherchée dans l'encadrement temporel de l'enquête préliminaire²¹⁷³ (1), l'autre peut être trouvée dans le degré de suspicion (2).

1) L'encadrement temporel de l'enquête préliminaire

885. Cet encadrement peut se penser de différentes manières. A la prévision d'une durée maximale fixe (a) peut être préféré l'affermissement du contrôle judiciaire sur la durée de l'enquête (b).

a) L'encadrement temporel de l'enquête par l'introduction d'une durée maximale butoir

886. Une première solution revient à encadrer strictement la durée de l'enquête préliminaire, de manière à ce qu'à l'issue de ce délai butoir les investigations ne puissent se poursuivre que dans le cadre d'une information judiciaire. En conséquence, la personne à l'encontre de laquelle ont été réunis des indices graves ou/et concordants de participation à la commission d'une infraction pourrait ou devrait bénéficier d'un statut plus protecteur par application des règles propres à l'instruction préparatoire.

887. La Commission Beaume, qui a relevé que l'article 75-1 du CPP²¹⁷⁴ ne

²¹⁷³ La proposition concerne, par hypothèse, l'encadrement temporel de l'enquête préliminaire puisque l'enquête de flagrance comme les « pré-enquêtes » des articles 74 et suivants du CPP sont déjà circonscrites dans leur durée.

²¹⁷⁴ Lorsqu'elle a été ouverte à sa demande, le procureur de la République doit en fixer la durée mais peut la proroger au vu des justifications des enquêteurs (C.P.P., art. 75-1, alinéa 1e). Lorsqu'elle a été ouverte d'initiative, les officiers

constitue finalement qu'une formule « incantatoire »²¹⁷⁵, et donc insuffisante pour cantonner temporellement l'enquête préliminaire, a proposé un ajustement en ce sens afin que l'enquête ne puisse perdurer trop longtemps « sans qu'aucune action publique ne vienne les 'juridictionnaliser', donc ouvrir ni accusation, ni surtout défense »²¹⁷⁶. Elle a proposé qu'une décision sur l'action publique s'impose, sauf exception, à l'expiration d'un délai de deux ans à compter du premier acte réalisé sur instruction du parquet ou d'initiative par les enquêteurs. L'instauration d'une telle durée butoir aurait par hypothèse pour effet de régler la question des « enquêtes fleuves », qui pose le plus question sur le plan de la préservation de l'équité de la procédure. A cette solution pourrait se substituer ou s'adjoindre un renforcement du contrôle de la continuation des investigations sous la forme de l'enquête préliminaire.

b) L'encadrement temporel par la consolidation du contrôle de la continuation des investigations en enquête préliminaire

888. L'idée centrale serait de s'assurer, par un contrôle judiciaire approprié, que les investigations ne puissent se poursuivre en enquête préliminaire lorsque cette prorogation est susceptible d'entraîner une atteinte irrémédiable à l'équité de la procédure. Les options envisageables sont nombreuses.

889. Le choix d'un contrôle dépendant de l'initiative du suspect -. La première consisterait à faire dépendre ce contrôle de l'initiative du suspect. C'est précisément cette mécanique qui avait été éprouvée par la loi du 15 juin 2000²¹⁷⁷, qui permettait, par souci d'assurer la célérité de la procédure dès l'enquête, à « *toute personne placée en garde à vue au cours d'une enquête préliminaire ou de flagrance qui, à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la fin de la garde à vue, n'a pas fait l'objet de poursuites, peut interroger le procureur de la République dans le ressort duquel la garde à vue s'est déroulée sur la suite donnée ou susceptible d'être donnée à la procédure* » (C.P.P., anc. art. 77-2). Le procureur de la République était alors tenu, dans le mois suivant la réception d'une telle demande, d'engager des poursuites, de recourir à une alternative aux poursuites ou de classer l'affaire sans suite ou d'ordonner la poursuite des investigations sous la forme préliminaire. Dans ce dernier cas, le JLD était nécessairement saisi. Il était alors seul compétent pour valider

de police judiciaire doivent nécessairement l'informer de l'avancement de l'enquête dans un délai de six mois (C.P.P., art. 75-1, alinéa 2).

²¹⁷⁵ J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 38.

²¹⁷⁶ *Ibid.*

²¹⁷⁷ Sur l'origine et les justifications de ce dispositif, qui initialement devait faire intervenir le président du tribunal de grande instance et prévoyait un délai de huit mois, et non de six mois, V., Ch. LAZERGES, *Rapport n°1468*, préc., spéc. pp. 41 et s.

ou non la continuation des investigations selon cette forme pendant un délai qui ne pouvait être supérieur à six mois²¹⁷⁸. A l'issue de ce délai, le suspect pouvait, le cas échéant, prendre à nouveau l'initiative de ce contrôle (C.P.P., *anc.* art. 77-2).

890. Tant Monsieur Desportes que la Commission Beaume ont, comme nous l'avons rappelé, proposé la restauration d'un mécanisme comparable, évitant toutefois de reproduire les écueils du dispositif mis en œuvre par la loi du 15 juin 2000²¹⁷⁹.

891. La pertinence d'un tel mécanisme sur le plan de la protection de droits peut toutefois être discutée puisqu'il fait dépendre cette sauvegarde d'une initiative du suspect. L'« hypocrisie » de tels dispositifs et, finalement, leur inefficacité avaient été soulignées au lendemain de la loi du 15 juin 2000. Les mêmes reproches peuvent être adressés à l'encontre du dispositif prévu au nouvel article 77-2 du CPP qui s'inspire de la même mécanique²¹⁸⁰. Des dispositifs de contrôle indépendants de l'initiative de la personne mise en cause sont donc à privilégier.

892. Le choix d'un contrôle indépendant de l'initiative du suspect -. L'amorce d'une telle solution s'observe, selon différentes modalités, dans les propositions de la CNDCH et dans les travaux de la Commission Beaume.

893. La première a préconisé de délimiter temporellement les différentes phases de l'enquête à une durée de six mois, néanmoins renouvelable par le JLD à la demande du procureur de la République²¹⁸¹. Dans l'optique d'une réarticulation des cadres policier et judiciaire de l'investigation, nous pourrions donc envisager qu'à l'expiration d'un délai de six mois ou d'une année, la poursuite de l'enquête selon le mode préliminaire impose nécessairement l'autorisation du JLD. C'est finalement rejoindre partiellement les préconisations de la Commission Beaume qui, fixant une durée butoir de deux années, a admis qu'« à titre très exceptionnel » le procureur de la République puisse solliciter du juge des libertés et de la détention l'autorisation de poursuivre l'enquête pour une durée de six mois supplémentaires, non renouvelable²¹⁸². En définitive, il s'agirait surtout de déterminer, en fonction des besoins de la pratique et de l'impératif de préservation des droits de la défense, à quelle fréquence devrait intervenir le contrôle du juge et, selon celle-ci, la possibilité d'autoriser la prorogation de l'enquête

²¹⁷⁸ V. not., J. PRADEL, « Les personnes suspectées ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000, évolution ou révolution ? », préc.

²¹⁷⁹ V., *Supra*, n°865 et s.

²¹⁸⁰ V., *Supra*, n°369 et s.

²¹⁸¹ V., *Supra*, n°878 et s.

²¹⁸² J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 39.

préliminaire une ou plusieurs fois. Plus la fréquence de ce contrôle est rapide, plus la possibilité pour le juge d'autoriser plusieurs fois la prorogation de l'enquête devrait s'imposer. A défaut, ce serait contraindre le parquet à requérir l'ouverture d'une information judiciaire dans des circonstances qui ne justifient pas nécessairement la saisine d'un juge d'instruction, du moins sur le plan du renforcement des droits.

894. La Commission Beaume a formulé d'autres propositions visant l'encadrement temporel de l'enquête préliminaire. Selon celles-ci, le contrôle ponctuel du juge devrait se doubler d'un contrôle régulier du procureur de la République sur la poursuite des investigations dans ce cadre procédural. A l'expiration d'un certain délai – un an à partir du début des investigations, selon ces propositions –, l'OPJ serait contraint d'obtenir une autorisation expresse du procureur de poursuivre l'enquête sous cette forme. Dans le même esprit que le contrôle régulier d'un juge, il s'agirait d'imposer au parquet d'apprécier la nécessité de la continuation de l'enquête ou, à défaut, de prendre une décision sur l'action publique en considération des conséquences de la poursuite des investigations sous cette forme sur l'équité de la procédure²¹⁸³.

Le rapport a parallèlement envisagé de conforter le contrôle du JLD en se fondant sur les attributions de ce juge et non plus sur le seul écoulement du temps : six mois après avoir autorisé une mesure d'investigation ou une restriction des droits du suspect, le JLD devrait être saisi afin d'apprécier la légitimité de poursuivre l'enquête préliminaire « en considération de la possible compromission des droits de la défense »²¹⁸⁴.

L'ensemble des pistes explorées par la Commission, qui se cumulaient, a vocation à « ponctuer l'enquête policière [...] d'une réflexion en quelque sorte 'obligée' du ministère public, sous le contrôle du juge, sur la relation entre l'avancement de son enquête et la sauvegarde des droits de la défense »²¹⁸⁵ pour limiter le risque d'une atteinte irrémédiable à l'équité de la procédure²¹⁸⁶.

Une autre option consisterait à les réorganiser par référence au degré de suspicion pesant sur la personne mise en cause.

²¹⁸³ *Ibid.*, p. 39.

²¹⁸⁴ *Ibid.*

²¹⁸⁵ *Ibid.*, pp. 38 et s.

²¹⁸⁶ *Ibid.*

2) *L'articulation des cadres d'investigation par référence au degré de suspicion*

895. L'idée centrale des propositions en ce sens est de faire dépendre l'attribution des droits de la défense des seules circonstances objectives tenant à la gravité des indices réunis à l'encontre des personnes concernées et non plus, du cadre processuel dans lequel les investigations sont conduites. Il s'agit donc de s'assurer, par une réarticulation *de jure* des cadres d'investigation fondée sur le degré de suspicion, que toute personne placée dans une situation comparable bénéficie de garanties semblables²¹⁸⁷.

896. L'intérêt de cette proposition -. Cette proposition, qu'il nous faudra préciser, est séduisante puisqu'elle pallierait la dissymétrie qui demeure entre les droits des différentes personnes mises en cause en fonction de leur statut. Elle suppose en effet que la consistance des indices réunis à l'encontre de la personne concernée oblige à l'attribution de la qualité de « partie » et donc, des droits y afférents. Au stade des investigations, la ligne de partage entre la phase d'enquête policière et la phase juridictionnelle ne serait donc plus dépendante de la liberté conférée au procureur de la République par l'article 79 du CPP mais d'un critère objectif, ayant pour lui l'avantage de la logique. Remédiant au déséquilibre aujourd'hui observé, cette proposition aurait donc pour intérêt de « restaurer [l]a cohérence globale » de la mise en état des affaires pénales, aujourd'hui mise à mal par la montée en puissance de l'enquête de police²¹⁸⁸. Cette solution s'articule autour de deux évolutions principales.

897. Première évolution : l'obligation de saisir le juge d'instruction en cas de réunion d'indices graves et concordants -. D'abord, la réunion d'indices graves et concordants de participation à la commission d'une infraction à l'encontre de la personne soupçonnée deviendrait le principal critère de l'articulation entre la phase policière et la phase judiciaire. Dès l'observation de tels indices, la personne concernée ne pourrait plus être auditionnée en qualité de suspect ou de témoin mais devrait acquérir la qualité de partie. La réunion de ces indices imposerait donc au procureur de prendre une décision sur l'action publique, c'est-à-dire en cas de nécessité de poursuivre les investigations, de saisir un juge d'instruction. Le « circuit court », consistant à saisir directement une juridiction de jugement ou un juge de l'homologation, s'imposerait en revanche lorsque, lors de la réunion d'indices graves et concordants, l'affaire paraît en

²¹⁸⁷ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op.cit.*, n° 48, p. 31.

²¹⁸⁸ F. DESPORTES, Annexe au Rapport de la Commission Beaume, Annexe 21, p. 3.

état d'être jugée. Les partisans de cette évolution n'excluent pas non plus que le procureur puisse recourir, avec l'aval du suspect, à des procédures alternatives aux poursuites²¹⁸⁹. Il n'y a finalement qu'en matière criminelle que la saisine préalable du magistrat instructeur s'imposerait nécessairement²¹⁹⁰.

898. La mise en état des affaires pénales comporterait toujours deux phases distinctes, l'une policière et l'autre juridictionnelle, mais celles-ci ne seraient plus superposées ou concurrentes mais « bien articulées entre elles »²¹⁹¹. Et cela, à la faveur de la sauvegarde des droits des personnes mises en cause. Cette solution permettrait en effet un « développement progressif [mais aussi] cohérent des droits de la défense »²¹⁹², auquel il serait possible d'ajouter la possibilité pour le suspect faisant l'objet d'une enquête « excessivement longue » de provoquer la saisine du magistrat instructeur²¹⁹³. Corrélativement, il serait permis de se passer d'un renforcement des droits de la défense au stade de l'enquête de police puisque le suspect disposerait nécessairement de droits plus étendus à mesure de l'intensification des indices de sa participation à la commission d'une infraction. Compte tenu de l'équilibre ménagé par la procédure dans son ensemble, l'inconsistance des droits du suspect durant l'enquête serait en effet plus acceptable.

899. Seconde évolution : l'encadrement des ouvertures d'informations « contre X » -. L'idée centrale étant de faire dépendre la saisine du magistrat instructeur de la consistance des indices réunis à l'encontre d'une personne suspectée et donc de la nécessité d'un affermissement des droits de la défense de celui-ci, l'ouverture d'une information judiciaire « contre personne non dénommée » ne se justifierait plus, en revanche²¹⁹⁴. Seule l'inertie injustifiée du parquet devrait permettre de faire exception à cette logique. Parce que des garde-fous doivent être prévus, le plaignant devrait disposer, selon les règles actuellement en vigueur²¹⁹⁵, de la possibilité de provoquer la saisine du magistrat instructeur afin qu'aucune affaire ne puisse être « enterrées » pour d'autres considérations que la bonne administration de la justice. Pour Madame Lazerges-Cousquer et Monsieur Desportes, qui sont les principaux partisans d'une telle évolution, cette perspective ne poserait pas de difficultés véritables en termes de contrôle du juge sur la phase d'enquête. Le procès n'étant « pas noué », l'intervention

²¹⁸⁹ *Ibid.*

²¹⁹⁰ *Ibid.*

²¹⁹¹ *Ibid.*

²¹⁹² *Ibid.* ; V. ég., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op.cit.*, n° 49, pp. 32-33.

²¹⁹³ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op.cit.*, n° 49, pp. 32-33 ; Fr. DESPORTES, Annexe au Rapport de la Commission Beaume, Annexe 21, p. 5.

²¹⁹⁴ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op.cit.*, n° 49, pp. 32-33.

²¹⁹⁵ *Ibid.* ; V. ég., F. DESPORTES, Annexe au Rapport de la Commission Beaume, Annexe 21, p. 5.

de juge ne se justifierait que pour assurer le contrôle des actes d'investigation les plus attentatoires aux libertés et les restrictions aux droits de la défense dont dispose le « simple » suspect, contrôle auquel satisferait déjà l'intervention ponctuelle du JLD selon les règles relatives à l'enquête²¹⁹⁶.

900. Ces différentes propositions ambitionnent finalement de reconstruire la phase de mise en état des affaires pénales pour satisfaire *in fine* à la sauvegarde des droits de la personne mise en cause sur la base de nouveaux critères légaux, en imposant qu'une enquête préliminaire ne puisse se poursuivre soit au-delà d'un certain délai, soit lorsque les droits de la défense de l'intéressé sont véritablement en cause. Une autre option envisagée reviendrait non plus à redéfinir ces critères légaux mais à redonner à l'articulation *de facto* des cadres de l'investigation sa force d'autrefois.

B. La réarticulation *de facto* des cadres d'investigation

901. Les fragilités du statut de suspect ne seraient pas à ce point contestables si l'enquête préliminaire était demeurée ce qu'elle était à l'origine, c'est-à-dire « un cadre assez léger permettant d'effectuer quelques investigations rapides et non coercitives portant sur des affaires simples »²¹⁹⁷ pour permettre au parquet d'être éclairé sur les suites à donner à la constatation d'une infraction.

902. Le renforcement des pouvoirs d'investigation lors de l'enquête préliminaire a égratigné cette articulation de fait et, par là même, la sauvegarde des droits défensifs à laquelle une telle articulation *de facto* pouvait pourvoir. D'où l'idée qu'en redonnant à l'enquête préliminaire sa consistance d'autrefois, on garantirait corrélativement la sauvegarde des droits de l'intéressé et donc l'équilibre global de la procédure.

Des propositions en ce sens ont été formulées par certains auteurs, essentiellement pour d'autres raisons. Si la préservation des droits de la défense n'était pas l'objectif mis en avant par ces derniers, ces propositions tendant au cantonnement de l'enquête préliminaire (1) voire à sa suppression (2) peuvent cependant être envisagées ici compte tenu de leur effet sur la garantie des droits procéduraux de la personne mise en cause.

²¹⁹⁶ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op.cit.*, n° 49, p. 32.

²¹⁹⁷ F. DESPORTES, Annexe au Rapport de la Commission Beaume, Annexe 21, p. 1.

1) Le cantonnement de l'enquête préliminaire

903. Dans sa contribution aux travaux de la Commission Beaume, Monsieur le Professeur Ribeyre, observant le rapprochement de l'enquête de flagrance et de l'enquête préliminaire, a estimé que l'impératif de restaurer une certaine cohérence plaçait aujourd'hui le législateur face à une alternative. Il s'agirait soit de fusionner l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire dans un cadre unique, avec le risque cependant que celui-ci concurrence plus fortement l'information judiciaire, soit de conserver la tradition, en rétablissant « la pureté intellectuelle et juridique de la distinction entre les deux types d'enquête »²¹⁹⁸.

904. Dans le premier cas, les « officiers de police judiciaire procéderaient aux enquêtes de police sous l'autorité du ministère public, avec la nécessaire intervention d'un magistrat du siège dans les cas où les investigations porteraient gravement atteinte aux libertés (perquisitions, gardes à vue, écoutes téléphoniques) »²¹⁹⁹. En cas d'urgence, c'est-à-dire lorsque l'infraction est en train de se commettre ou lorsque les éléments de preuve pourraient disparaître dans les heures suivant la constatation de l'apparence d'une infraction, les officiers de police judiciaire pourraient procéder à des investigations contraignantes sans autorisation d'un magistrat du siège »²²⁰⁰. Dans cette dernière hypothèse, le juge interviendrait *a posteriori* afin de confirmer l'acte d'investigation réalisé en urgence, donc son bien-fondé et les conditions de sa réalisation. Pour permettre ce contrôle, l'OPJ devrait justifier des circonstances de fait qui ont motivé sa décision. C'est finalement promouvoir, par souci de cohérence des différents cadres d'enquête *stricto sensu*, la rationalisation des pouvoirs de chacun précédemment envisagée²²⁰¹.

905. La seconde branche de l'alternative nous intéresse davantage ici. Celle-ci consisterait à « réaffirmer la distinction entre l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire »²²⁰², en procédant au cantonnement de cette dernière. Concrètement, ceci impliquerait « de supprimer les possibilités de perquisition, de garde à vue et d'écoutes en l'absence de flagrance (sous réserve de l'assentiment de l'intéressé, s'agissant des

²¹⁹⁸ C. RIBEYRE, « Réforme de l'enquête pénale – Observations sur les questions soulevées par le groupe de travail chargé d'une mission relative à l'amélioration de la procédure pénale », in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Annexe 18, spéc. pp. 4-6.

²¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 5.

²²⁰⁰ *Ibid.*

²²⁰¹ V. *Supra*, n°817 et s.

²²⁰² C. RIBEYRE, « Réforme de l'enquête pénale – Observations sur les questions soulevées par le groupe de travail chargé d'une mission relative à l'amélioration de la procédure pénale », préc., p. 4.

deux premières mesures mentionnées) » et, donc, de n'autoriser, dans le cadre d'une enquête préliminaire que les actes qui ne supposent pas de coercition. La plupart des investigations impliqueraient donc l'ouverture d'une information judiciaire, celle-ci constituant le « cadre idoine d'investigations longues et complexes »²²⁰³. Cette évolution reviendrait *in fine* à supprimer les dispositions dérogatoires autorisant, dans le cadre de l'enquête préliminaire, le recours à des procédés d'investigations spécifiques (sonorisations, captations d'images ou de données informatiques, écoutes téléphoniques, géolocalisation...) ²²⁰⁴.

A minima, l'auteur a proposé l'exclusion des écoutes téléphoniques, la décision d'y procéder ne pouvant relever, selon l'auteur, que d'un juge qui dispose de la pleine maîtrise de l'ensemble du dossier, c'est-à-dire le juge d'instruction²²⁰⁵. Les règles initialement applicables aux interceptions de télécommunications allaient d'ailleurs en ce sens. Les sonorisations de lieux et fixations d'images, dont la mise en œuvre au cours d'une enquête a été autorisée depuis la formulation de ces propositions, devraient probablement suivre cette même règle. D'une manière plus générale, la cohérence de ces préconisations suggèreraient, à nos yeux, une réflexion préalable sur le degré d'atteinte aux droits protégés et, à partir de celui-ci, l'élaboration d'une catégorisation appropriée des différents actes d'investigation. Car, pourquoi certaines réquisitions visant l'obtention de données personnelles sensibles – ainsi, des données bancaires par exemple –, répondraient-elles nécessairement de règles différentes ? L'application de cette proposition impliquerait donc d'épineuses discussions sur un juste cantonnement de l'enquête préliminaire.

906. Or, de ce cantonnement, qui irait à contre-courant de toutes les évolutions passées, dépend la sauvegarde des droits de la défense de la personne mise en cause. Plus les actes d'investigation susceptibles d'être mis en œuvre dans le cadre de l'enquête préliminaire sont limités, plus l'ouverture d'une information judiciaire s'imposerait. En conséquence, plus ces actes seraient réduits, plus les droits de la défense du suspect *lato sensu* seraient sauvegardés. Dans cette perspective, nous pourrions donc privilégier l'option poussant cette solution à son paroxysme, consistant à supprimer l'enquête préliminaire et donc à revenir à un système plus proche de celui du Code d'instruction criminelle.

²²⁰³ *Ibid.*

²²⁰⁴ *Ibid.*

²²⁰⁵ *Ibid.*

2) La suppression de l'enquête préliminaire

907. La suppression de l'enquête préliminaire a été esquissée brièvement par Monsieur Meindl²²⁰⁶ dans le contexte, tout à fait différent, des propositions de suppression de l'information judiciaire. L'auteur a exposé les implications constitutionnelles d'un tel projet et son manque de pertinence pour la simplification et l'accélération de la justice pénale en raison des contrepoids et garanties qu'il impliquera²²⁰⁷. L'auteur a estimé qu'une telle réforme pourrait conduire à une « complexification paradoxale de la procédure pénale »²²⁰⁸ et que, si l'objectif était effectivement d'améliorer l'indépendance et l'impartialité du système judiciaire²²⁰⁹, d'autres pistes devraient être privilégiées.

908. Monsieur Meindl a évoqué la modification du statut constitutionnel des membres du ministre public « afin de combiner sa nécessaire indépendance dans le traitement juridique des infractions avec le souci de cohérence d'une politique pénale nationale » et l'introduction de la collégialité de l'instruction. Il a également brièvement envisagé, sans qu'il soit dans ce cas nécessaire de retoucher le statut du parquet, la suppression de l'enquête préliminaire. « [S]ubsisterait [donc] l'enquête de flagrance, courte, dirigée par le parquet sous la surveillance du juge du siège, mais avec un contradictoire allégé, voire réduit à l'audience de jugement censée être proche ; resterait ensuite, l'information judiciaire, plus longue, confiée principalement au juge du siège,

²²⁰⁶ T. MEINDL, « Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d'instruction », *RSC* 2010, p. 395.

²²⁰⁷ *Ibid.*

²²⁰⁸ Pour l'auteur, il était impossible, comme le proposait le Comité Léger, de concevoir que le juge de l'enquête, dont le mérite devait être celui de la neutralité à l'égard des investigations, ne puisse être également « enquêteur » puisque le contrôle de la loyauté des investigations et de la nécessité et la proportionnalité des mesures d'enquête intrusives supposait qu'il dispose de telles prérogatives et, à tout le moins, qu'il « participe[...] à l'enquête ». Or, si cela allait déjà à l'encontre du but poursuivi par cette réforme – garantir l'objectivité du juge du siège dans l'enquête –, ceci impliquait également un alourdissement des contraintes procédurales : « pour pouvoir rendre une décision, [le juge de l'enquête] devra se faire au préalable communiquer le dossier à jour jusqu'à la demande d'acte. Cette contrainte est lourde pour les enquêteurs, tant dans la pratique les procès-verbaux d'investigations, d'analyse de la téléphonie, de retranscription des communications, la mise en ordre des réquisitions diverses avec leurs résultats... ne sont pas toujours rédigés immédiatement. Or, cette communication du dossier à jour ne peut être éludée, sauf à réduire le nouveau juge de l'enquête et des libertés à un rôle de certificateur ». Une réflexion sur la collégialité de l'organe de contrôle s'imposerait également puisqu'à défaut de la solitude qui est aujourd'hui reprochée au juge d'instruction, serait reprochée au juge de l'enquête, « seul face à un parquet pluriel ».

²²⁰⁹ L'objectif affiché des discussions relatives à la suppression du juge d'instruction en 2009 était de mieux assurer l'impartialité des investigations et la protection des droits des personnes mises en cause. La confusion entre les pouvoirs d'enquête et les pouvoirs juridictionnels du juge d'instruction interrogeait à nouveau, un juge en charge de l'enquête ne pouvant concomitamment veiller à la garantie des droits de la personne mise en examen. Le Président de la République, « le juge d'instruction, en la forme actuelle ne peut être l'arbitre. Comment lui demander de prendre des mesures coercitives, des mesures touchant à l'intimité de la vie privée alors qu'il est avant tout guidé par les nécessités de son enquête ? Il est donc temps que le juge d'instruction cède la place à un juge de l'instruction, qui contrôlera le déroulement des enquêtes mais ne les dirigera plus » (Discours de Monsieur le président de la République lors de l'audience solennelle de la Cour de cassation, Mercredi 7 janvier 2009, En ligne, sur le site de la Cour de cassation).

selon des modalités à définir [- c'est-à-dire, en collégialité ou en co-saisine, systématique ou selon l'importance des affaires -], avec un contradictoire renforcé, en raison notamment de l'éloignement de la date de l'audience de jugement »²²¹⁰.

909. Cette proposition, qui n'a donc pas spécifiquement visé la restauration d'un équilibre entre les droits des personnes mises en cause, est cependant intéressante dans cette optique. En faisant à nouveau de l'information judiciaire le cadre usuel des investigations, les droits du suspect iraient nécessairement croissants au fur et à mesure que la suspicion se renforce, conformément aux règles applicables à l'instruction.

Une dernière option consisterait à combiner ces différentes propositions, c'est-à-dire à allier le renforcement maîtrisé des droits du suspect durant la phase d'enquête et la réarticulation des cadres d'investigation.

§3^e- La combinaison de ces différentes propositions

910. Tant les propositions de Monsieur Desportes que celles du rapport de la Commission Beaume doivent se lire comme un ensemble, qui cumule les différentes solutions précédemment envisagées. Les premières optent pour un renforcement mesuré des droits du suspect au stade de l'enquête, néanmoins combiné à une réarticulation des cadres policier et judiciaire par référence au degré de suspicion (A). Les secondes font le choix d'une consolidation relative des droits de la défense de la personne suspecte, cumulée à une nouvelle articulation des cadres de l'investigation fondée sur un critère temporel et une intensification du contrôle du juge sur la prolongation de l'enquête préliminaire (B).

A. Le renforcement maîtrisé des droits du suspect combiné à une réarticulation des cadres d'investigation par référence au degré de suspicion

911. Si nous avons jusqu'à présent envisagé les propositions de Monsieur Desportes de manière isolée, il faut se garder de les lire ainsi au risque de dénaturer les améliorations préconisées par l'auteur. S'il n'envisage qu'un renforcement modéré des

²²¹⁰ T. MEINDL, « Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d'instruction », préc.

droits du suspect durant l'enquête - qui prendrait donc la forme d'un accès progressif au dossier de la procédure, d'un accès au juge en cas de prorogation de l'enquête au-delà d'un certain délai et de la possibilité de formuler ses observations lorsque le procureur envisage d'engager des poursuites²²¹¹ -, il y ajoute une réarticulation *de jure* des cadres policier et judiciaire par référence au degré de suspicion telle que nous l'avons précédemment décrit²²¹². L'équilibre recherché provient alors de la combinaison de ces différentes propositions, la réarticulation des cadres d'investigation constituant leur principale ossature.

C'est également de la combinaison des différentes solutions présentées que ressort l'équilibre promu par la Commission Beaume. Le rapport, qui a recommandé un renforcement simplement relatif des droits du suspect dans l'enquête, l'associe à un encadrement plus drastique de la prolongation des investigations sous la forme de l'enquête préliminaire.

B. Le renforcement maîtrisé des droits du suspect combiné à l'encadrement de la prolongation d'une enquête préliminaire

912. Comme Monsieur Desportes, la Commission Beaume est restée profondément attachée aux distinctions entre l'enquête de police et l'information judiciaire, veillant à éviter la multiplication des incohérences et confusions. L'axiome autour duquel ses recommandations se sont articulées a impliqué que les droits du suspect au stade de l'enquête ne soient pas substantiellement modifiés. Ainsi, en particulier, de l'accès au dossier de la procédure, pour lequel le rapport a proposé une solution intermédiaire entre le *statu quo* et un accès intégral à un stade jugé trop précoce. La Commission l'a expliquée par une « raison philosophique de fond » tenant « à la distinction [...] entre la phase d'enquête²²¹³, consacrée au recueil et à la constitution des preuves, et qui n'est pas d'une nature absolument juridictionnelle mais qui n'exclut pas une ouverture mesurée et graduelle aux droits de la défense, et la phase juridictionnelle²²¹⁴, où le débat contradictoire DOIT être total »²²¹⁵. Or « [o]uvrir l'entier dossier [au] stade [de la garde à vue], qui n'est encore que l'enquête, compromet[trait] par essence, cet équilibre »²²¹⁶.

²²¹¹ V., *Supra*, n°853 et s., n°865 et s.

²²¹² V., *Supra*, n°884 et s.

²²¹³ Nous soulignons.

²²¹⁴ Nous soulignons.

²²¹⁵ J. BEAUME (sous la Prés.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 55.

²²¹⁶ *Ibid.*

913. Les améliorations des droits du simple suspect peuvent apparaître trop fragiles pour restaurer l'équilibre mis à mal. Elles n'auraient, cela va sans dire, pas pour effet de reconnaître au suspect des droits de la défense comparables à ceux du mis en examen²²¹⁷. Cette fragilité est néanmoins compensée par un encadrement plus strict de la prorogation de l'enquête préliminaire dont la vocation est précisément d'éviter toute compromission irrémédiable du caractère équitable de la procédure. A cette fin, comme nous l'avons précisé, sont promus non seulement de l'introduction d'une durée butoir mais aussi un contrôle régulier de la relation entre l'avancement des investigations et la sauvegarde des droits de la défense²²¹⁸, destiné à assurer le passage, en temps opportun, à une autre étape génératrice de droits de la défense plus étendus. C'est de la combinaison de ces différentes propositions que ressort l'équilibre proposé par le rapport, le contrôle du juge y étant central.

914. Conclusion de la seconde section -. L'équilibre que recherche la Cour européenne entre les besoins de la manifestation de la vérité et les garanties de la défense offertes à la personne mise en cause invite à s'interroger sur la conventionnalité du droit interne. L'argument européen s'ajoute, en cela, aux considérations strictement nationales appelant à une évolution du système actuel, insatisfaisant en l'état. Les modalités envisageables sont plurielles, sous réserve de partir du postulat que la jurisprudence conventionnelle n'interdit pas une progressivité dans l'acquisition des droits pour autant que l'équité de la procédure ne s'en trouve pas irrémédiablement compromise. Indépendamment d'éventuels correctifs jurisprudentiels, qui inviteraient le législateur à intervenir au risque de créer du désordre, la restauration d'un certain équilibre peut être recherché dans l'affermissement, plus ou moins significatif, des droits du simple suspect durant l'enquête mais aussi dans une articulation pérenne des cadres policier et juridictionnel d'investigation *lato sensu*. Ces différentes propositions peuvent d'ailleurs être cumulées, selon des combinaisons diverses, ajoutant à un renforcement mesuré des droits du suspect durant l'enquête, des propositions de réarticulation des cadres d'investigation. Chacune contribuerait, à leur manière, à la satisfaction des exigences conventionnelles.

²²¹⁷ V. not., O. CAHN, « Réflexions désabusées sur le chapitre I du titre I de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », préc.

²²¹⁸ J. BEAUME (sous la Prés.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., pp. 38 et s.

Conclusion du Chapitre Premier

915. L'observation des standards européens convie à s'interroger sur les aménagements ponctuels susceptibles de remédier aux incompatibilités du droit interne. Ils concernent, d'abord, les acteurs institutionnels de l'enquête. Le déficit d'indépendance et l'insuffisante effectivité du devoir d'impartialité du parquet de même que les fragilités du contrôle du juge au stade de l'enquête peuvent être discutés sous l'angle de ces standards. Les aménagements proposés, qui remédieraient aux failles du système actuel régulièrement dénoncées dans une perspective nationale, n'apparaissent pas nécessairement irréalistes. Au contraire, ils s'inscrivent – au moins pour certains – dans le sens de l'histoire. Les ajustements concernent surtout la situation du suspect, actuellement défaillante. Les modalités susceptibles d'y pallier sont nombreuses et variées. Indépendamment des difficultés pratiques auxquelles certaines peuvent confronter, leurs implications sont également plus ou moins importantes. Aussi nous faut-il mesurer leurs conséquences et leur portée.

Chapitre Second.

La mesure des ajustements envisagés

916. Les ajustements envisageables doivent être, compte tenu de l'objet de cette étude, appréhendés dans une double optique, interne et européenne.

Les aménagements susmentionnés ambitionnent de rendre le droit interne plus compatible avec les standards européens. Les aborder dans une perspective européenne fait naître certaines interrogations sur leur pertinence et leur pérennité (Section Seconde). Parce que la mise en conformité du droit français ne devrait se réaliser au prix de nouvelles incohérences ou de charges paraissant d'autant plus excessives qu'elles ne paraissent pas s'imposer à l'aune des droits européens, ces ajustements doivent surtout être envisagés dans une perspective nationale (Section Première).

Section Première. Les écueils dans une perspective nationale

917. Les aménagements préconisés présentent différentes défaillances. Les unes leurs sont intrinsèques. Elles se rapportent à la complexité de leur mise en œuvre en pratique ou à la pertinence des choix opérés qui peut selon nous être discutée (§1^{er}). Les autres leurs sont extrinsèques. Elles s’observent en envisageant les conséquences de l’intégration de ces différents ajustements dans le système actuel, envisagé dans son ensemble (§2^d).

§1^{er} - Les défauts intrinsèques

918. Les ajustements visant, face au déclin de l’information judiciaire et à ses implications, à améliorer substantiellement les droits de la personne mise en cause soulèvent des difficultés pratiques (A). Quant aux aménagements proposant de réarticuler les différents cadres de l’investigation au regard d’un critère temporel strict, c’est leur rationalité qui interroge (B).

A. Les difficultés pratiques posées par certaines propositions

919. Parmi les ajustements se proposant de corriger les fragilités de l’enquête, nombreux envisagent une amélioration significative du sort du suspect par le développement considérable de ses droits. Les propositions formulées en ce sens, qui comportent une amélioration substantielle des garanties du mis en cause au stade de l’enquête et/ou emportent le renforcement du rôle du juge à cet instant de la procédure, ne permettent pas d’exclure des difficultés pratiques. Aussi, si ces recommandations se comprennent aisément face au déséquilibre actuel, la complexité à laquelle confrontent l’affermisssement des droits du suspect - en particulier de son droit à l’information - (1), et la juridictionnalisation plus poussée de l’enquête de police (2) doit être envisagée. Elle explique pour partie la retenue du législateur, donc le choix jusqu’alors opéré en faveur d’adaptations plus modestes.

1) *La complexité de l'affirmation substantielle des droits du suspect lors de l'enquête*

920. Le recul des droits de la défense généré par l'hypertrophie de l'enquête a logiquement conduit à une multiplication des propositions suggérant l'amélioration du sort du suspect et, tout particulièrement, le renforcement de son droit à l'information. Si le législateur s'est laissé convaincre, il n'a procédé à cet affermissement qu'avec une certaine mesure, laissant finalement entière la question de la conformité du droit interne aux équilibres imposés par les exigences européennes. Le choix du législateur s'explique par les difficultés pratiques auxquelles exposent les propositions les plus ambitieuses. Mises en lumière par la Commission Beaume et par les travaux préparatoires à la loi du 3 juin 2016, ces difficultés invitent à apprécier ces solutions avec prudence car elles conditionnent la faisabilité de leur mise en œuvre.

921. La complexité d'un affermissement des droits du suspect dès la garde à vue ou l'audition libre-. La Commission Beaume a relevé les difficultés pratiques engendrées par les propositions invitant à la consécration, au profit du suspect auditionné, ou de son avocat, du droit de consulter le dossier intégral de la procédure dès l'audition.

922. La consécration de ce droit est d'abord de nature à créer des contraintes matérielles nouvelles : « mise en forme du dossier, cotation, multiplication des exemplaires selon le nombre d'avocats, temps de prise de connaissance par l'(les) avocat(s) [...], réitération de la démarche au fur et à mesure de l'établissement de nouvelles pièces... »²²¹⁹. Celles-ci empièteront probablement sur le temps de la mesure. Sauf à être compensées par des moyens humains supplémentaires - ce que la conjoncture économique actuelle rend peu probable²²²⁰ -, seul un allongement de la mesure permettrait de pallier ces *impedimenta*. La Commission en a rejeté l'idée²²²¹.

923. Un tel affermissement conduirait également à un certain paradoxe. Le plus souvent en effet, notamment dans le cadre de la flagrance, la succession de l'arrestation, du placement en garde à vue et de l'arrivée de l'avocat dans les locaux de la police judiciaire dans un bref délai ne laisse pas le temps à l'enquêteur de rédiger les procès-

²²¹⁹ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 50.

²²²⁰ *Ibid.*

²²²¹ *Ibid.*

verbaux inhérents à ces premières diligences. Dans de telles circonstances, quel dossier pourrait donc être communiqué au suspect ou à son avocat²²²² ? Au contraire, dans le cadre des enquêtes préliminaires « fleuves », le dossier peut être constitué de plusieurs centaines de procès-verbaux lorsque le placement en garde à vue intervient. Or, sauf à considérer que la garde à vue ou l'audition libre constitue le moment à partir duquel l'accès au dossier devrait devenir permanent, il faudrait nécessairement garantir au suspect ou à son avocat le temps de prendre connaissance de ces différentes pièces en amont de l'interrogatoire. Il y aurait une certaine malhonnêteté, sinon un non-sens, à reconnaître au suspect un droit dont il ne pourrait concrètement bénéficier²²²³. Reste que la conciliation du temps nécessaire à l'examen de ces pièces avec le temps contraint de la garde à vue impliquerait *in fine* d'imputer le temps de la consultation sur celui de la mesure. En résulterait, là encore, un allongement de la durée de celle-ci au bénéfice, paradoxal, de la sauvegarde des droits de la personne concernée.

924. La Commission Beaume a encore fait observer que les affaires complexes pouvaient impliquer un « 'démembrement' de la procédure, partiellement 'décentralisée' puis alimentée, site par site »²²²⁴, le dossier étant finalement consolidé au seul stade du défèrement. Aussi l'accès intégral au dossier ne pourrait-il être assuré au stade de la garde à vue. Son incomplétude à ce stade serait susceptible d'être invoquée comme une méconnaissance des droits de la défense du suspect et donc, d'être à l'origine d'un contentieux important, encombrant davantage encore les juridictions internes²²²⁵.

925. Enfin, la consécration d'un droit renforcé à l'information dès le stade de l'audition du suspect doit nécessairement être mise en corrélation avec l'impératif de la préservation de l'efficacité de la procédure. Si de l'aveu de magistrats et enquêteurs spécialisés dans la « délinquance quotidienne », l'accès à l'intégralité des pièces n'a aucune incidence sur l'efficacité de près de 90% des enquêtes²²²⁶, indépendamment des difficultés matérielles précédemment rappelées -, la consécration d'un tel droit dans le cadre des enquêtes « lourdes » interroge davantage. Celles-ci reposent en effet sur « une construction stratégique de moyen ou long terme », de sorte que leur efficacité ne peut supporter certaines révélations à un stade précoce²²²⁷. La manifestation de la vérité imposerait donc « de conserver à l'abri des indiscretions, les mesures d'investigations

²²²² *Ibid.*, p. 51.

²²²³ V. not., J.-C. FOMBONNE, préc., in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, op. cit., p. 4.

²²²⁴ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, op. cit., p. 51.

²²²⁵ *Ibid.*

²²²⁶ *Ibid.*

²²²⁷ *Ibid.*

mises en œuvre, la stratégie du déroulé de l'enquête, la programmation des interventions dans le temps, la consistance des preuves et la progressivité de leur production au cours des auditions ... »²²²⁸.

La Commission Beaume a certes reconnu qu'à l'exception de « quelques dérives personnelles isolées » et par-delà le risque de pression exercée sur l'avocat²²²⁹, l'accès au dossier par ce dernier ne soulève aucune difficulté pour l'efficacité des investigations. En effet, « auxiliaire de justice, membre d'une profession organisée, doté d'une éthique, d'une déontologie et d'une discipline [et] soumis au secret professionnel », l'avocat dispose des qualités faisant « de lui une protection sérieuse pour l'enquête »²²³⁰. En revanche, le rapport a pointé l'incertitude qui demeure, en l'état, sur l'impératif de reconnaître corrélativement au suspect non-assisté d'un avocat le droit de consulter l'intégralité des pièces accessibles²²³¹. Rappelons à ce propos que la directive de l'Union, lorsqu'elle envisage le droit d'accès au dossier de la procédure, fait toujours référence à la personne arrêtée, suspectée ou poursuivie « ou » son avocat (Directive, articles 7§1²²³² et 7§2²²³³). Dans un sens, nous pourrions considérer que dans la mesure où la directive ne paraît pas imposer un accès plus étendu aux éléments du dossier à ce stade de la procédure, une distinction pourrait être opérée selon que le suspect est ou non assisté d'un avocat. Il y aurait cependant quelques difficultés à considérer que par ce seul fait qu'il n'est pas assisté d'un avocat, le suspect ne peut *ipso facto* avoir connaissance des éléments collectés à son encontre. La solution au regard de la jurisprudence européenne n'est pas non plus évidente, même lorsque l'on procède par analogie avec les règles longtemps applicables à l'information judiciaire. Jusque récemment, la communication du dossier de l'information ne pouvait avoir lieu que par l'intermédiaire d'un avocat,

²²²⁸ *Ibid.*

²²²⁹ *Ibid.*, pp. 51-52 (La Commission a indiqué que certains magistrats ou enquêteurs traitant des procédures de terrorisme ou de criminalité organisée « considèrent d'expérience que l'accès de quelques avocats spécialisés, de militantisme, de connivence ou de rupture, parfois eux-mêmes pressés par leurs mandants, rend impossible de leur ouvrir, sans risque pour l'ordre public, l'efficacité des enquêtes, et même la protection des personnes (témoins, victimes, enquêteurs ...). Elle relève que certains avocats entendus lors de ses travaux avaient eu « le courage discret d'évoquer la protection que constitue, face à certains clients trop exigeants, à leur organisation ou à leur famille, la limite de leur connaissance du dossier (V. ég., P. ROBERT-DIARD et M. MESSINA, « Mets-lui la pression, au baveux ! : quand les caïds terrorisent leurs avocats », *Le Monde*, 26 sept. 2013). Cet aspect avait d'ailleurs été souligné concomitamment aux discussions visant à renforcer, sous la pression des exigences européennes, le droit à l'assistance d'un avocat en garde à vue. Maître Eric Dupont-Moretti, a ainsi admis que dans certaines affaires « la pression est forte », indiquant que « [l]es types que nous défendons ne sont pas toujours des tendres. Quand l'un d'entre eux va nous demander de faire passer un message à sa femme ou à l'un de ses copains, il va falloir être costaud pour refuser » (in M. ARON, *Gardiés à vue*, Les arènes, 2010, p. 262).

²²³⁰ *Ibid.*, p. 54.

²²³¹ *Ibid.*

²²³² « Lorsqu'une personne est arrêtée et détenue à n'importe quel stade de la procédure pénale, les États membres veillent à ce que les documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention soient mis à la disposition de la personne arrêtée ou de son avocat » (nous soulignons).

²²³³ « Les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies, ou leur avocat, aient accès au minimum à toutes les preuves matérielles à charge ou à décharge des suspects ou des personnes poursuivies, qui sont détenues par les autorités compétentes, afin de garantir le caractère équitable de la procédure et de préparer leur défense » (nous soulignons).

toute personne ayant renoncé à son assistance ne pouvant, par conséquent, y accéder. Justifiée par la protection du secret de l'instruction, cette limitation avait été jugée compatible avec l'article 6 de la Convention par la chambre criminelle²²³⁴. Si la Cour européenne prend en considération la circonstance de la préservation du secret des investigations lorsqu'elle envisage une restriction au droit de l'intéressé, non assisté, d'accéder au dossier de la procédure²²³⁵ et qu'elle ne fait pas davantage, à notre avis, de l'accès à celui-ci durant la garde à vue, un impératif général du droit européen²²³⁶, la question est de savoir si une restriction reposant sur une législation systématique est compatible avec ses exigences en toutes circonstances. Cette incertitude a conduit la Commission à promouvoir des solutions intermédiaires et, donc, plus mesurées.

Toutefois, dès lors que l'on convient que le stade des auditions du suspect n'est pas l'instant le plus approprié pour lui assurer un accès au dossier intégral de la procédure, il reste à déterminer le moment approprié de cette communication. Or, la détermination de cet instant est malaisée, comme l'ont montré les travaux parlementaires préalables à la loi du 3 juin 2016.

926. La complexité d'un affermissement de ces droits à un instant plus tardif de l'enquête -. Les Commissions Nadal et Beaume ont préconisé un renforcement du droit à l'information du suspect dans le cadre des enquêtes « fleuves », selon des modalités variables précédemment envisagées²²³⁷.

927. Le Gouvernement a admis le principe d'une évolution en ce sens, proposant un dispositif inspiré de ces différentes préconisations lors du projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. Le dispositif initialement proposé par l'article 24 du projet de loi envisageait d'accroître de façon assez substantielle le droit à l'information d'un suspect ayant fait l'objet d'une garde à vue, d'une audition libre, d'une perquisition ou d'une saisie de ses biens dans le cadre des enquêtes préliminaires durant depuis plus d'un an²²³⁸.

928. L'amointrissement des garanties dans les dispositions finalement adoptées s'est expliqué par les difficultés pratiques générées par le dispositif initial. En première

²²³⁴ Cass. crim., 4 janv. 1995, *Bull. crim.* n°1 ; Cass. crim., 16 déc. 2009, inédit, n°09-86.298.

²²³⁵ Ceci ressort d'une analyse *a contrario* de l'arrêt *Foucher contre France*, dans lequel la Cour a relevé que le requérant ayant été poursuivi dans le cadre d'une citation directe, la question de la protection du secret de l'enquête ne se posait pas (CEDH, 18 mars 1997, *Foucher c. France*, req. n°22209/93 (§§35-36)), de telle sorte que l'impossibilité pour le prévenu d'accéder au dossier constituait une méconnaissance de son droit à un procès équitable.

²²³⁶ V., *Supra*, n°743.

²²³⁷ V., *Supra*, n°315.

²²³⁸ V., *Supra*, n°859.

lecture devant l'Assemblée nationale, les rapporteurs du projet de loi se sont interrogés sur la possibilité, pour les personnes mises en cause, de savoir depuis quand l'enquête avait effectivement commencé et, par voie de conséquence, de savoir s'ils pouvaient bénéficier de ces dispositions. Par hypothèse en effet, si le suspect a nécessairement connaissance de la date de la réalisation des actes susceptibles de lui ouvrir un tel droit et, partant, du moment à partir duquel il peut, le cas échéant, s'en prévaloir (garde à vue, audition libre, perquisition et saisie), il n'en va pas de même s'agissant du début des investigations. Or, dans le dispositif proposé par le projet de loi, ces deux conditions se cumulaient, l'intéressé ne pouvant y prétendre que dans le cadre d'« *une enquête [...] en cours depuis au moins un an* » et six mois après la réalisation de l'un des actes visés²²³⁹. Les rapporteurs ont donc proposé de généraliser ce dispositif à l'ensemble des enquêtes estimant, d'ailleurs, qu'indépendamment de la simplification permise par cette généralisation²²⁴⁰, celle-ci permettait de « créer les conditions d'une égalité entre les enquêtes longues et les dossiers traités plus brièvement »²²⁴¹. Ils ont également suggéré une modification de la mécanique du dispositif envisagé, plus proche du dispositif préconisé par la Commission Nadal. Il était en effet proposé qu'« *[a]ussitôt que l'enquête préliminaire lui parai[ssait] terminée et sauf s'il est fait application de l'article 393, le procureur de la République avise la personne qu'il envisage de poursuivre, ou son avocat, de la mise à disposition d'une copie de la procédure et de la possibilité de formuler des observations dans un délai d'un mois, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par déclaration au greffe contre récépissé* »²²⁴². Ceci induisait que le dossier ne serait accessible au suspect qu'à l'issue de l'enquête, et non plus, en cas d'initiative de celui-ci, en fonction des suites envisagées par le procureur de la République et de l'état du dossier. Il ne pouvait donc plus être question d'un accès aux éléments détenus par les autorités répressives en cas de prorogation de l'enquête préliminaire, ce qui vidait le texte d'une partie de son intérêt²²⁴³. Les rapporteurs ont expliqué cette évolution du texte par des considérations pratiques relevant que reporter le bénéfice de ce droit à l'issue de l'enquête permettait de s'assurer que toutes les pièces se trouvent « en un même endroit et non réparties entre les différents enquêteurs »²²⁴⁴.

²²³⁹ Projet de loi n°3473, préc., article 24.

²²⁴⁰ C. CAPDEVIELLE et P. POPELIN, Rapport n°1315, préc., p. 292.

²²⁴¹ *Ibid.*

²²⁴² Texte de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Annexe au rapport, Projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 février 2016, art. 24.

²²⁴³ V., *Supra*, n°359 et n°364.

²²⁴⁴ C. CAPDEVIELLE et P. POPELIN, Rapport n°1315, préc., p. 292.

929. Le Gouvernement s'est opposé à certaines modifications envisagées par la commission des lois, revenant à un dispositif plus proche de celui initialement proposé. Il a exclu la généralisation de ces dispositions à toutes les enquêtes quelle que soit leur durée. Il a, à nouveau, soumis le renforcement des droits de la défense à une initiative du suspect en ce sens. Il a en revanche conservé l'idée, compte tenu des difficultés pratiques relevées, de reporter le bénéfice des droits d'être informé et de formuler des observations à la clôture de l'enquête, sauf à ce que le procureur de la République en décide autrement²²⁴⁵.

L'explication principale de son opposition aux modifications apportées par la commission des lois a résidé dans des considérations pratiques. Il a expliqué qu'« en raison de son caractère systématique », la proposition des rapporteurs rendrait, « le dispositif applicable à plus de 375 000 procédures d'enquêtes par an ». Une telle généralisation « risqu[ait] de provoquer une désorganisation complète de la chaîne pénale et d'engendrer un ralentissement majeur de la réponse judiciaire »²²⁴⁶. Il faut probablement reconnaître « qu'en l'état des moyens de la justice, la communication du dossier lors de toute enquête était [effectivement] illusoire »²²⁴⁷.

930. *In fine*, si l'accès à l'entier dossier de la procédure dès l'audition du suspect, libre ou gardé à vue, suscite des interrogations, c'est plus généralement la consécration de ce droit durant l'enquête de police qui pose question. La juridictionnalisation de l'enquête soulève des questions du même ordre.

2) La complexité d'une juridictionnalisation accrue de l'enquête

931. Les réflexions sur le renforcement de la juridictionnalisation de l'enquête de police ont acquis une évidente acuité en raison de l'essoufflement de l'information judiciaire et de la multiplication des modes de traitement de la délinquance évinçant le

²²⁴⁵ ASSEMBLEE NATIONALE, XIVe législature, Session ordinaire de 2015-2016, Compte rendu intégral, Deuxième séance du jeudi 03 mars 2016, Discussions sur l'article 24, (Le texte était alors formulé comme suit : « Toute personne contre laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction punie d'une peine privative de liberté et qui a fait l'objet d'un des actes prévus aux articles 56, 61-1, 62-2, 76 ou 706-141 à 706-158, peut, six mois après l'accomplissement du premier de ces actes, demander au procureur de la République, par lettre recommandée avec accusé de réception ou déclaration au greffe contre récépissé, de consulter le dossier de la procédure afin de faire ses observations [...] ». Le délai de six mois initialement retenu a été porté à un an en première lecture devant le Sénat, les sénateurs estimant, qu'à défaut d'impératifs européens, un dispositif plus mesuré était préférable (M. MERCIER, Amendement COM-110, 21 mars 2016, préc. ; M. MERCIER, Rapport n°491, préc., p. 207).

²²⁴⁶ ASSEMBLEE NATIONALE, XIVe législature, Session ordinaire de 2015-2016, Compte rendu intégral, Deuxième séance du jeudi 03 mars 2016, Discussions sur l'article 24.

²²⁴⁷ J.-B. PERRIER, « Les garanties de la procédure pénale dans la loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », préc.

juge ou certains contrôles exercés par lui à l'occasion de l'audience « classique »²²⁴⁸. Indépendamment des réflexions relatives à la rationalisation du contrôle du juge au cours de l'enquête²²⁴⁹, plusieurs propositions tendant à une amélioration plus ou moins significative de la situation du suspect durant l'enquête impliquent une juridictionnalisation plus aboutie de celle-ci. Tel est le cas des options proposant d'offrir au suspect, dès la notification d'une suspicion pesant sur lui ou lorsque l'enquête atteint une certaine durée, un accès au juge pour solliciter la réalisation d'investigations complémentaires, contester la régularité de certains actes ou les dérogations au droit de la défense ou encore pour discuter la qualification retenue quand celle-ci autorise l'application de procédures dérogatoires²²⁵⁰. Tel est également le cas des préconisations favorables à la juridictionnalisation de la clôture de l'enquête, quelle qu'en soit finalement l'intensité²²⁵¹.

Si chacune de ces solutions se comprend aisément au regard des fragilités actuelles de la situation du suspect, renvoyé en jugement sans instruction préalable, toutes confrontent à des difficultés d'ordre pratique. Après avoir envisagé celles auxquelles se heurte la consécration du droit d'accéder à un juge durant l'enquête (a), nous aborderons celles que soulève une juridictionnalisation de la clôture de l'information (b).

a) L'accès au juge durant l'enquête

932. La problématique d'une généralisation de l'accès au dossier nécessaire à une juridictionnalisation plus poussée de l'enquête - Par hypothèse, le droit de recourir au juge pour solliciter des investigations complémentaires ou pour discuter de la régularité des actes déjà réalisés suppose l'information du suspect. Faute, pour celui-ci, de pouvoir consulter le dossier de la procédure au cours de l'enquête, ce droit de recourir au juge serait donc, au mieux, circonscrit aux actes directement perceptibles par lui, à l'image d'une perquisition ou d'une garde à vue. Toute prétention à la généralisation de ce droit impliquerait, par définition, l'affirmation du droit à l'information du suspect au cours de l'enquête²²⁵². C'est donc revenir aux difficultés précédemment envisagées²²⁵³.

²²⁴⁸ V. not., O. DECIMA (sous la dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, op. cit. ; N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, op. cit. ; V. ég., CNCDH, *Avis sur la refondation de l'enquête*, préc., n°13 et s., pp. 7 et s.

²²⁴⁹ V., *Supra*, n°839 et s.

²²⁵⁰ V., *Supra*, n°874 et s.

²²⁵¹ V., *Supra*, n°868 et s.

²²⁵² V., *Supra*, n°524.

²²⁵³ V., *Supra*, n°920 et s.

933. Les difficultés générées par la reconnaissance consécutive d'un droit d'interjeter appel des décisions du juge -. La seconde difficulté réside dans les implications d'un accès au juge à ce stade. La Commission Beaume a fait observer que toute juridictionnalisation plus poussée de l'enquête impliquerait d'ouvrir conséquemment au suspect le droit d'interjeter appel contre les décisions de ce juge. Les propositions de Monsieur Danet allaient d'ailleurs précisément en ce sens puisque l'auteur préconisait corrélativement un accès à la chambre de l'instruction²²⁵⁴. Or, pour les membres de la Commission, l'ouverture de tels recours engendrerait nécessairement des délais supplémentaires et une « paralysie du processus d'investigation » en opposition avec « l'efficacité qu'on attend de lui »²²⁵⁵. Un mécanisme de filtre par le président de la chambre de l'instruction, comme il en va dans l'information judiciaire, ne remédierait probablement qu'imparfaitement à cette problématique.

Eu égard aux difficultés pratiques que soulève cette solution, la proposition de juridictionnaliser la clôture de l'enquête pourrait donc être préférée. Celle-ci suscite toutefois des difficultés du même ordre et ne pourrait qu'insuffisamment remédier à la problématique engendrée par la mutation de la mise en état des affaires pénales.

b) La juridictionnalisation de la clôture de l'enquête

934. Cette solution consisterait à reporter le bénéfice de certains droits à la clôture de l'enquête, selon des modalités plus ou moins étoffées et une juridictionnalisation plus ou moins poussée²²⁵⁶.

935. Les avantages de cette solution -. Elle présente incontestablement des avantages. En premier lieu, ce stade de la procédure paraît le plus approprié au renforcement du droit à l'information du suspect. Le dossier est consolidé et la pleine information de l'intéressé ne risque pas d'amputer l'enquête de son efficacité. Au surplus, comme le souligne les auteurs favorables à une telle juridictionnalisation et comme l'a également admis la Commission Beaume, cette option est intéressante sur le plan du fonctionnement des juridictions de jugement puisqu'elle permettrait d'« apporter devant le juge du fond une procédure pénale purgée de ses défauts ou insuffisances, et [...] ainsi de recentrer exclusivement le débat judiciaire sur la

²²⁵⁴ J. DANET, « Pour de nouvelles règles introduisant la contradiction en phase d'enquête », préc., spéc., p. 3.

²²⁵⁵ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 32.

²²⁵⁶ V. *Supra*, n°868.

culpabilité, la peine et l'indemnisation de la victime »²²⁵⁷. Elle serait donc le gage d'une plus grande célérité de la phase de jugement et remédierait à la problématique, soulevée par une partie de la doctrine française²²⁵⁸, de la concentration entre les mains d'un même juge de la compétence pour apprécier la régularité de la procédure et pour se prononcer sur la culpabilité.

936. La fragilité de cette option -. Si elle présente des avantages, cette option peut cependant paraître trop fragile pour restaurer l'équilibre actuellement mis à mal. En effet, celle-ci conduit à reporter le bénéfice de la plénitude des droits de la défense à l'issue de la phase d'investigation. L'acquisition de ces droits ne serait donc que faiblement anticipée par rapport à la situation actuelle. L'observation rejoint celle qui a été formulée à propos du nouvel article 77-2 du CPP²²⁵⁹. L'affaire ayant donné lieu au jugement du tribunal correctionnel de Créteil le 26 février 2016 illustre, s'il le faut, les difficultés auxquelles la défense peut se heurter en cas de report de l'accès au dossier de l'enquête et de la faculté de solliciter des investigations complémentaires à un stade trop avancé de la procédure.

937. En outre, si cette juridictionnalisation doit permettre de désengorger les juridictions de jugement du contentieux de l'annulation, elle n'apporte pas de réponse appropriée aux conséquences pratiques d'une annulation de tout ou partie de la procédure, à laquelle il ne peut réellement véritablement répondre que l'affirmation du rôle du juge durant l'enquête. Renforcer les attributions du juge « de l'autorisation » comme nous l'avons précédemment envisagé limiterait, il est vrai, les cas dans lesquels l'irrégularité d'un acte ou d'une pièce ne serait soulevée qu'à ce stade.

938. Les difficultés matérielles soulignées -. La Commission Beaume a surtout fait observer les difficultés pratiques auxquelles se heurterait la généralisation d'une mise en état juridictionnalisée. Elle en a pointé trois²²⁶⁰.

D'abord, sur la base des chiffres-clé de la Justice pour l'année 2012²²⁶¹, et à supposer qu'une mise en état structurée ne soit pas indispensable pour les contraventions ou lorsque le procureur de la République décide de recourir à une alternative aux poursuites ou à un classement sans suite pour défaut d'élucidation, cette proposition reviendrait à imposer l'organisation d'une telle audience pour près de huit

²²⁵⁷ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 74.

²²⁵⁸ V. *Supra*.

²²⁵⁹ V. *Supra*.

²²⁶⁰ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 74.

²²⁶¹ Les dernières statistiques publiées produiraient des résultats assez semblables. V., MINISTERE DE LA JUSTICE, Sous-direction des statistiques et des études, *Chiffres clés de la Justice 2016*, pp. 14-15.

cent milles affaires, incluant les poursuites correctionnelles et les classements sans suite en opportunité. Or, « [l]a charge procédurale, avec l'instauration d'une sorte 'd'article 175' (et les délais y afférents), les éventuels compléments d'enquête ordonnés, l'organisation d'un débat final (et de purge ?) devant un juge de la clôture de l'enquête représenterait un travail administratif et judiciaire d'un tel poids que le processus pénal y connaîtrait à brefs délais une thrombose assortie d'aphasie et de paralysie irrémédiables »²²⁶².

Ensuite, la Commission a estimé que cette option induirait *de facto* l'abandon du principe de l'orientation des affaires en temps réel. Or, si cette pratique est perfectible²²⁶³, elle présente, en termes de délais et donc de protection des justiciables²²⁶⁴, des avantages « trop incontestables pour la rejeter en bloc »²²⁶⁵.

Enfin, la Commission a estimé, s'agissant de la purge des nullités, qu'eu égard à sa nature « proprement juridictionnelle », cette décision supposerait « inévitablement l'ouverture d'une voie de recours (appel et cassation), entraînant des délais d'attente du jugement au fond bien plus longs que l'actuelle pratique judiciaire qui joint très heureusement, sauf exception, l'incident au fond' »²²⁶⁶.

939. Des difficultés matérielles à relativiser -. Des auteurs ont relativisé ces difficultés pratiques, faisant observer que la charge procédurale induite pouvait être allégée des classements en opportunité²²⁶⁷ et qu'une comparaison de ces chiffres avec ceux des mises en état en matière civile montre qu'il est possible de l'absorber sans paralysie du système²²⁶⁸. En outre, elle n'induirait pas l'abandon du TTR puisque rien n'interdirait au procureur de saisir le juge immédiatement²²⁶⁹. Enfin, cette charge devrait être mise en corrélation avec celle induite par le contentieux de l'annulation au stade du jugement²²⁷⁰. Les nuances apportées par Monsieur Jeanne à propos des charges induites par une juridictionnalisation de l'enquête sont toutefois, à nos yeux, d'autant plus pertinentes que l'auteur propose une refonte plus globale de la mise en état des affaires pénales et de rendre le contentieux de la culpabilité facultatif en cas d'aveu, en toute matière. Cette dernière proposition, qui rappelle celle de la Commission Justice pénale

²²⁶² J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 74.

²²⁶³ *Ibid.*, p. 29.

²²⁶⁴ *Ibid.*

²²⁶⁵ *Ibid.*, p. 29 et 75.

²²⁶⁶ *Ibid.*, p. 75.

²²⁶⁷ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, *op. cit.*, n°648, pp. 635 (L'auteur relève qu'une telle audience ne s'imposerait pas dans de tels cas puisque les droits de la personne soupçonnée ne sont pas en cause).

²²⁶⁸ *Ibid.*

²²⁶⁹ *Ibid.*

²²⁷⁰ *Ibid.*

et droits de l'Homme²²⁷¹, permettrait consécutivement des transferts de charges et des affectations nouvelles puisque les affaires facilement élucidées pourraient donner lieu à une mise en état plus rapide et à une procédure simplifiée²²⁷².

L'évolution de la législation française montre d'ailleurs, par certains aspects, que l'idée de détacher la prise en considération de l'aveu de la complexité de l'affaire ou de la gravité des faits a fait son chemin. L'extension du champ d'application de la CRPC, la création de la convention judiciaire d'intérêt public - dont le champ d'application est cantonné à des faits complexes par nature²²⁷³ - et la possibilité d'y recourir après l'ouverture d'une information judiciaire (C.P.P., articles 180-1 et 180-2) montrent, en effet, que la gravité et/ou la complexité initiale des faits ne sont plus des critères dirimants de l'application de procédures simplifiées.

Toutefois, à défaut d'une extension du champ de ces procédures « allégées » à toutes infractions, les transferts de charges sont moins certains et, donc la faisabilité de la généralisation d'une mise en état juridictionnalisée sans doute plus douteuse.

Les difficultés pratiques auxquelles se heurtent ces différentes préconisations favorables à une amélioration substantielle du sort du suspect au cours et à l'issue de l'enquête conduisent probablement à préférer des solutions impliquant une réarticulation des phases policière et judiciaire de l'investigation. La rationalité de certaines de ces propositions peut cependant être discutée.

B. La rationalité incertaine de propositions préconisant une réarticulation des cadres de l'investigation

940. Seules certaines solutions proposant une telle réarticulation soulèvent, à nos yeux, des questions en termes de pertinence. Il en va d'abord, ainsi, de celles favorables à une réarticulation *de facto* (1). Il en va également ainsi de la solution qui consisterait à réarticuler ces cadres procéduraux en fonction d'un critère temporel figé (2).

²²⁷¹ M. DELMAS-MARTY (sous la prés.), *La mise en état des affaires pénales*, *op. cit.*, pp. 151. (La Commission avait jugé souhaitable, sous réserve qu'il soit fait devant un juge, garant de la sincérité de l'aveu, et que le suspect puisse toujours se rétracter, que le choix de l'accusé de plaider coupable puisse être pris en considération quelles que soient la gravité des faits et donc la peine encourue. La mise en état pourrait être allégée d'investigations nombreuses au profit d'une enquête de personnalité. La prise en considération de l'aveu devait permettre une meilleure utilisation des ressources disponibles, sans affecter la bonne marche de la procédure et la préservation des intérêts de la personne mise en cause).

²²⁷² N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, *op. cit.*, pp. 635 et 637.

²²⁷³ Elle n'implique certes pas, lorsqu'elle succède à une enquête de police, une véritable reconnaissance des faits mais une acceptation de la peine proposée

1) *L'absence de pertinence d'une réarticulation de facto*

941. Les propositions favorables à un cantonnement ou à la suppression de l'enquête préliminaire offrent inévitablement des avantages en termes de protection des droits, l'ouverture d'une information judiciaire s'imposant dans des cas plus nombreux. Elles sont en revanche moins séduisantes sur le plan pratique. La consécration de l'enquête préliminaire et la multiplication des possibilités d'investigation en enquête se sont toujours expliquées par des considérations pratiques qu'il ne faudrait pas nier. En outre, la pertinence de cette solution, qui s'inscrirait à contre-courant des évolutions institutionnelles récentes, doit également être envisagée à l'aune de ses répercussions sur l'ensemble de la chaîne pénale.

942. Des considérations pratiques au soutien de la création et de l'hypertrophie de l'enquête préliminaire -. Il n'est pas question de revenir ici sur les raisons et la manière dont l'enquête officieuse s'est imposée dans la pratique avant de trouver un écho favorable aux yeux du législateur. La formule de Madame Lazerges-Cousquer et de Monsieur Desportes suffit à résumer la pertinence de la légalisation et du maintien de l'enquête préliminaire : « il eût été absurde d'encombrer les juridictions, d'instruction ou de jugement, avec des dossiers promis au non-lieu, à la relaxe ou à l'acquiescement. [A l'inverse], il n'était pas envisageable de classer une affaire sans suite sans s'être assuré qu'elle ne permettait pas, ou ne méritaient pas, l'exercice des poursuites »²²⁷⁴.

943. De même, la multiplication des moyens d'investigation dans le cadre de l'enquête de police en général, et de l'enquête préliminaire en particulier, s'est expliquée, comme nous l'avons précédemment souligné, par des considérations d'ordre pratique qu'il ne faudrait pas occulter : l'urgence de procéder à certaines investigations qui se concilie mal avec les formalités qu'implique l'ouverture d'une information d'une part, et l'obligation de saisir un juge d'instruction aux seules fins de la réalisation de certains actes dans des conditions qui ne paraissent pas satisfaisantes faute pour les enquêteurs d'avoir pu procéder à des investigations pour préciser les contours de l'affaire, d'autre part²²⁷⁵. Eu égard aux raisons qui ont justifié cette évolution, il est peu probable que le législateur fasse « marche arrière » et qu'un cantonnement des mesures disponibles lors d'une enquête préliminaire soit en pratique pertinent. Cette conclusion est, à notre avis, confortée par les implications d'une telle solution sur la chaîne pénale.

²²⁷⁴ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°36, p. 24.

²²⁷⁵ V., *Supra*, n°249 et s.

944. Les implications de cette évolution sur la chaîne pénale -. Les implications de cette évolution sur la chaîne pénale dépendent inévitablement du choix qui serait opéré entre suppression ou cantonnement des possibilités d'investigation en enquête préliminaire.

945. La suppression de l'enquête préliminaire doit être écartée dès lors qu'elle aurait pour effet de remettre en cause, sauf flagrance, l'existence de l'ensemble des procédures simplifiées et alternatives aux poursuites qui, outre les économies de temps et de moyens qu'elles permettent de réaliser, assurent également une adaptation de la réponse pénale à la gravité des faits ainsi qu'à la personnalité et à l'attitude de l'auteur. Du moins, s'il n'est pas exclu qu'après la réalisation de certains actes d'investigation, le magistrat instructeur puisse renvoyer la procédure au procureur pour qu'il recoure à une alternative aux poursuites ou à une procédure simplifiée²²⁷⁶, la systématisation de cette solution n'est pas judicieuse en pratique. Elle conduirait à alourdir la procédure et à encombrer les juridictions d'instruction d'un contentieux pour lequel l'information judiciaire n'offre pas nécessairement une véritable plus-value.

946. Les répercussions du seul cantonnement des mesures disponibles lors d'une enquête préliminaire doivent également être mesurées. Ce cantonnement remettrait en question certaines procédures qui, pour discutées qu'elles soient, permettent au système pénal d'absorber le flux de contentieux actuel. Songeons à la comparution immédiate dont la création et l'extension du champ a historiquement reposé sur l'engorgement des juridictions d'instruction et la nécessité de « voies de contournement » assurant néanmoins la présence de la personne mise en cause²²⁷⁷.

Les conséquences d'un cantonnement de l'enquête préliminaire s'éclairent tout particulièrement à la lecture de la circulaire relative à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité du 1^{er} octobre 2005²²⁷⁸. Celle-ci précise que le traitement des trafics de stupéfiants dits « locaux » - c'est-à-dire ceux pour lesquels, « quelle que soit [leur] envergure », les lieux de conservation des produits stupéfiants, les réseaux de revente, les transactions et l'investissement des

²²⁷⁶ L'équation est d'ailleurs connue (C.P.P., articles 180-1 et 180-2).

²²⁷⁷ V. not., M. SEURIN, « De la loi du 15 juin 2000 à la loi du 9 mars 2004, quel avenir pour l'instruction préparatoire ? », préc. ; La circulaire du 8 novembre 2002 de présentation des dispositions de procédure pénale de la loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (Crim-02-16-E8-08.11.02, JUS-D-02-30179C) est éclairante sur ce point. Celle-ci rappelle que l'extension du domaine d'application de la comparution immédiate par la loi de 2002 a pour intérêt de permettre de juger, selon cette procédure, des infractions graves, notamment des trafics de stupéfiants, lorsqu'une instruction ne paraît présenter aucune utilité pratique parce qu'aucun élément de la procédure n'est susceptible de permettre l'identification d'autres personnes impliquées mais qu'une remise en liberté de la personne mise en cause n'est pas indiquée au regard de ses antécédents judiciaires (p. 20).

²²⁷⁸ Circ. relative à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, CRIM 2005-21 G1/01-10-2005, NOR : JUSDO530131C, 1^{er} oct. 2005, p. 4.

fonds issus du trafic se font dans un cadre et un périmètre bien définis par des organisations bien implantées géographiquement, même lorsque la source d'approvisionnement est située à l'étranger -, devrait suivre, si possible, le schéma suivant :

- « - un service d'enquête est destinataire d'un renseignement selon lequel un trafic est organisé ;
- une enquête préliminaire est ouverte ;
- les premières surveillances permettent de confirmer l'existence du trafic et motivent la mise en place de surveillances téléphoniques ;
- il est établi que l'approvisionnement se fait à l'étranger et qu'un voyage à cette fin est envisagé ;
- ces indices rendent apparente la commission actuelle de l'infraction permettant de faire basculer l'enquête dans le cadre de la procédure de flagrant délit et d'effectuer les interpellations à l'issue du voyage ;
- les saisies des produits directs de l'infraction, les auditions en garde à vue permettent d'illustrer, de confirmer et de circonscrire le trafic ;
- les personnes sont ensuite déférées aux fins de saisine du tribunal en comparution immédiate »²²⁷⁹.

Le recours à l'information devrait donc être cantonné aux cas dans lesquels une enquête approfondie n'a pas permis d'obtenir des éléments suffisants pour identifier, mettre en cause ou interpellier des personnes ou lorsque l'enquête a relevé que des suspects détiennent un patrimoine significatif que leurs revenus déclarés ne peuvent justifier²²⁸⁰. On comprend dès lors que le schéma privilégié n'est possible que parce que l'enquête préliminaire permet, lorsque les faits relèvent de la délinquance et de la criminalité organisées, le recours à des moyens d'investigation et de surveillance importants. Leur cantonnement le remettrait en question alors que des considérations pratiques l'inspirent incontestablement.

947. La contrariété de cette solution avec les évolutions récentes -. Enfin, ni la suppression de l'enquête préliminaire ni son simple cantonnement ne s'inscriraient dans les jalons que posent progressivement le législateur. Les lois les plus récentes ont toutes été l'occasion de renforcer les pouvoirs d'investigation dans le cadre de l'enquête de police, notamment préliminaire. Surtout, le législateur s'est attaché à pallier l'une des principales critiques opposées à celle-ci, consistant dans le manque d'effectivité du

²²⁷⁹ *Ibid.*

²²⁸⁰ *Ibid.*

contrôle d'un juge « isolé [...], sollicité en urgence et de façon intermittente, [risquant] de n'avoir qu'une vision incomplète, fragmentée et superficielle du dossier »²²⁸¹ en spécialisant la fonction de JLD. Or, le cantonnement de l'enquête préliminaire, tel qu'il pourrait être préconisé, toucherait spécifiquement les actes pour lesquels l'intervention de ce juge est requise et s'inscrirait dès lors à contre-courant des évolutions institutionnelles récentes.

Une réarticulation *de jure* fondée sur un critère temporel trop strict soulève des interrogations de cette nature.

2) *L'absence de pertinence d'une réarticulation de jure fondée sur un critère temporel strict*

948. L'intérêt d'une réarticulation par référence à un critère temporel -. Une réarticulation des phases policière et juridictionnelle de l'investigation par référence à un critère temporel strict sans autre correctif est une solution difficilement soutenable même si l'idée au cœur d'une telle proposition est évidemment louable. Il s'agirait d'éviter que les investigations se poursuivent des mois ou des années durant sans saisine du magistrat instructeur, avec les conséquences que cela emporte sur la situation de la personne suspectée. L'amélioration envisagée dépend cependant des modalités concrètes de cet encadrement temporel et en particulier des correctifs qui assortissent ou non l'introduction d'un délai-couperet.

949. Le paradoxe de l'instauration d'une durée butoir stricte -. Faute de correctif, la seule instauration d'un délai butoir ne pourrait offrir qu'une amélioration mesurée. Elle comporterait en revanche le risque d'un alourdissement des procédures dans des situations dans lesquelles il ne se justifie pas nécessairement sur le plan de la protection des droits.

L'instauration d'un délai butoir a par hypothèse pour objet de fixer une limite temporelle stricte à la prorogation d'une enquête préliminaire sans prendre en considération la situation au moment où ce délai est atteint. Aussi n'aurait-elle pas pour effet d'imposer l'ouverture d'une information judiciaire avant l'expiration du délai butoir malgré l'intensité des indices réunis contre le suspect. Finalement, avant l'expiration de ce délai, les droits de la personne mise en cause resteraient, comme aujourd'hui, dépendants du choix du parquet de saisir un juge d'instruction ou non, en application de l'article 79 du CPP. A l'inverse, à l'expiration de ce délai butoir, la saisine

²²⁸¹ CNCDH, *Avis sur la réforme de la procédure pénale*, préc., n°30, p. 7.

du magistrat instructeur s'imposerait lorsque les investigations doivent être poursuivies. Ce, même si aucun suspect n'a été préalablement identifié et donc, même si la prorogation de l'enquête préliminaire ne risque pas d'affecter ses droits et l'équité de la procédure appréciée globalement.

Les répercussions d'un cantonnement temporel de l'enquête préliminaire dépendraient, il est vrai, de la durée butoir effectivement prévue. On peut penser que plus celle-ci est longue, moins il y a de chances qu'un juge d'instruction soit saisi dans des situations où aucun suspect n'a été identifié. Le choix d'une durée butoir longue multiplierait en revanche les hypothèses dans lesquelles l'enquête préliminaire peut légalement se poursuivre alors que l'équité de la procédure justifierait que le suspect identifié bénéficie de davantage de droits procéduraux et impliquerait, ce faisant, l'ouverture d'une information judiciaire.

950. La nécessité corrélative de correctifs -. C'est pourquoi l'instauration d'un délai butoir ne peut avoir de réels effets en termes de préservation de l'équité de la procédure qu'à la condition de s'accompagner de certains correctifs, c'est-à-dire d'un contrôle judiciaire régulier sur la relation entre l'avancement de l'enquête et la sauvegarde des droits de la défense. Telle était précisément la proposition de la Commission Beaume²²⁸². On comprend toutefois que l'équilibre proposé tient moins alors à l'instauration d'un délai qu'à la ponctuation de l'enquête de contrôles permettant de s'assurer que sa prorogation ne portera pas atteinte au caractère équitable de la procédure. De fait, s'en tenir à la proposition consistant à renforcer le contrôle judiciaire sur la prolongation de l'enquête préliminaire ne serait pas impertinent.

951. Nombre de propositions envisagées posent donc des questions en termes de faisabilité ou de pertinence. Les aménagements parfois préconisés interrogent d'autant plus lorsque l'on songe à leur intégration dans le système actuel, qui se caractérise encore par son dualisme. Ce sont donc les défauts extrinsèques des ajustements envisagés qu'il nous faut désormais abordés.

²²⁸² J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc. pp. 38-39.

§2^d- *Les défauts extrinsèques*

952. Que l'enquête présente certaines fragilités en considération de la mutation de la mise en état des affaires pénales est un fait qui ne peut être contesté. Toutefois, les solutions proposées pour remédier au déséquilibre constaté doivent être observées à l'aune de leurs implications sur le système envisagé dans sa globalité. En effet, les aménagements ponctuels ne prévoient pas, par définition, une remise en cause de sa structuration dualiste, ce qui conduit à s'interroger sur les effets des solutions proposées sur la cohérence et donc la pérennité de ce système.

953. La mise en garde de Messieurs Lavisgnes et Lemonde dans leur présentation du rapport sur la mise en état des affaires pénales, en 1991, reprend ici tout son sens. Ils indiquaient qu'« [il] semble désormais acquis qu'aucune amélioration ne sera possible tant qu'on se refusera de se pencher sur l'inadaptation des structures et de repenser la cohérence d'ensemble, [l]e malaise actuel de la justice pénale [tenant] moins à l'indifférence du législateur qu'à l'accumulation de réformes ponctuelles, partielles, ajoutant toujours de nouvelles formalités, de nouvelles règles techniques qui ne s'accompagnent ni des moyens matériels adéquats, ni [surtout] d'une réflexion d'ensemble sur la cohérence du système pénal »²²⁸³. C'était rappeler que la procédure pénale étant un processus continu, des ajouts ou modifications ponctuelles ne touchant que l'une de ses phases, sont susceptibles d'affecter l'harmonie de l'ensemble. Les répercussions de la multiplication des pouvoirs d'investigation au stade de l'enquête en témoignent. Toute la question est de savoir s'il faut persévérer dans cette voie au risque que la recherche d'équilibre aboutisse finalement à accroître les incohérences du système. C'est cette interrogation que soulève, à nos yeux, certains aménagements ponctuels envisagés pour remédier au déséquilibre constaté. Ceux-ci induiraient des rapprochements matériels ou institutionnels plus nets des cadres procéduraux de nature à soulever, à terme, la question d'une recomposition profonde de la mise en état des affaires pénales.

954. L'écueil d'une dilution plus franche des cadres procéduraux apparaît avec une particulière netteté dans les propositions visant à remédier aux fragilités de l'enquête en améliorant significativement la situation du suspect à ce stade de la procédure et en renforçant, par là même, le rôle du juge. Parce que les préconisations

²²⁸³ S. LAVISGNES et M. LEMONDE, « Le procès pénal en France », préc., spéc. p. 66.

en ce sens visent à compenser les défauts de l'enquête de police avec à l'horizon les garanties offertes par l'information judiciaire, elles risquent de faire perdre à la première sa nature et à la seconde toute particularité. Si les raisons qui amènent différents observateurs à promouvoir de tels aménagements se comprennent naturellement, le fait de faire de l'enquête une sorte d'avatar de l'information posera probablement la question de la cohérence d'un système qui fait coexister deux cadres d'investigation distincts mais offrant des garanties comparables.

955. La seconde option est, au premier abord, moins perturbatrice. Elle consisterait non plus à compenser les faiblesses de l'enquête en comparaison de l'information judiciaire mais à articuler les deux cadres existants de manière plus harmonieuse. Chacune des phases de l'investigation conserveraient ses spécificités mais le bénéfice d'une procédure présentant tous les attributs d'une procédure juridictionnelle s'acquerrait en temps opportun. Les options tendant à une réarticulation *de facto* ou par référence à un critère temporel strict n'étant pas, à notre avis, les plus pertinentes²²⁸⁴, celle qui propose une nouvelle articulation en fonction du degré de suspicion peut être préférée. Cette solution soulève néanmoins des interrogations puisqu'elle induirait, au moins, un nouveau rapprochement matériel des cadres procéduraux sur le plan des pouvoirs d'investigation.

Les bouleversements engendrés par l'amélioration substantielle de la situation du suspect au stade de l'enquête (A) et par une réarticulation *de jure* fondée sur l'intensité de la suspicion (B) seront successivement envisagés.

A. Les bouleversements engendrés par l'amélioration substantielle des droits du suspect au stade de l'enquête

956. L'amélioration du fonctionnement de l'enquête de police en contrepartie de son hypertrophie comporte le risque d'un rapprochement accru des cadres procéduraux existants. Il en va tout particulièrement ainsi des propositions visant à renforcer significativement les droits du « simple » suspect. L'affermissement consécutif du rôle du juge conforte cette conclusion. Indépendamment du risque de rapprocher le juge « de l'enquête » d'un juge d'instruction, les propositions en ce sens entraîneront surtout une dénaturation de l'enquête de police. Ces solutions exposent donc non seulement à un risque de confusion des statuts procéduraux (1) mais aussi à d'autres bouleversements trouvant leur origine dans la juridictionnalisation plus poussée de

²²⁸⁴ V. *Supra*, n°940 et s.

l'enquête qu'elles impliquent (2)

1) La confusion des statuts procéduraux

957. Parce qu'elles se proposent d'améliorer significativement les droits du suspect durant l'enquête, avec à l'horizon les garanties par l'information judiciaire, les préconisations en ce sens posent la question d'un rapprochement des statuts procéduraux des personnes mises en cause (a). Eu égard aux évolutions passées, liant indéfectiblement l'amélioration de la situation de la victime à celle du suspect, il est probable qu'un choix en faveur de ces recommandations ne serait pas sans effet sur les statuts des personnes lésées par l'infraction (b).

a) Concernant la personne mise en cause

958. Prenant en considération la dissymétrie des droits des différentes personnes mises en cause et les interrogations qu'elle suscite en termes de respect des standards européens, différentes propositions envisagent de renforcer significativement les droits du suspect au stade de l'enquête de police. Ainsi, compenserait-on le déséquilibre constaté en accordant à la personne soupçonnée de la participation à la commission d'une infraction des garanties renforcées dès la notification de la suspicion ou lorsque l'enquête se prolonge depuis un certain temps²²⁸⁵. Par définition, ces propositions auraient pour effet de délier davantage l'acquisition de droits procéduraux de celle de la qualité de partie à une procédure et, par là même, de diluer un peu plus les différents statuts existants. C'est l'objectif de ces recommandations qui optent finalement pour une compensation de l'asymétrie existante par l'affirmation des droits du suspect. Que les statuts de suspect, de témoin assisté et de mis en examen puissent coexister lors de l'information judiciaire oblige cependant à s'interroger sur l'articulation de ces différents statuts. Si la dilution des statuts procéduraux interroge (α), leur possible imbrication suscitent des réticences encore plus importantes (β).

²²⁸⁵ V. *Supra*, n°609 et s.

α) *La dilution des statuts procéduraux*

959. De telles propositions s'inscriraient dans un mouvement, déjà observable dans l'enquête et l'instruction, de délitement de la logique originelle du droit français qui liait l'acquisition de droits de la défense à la qualité de partie à la procédure et donc, au stade où des investigations, à l'ouverture d'une information judiciaire²²⁸⁶. Elles reviendraient à abaisser le seuil de déclenchement de droits de la défense aujourd'hui acquis par la seule partie à la procédure, impliquant donc une sorte de généralisation des règles applicables à l'information judiciaire dès l'interpellation²²⁸⁷. Indépendamment de leurs conséquences éventuelles en termes d'inefficacité de l'enquête, de leur lourdeur et de leur coût abyssal²²⁸⁸, ces recommandations interrogent aussi parce que le degré de suspicion n'est pas nécessairement comparable.

960. Des degrés de suspicion potentiellement différents -. Cette remarque a été plusieurs fois formulée par le passé. Souvenons-nous notamment de la mise en garde de Monsieur Badinter à propos du droit du suspect gardé à vue d'accéder à l'intégralité du dossier de la procédure, qui rappelait que « l'obligation de [le] communiquer ne vaut qu'au stade de la mise en examen, quand des charges suffisantes, et non lorsqu'une raison plausible de soupçonner qu'il a commis une infraction, ont été réunies contre celui qui n'était jusque-là qu'un gardé à vue. Il s'agit alors d'un degré de gravité tout à fait différent et l'avocat, qui devient dans ce cas le défendeur à l'action publique, doit évidemment avoir accès à toutes les pièces du dossier en vertu du principe du contradictoire »²²⁸⁹. Aussi, pourrions-nous nous interroger sur la cohérence

²²⁸⁶ V., *Supra.*, n°62 et s. ; Si l'europeanisation de la matière en a été la principale cause dans le cadre de l'enquête de police, ce mouvement s'observait déjà, avec la loi du 30 décembre 1987 (L. n° 87-1062 du 30 décembre 1987 relative aux garanties individuelles en matière de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire et portant modification du code de procédure pénale, *JORF* du 31 décembre 1987, p. 15547) qui a initié la création du statut de témoin assisté, par souci de préserver davantage la présomption d'innocence d'une personne concernée par une information judiciaire. L'acquisition, par ce dernier, de droits procéduraux toujours plus importants et devenus, pour une large part, assez comparables à ceux du mis en examen a corrélativement participé d'un mouvement désolidarisant les droits de la défense de l'acquisition de la qualité de partie à la procédure. Sur ces questions, V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°1772 et s., p. 1189 et s. ; V. ég., C. GUERY, « L'avenir du suspect », *AJ pén.* 2005, p. 232 ; C. GUERY, « L'avenir du suspect (suite...) », *AJ pén.* 2013, p. 459.

²²⁸⁷ USM, « Mission visant à réformer l'architecture de l'enquête pénale – Observations de l'USM », préc., spéc. p. 13.

²²⁸⁸ *Ibid.*

²²⁸⁹ Propos rapportés par Messieurs Lecerf et Michel in Rapport d'information n°162 sur l'évolution du régime de l'enquête et de l'instruction, Enregistré à la Présidence du Sénat le 8 décembre 2010, par MM. J.-R. LECERF et J.-P. MICHEL, p. 36 ; Dans le même esprit, Monsieur Urvoas a invité à se méfier de telles confusions lors des travaux préparatoires à la loi du 27 mai 2014. Sur son blog, il a exprimé sa position sur la possibilité d'accéder à l'entier de la procédure dès la garde à vue. Il y a indiqué ne pas confondre « la phase policière de la procédure pénale et sa phase juridictionnelle qui commence quand l'action publique est mise en mouvement », c'est-à-dire avec la saisine du magistrat instructeur, de la juridiction de jugement ou du juge de l'homologation. Monsieur Urvoas a rappelé le caractère récurrent de ce débat frontal qui oppose classiquement les partisans d'une extension du droit d'accéder au dossier de la procédure dès la notification de la suspicion et ceux qui s'y opposent afin de préserver l'efficacité de l'enquête (V. ég., J.-J. URVOAS, « Garde à vue : descendre de l'Olympe du droit », accessible à l'adresse : www.jean-jaures.org/Publications/Notes/Garde-a-voie-descendre-de-l-Olympe-du-droit), estimant toutefois, au regard de la

de telles évolutions en dépit de cette différence. Certes, à défaut d'une nouvelle articulation des cadres de l'investigation fondée sur le degré de suspicion, il y a des hypothèses dans lesquelles une garde à vue intervient alors qu'il existe déjà, contre l'intéressé, de véritables charges et non de simples raisons plausibles de soupçonner sa participation à la commission d'une infraction. Le fait qu'une garde à vue puisse avoir pour objectif de « [g]arantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête » (C.P.P., article 62-1, 2°) en est l'illustration. Cependant, compte tenu des conditions légales d'un placement en garde à vue, il se peut également qu'il soit décidé alors qu'il n'existe encore que de simples raisons de croire à une participation de l'intéressé à la commission de l'infraction, la mesure pouvant dans ce cas avoir pour objectif la réalisation d'investigations supplémentaires impliquant sa présence (C.P.P., article 62-1, 1°). Or, dans cette situation, faire dépendre l'acquisition de droits de la défense renforcés de la notification du soupçon introduirait un *hiatus* entre l'étendue de ces droits et l'intensité de la suspicion.

C'est finalement toute la problématique du placement en garde à vue qui, en l'état, peut révéler des situations fondamentalement différentes. Un affermissement important des droits ne serait donc théoriquement justifiable qu'à l'instant où un suspect se verrait notifier l'existence d'indices graves et/ou concordants à son encontre.

Encore faudrait-il cependant que cette notion existe dans l'enquête - ce qui induirait une évidente confusion avec le statut de mis en examen - et qu'une phase de notification formelle de ces indices soit organisée - ce qui induirait une autre dilution entre l'enquête et l'information judiciaire -.

961. Les possibles implications de l'affermissement des droits sur les pouvoirs de contrainte au stade de l'enquête -. La reconnaissance de droits de la défense étendus posera sans doute, à terme, la question de l'affermissement des pouvoirs de contrainte durant l'enquête. C'est du moins ce que laisse présager l'examen de la proposition de loi n°126 tendant à renforcer l'efficacité de la procédure pénale, enregistrée à la Présidence du Sénat le 15 novembre 2016²²⁹⁰. Son article 4 proposait de « créer un nouveau régime d'enquête préliminaire ou de flagrance dans lequel le procureur, à l'expiration du délai légal de garde à vue, [aurait pu] solliciter du juge des libertés et de la détention [...] le placement en détention provisoire ou sous contrôle

distinction précédemment indiquée, que la version sénatoriale du texte était, pour l'heure, suffisante (J.-J. URVOAS, « Garde à vue : accès ou pas au dossier ? », 5 mai 2014, accessible à l'adresse : <http://www.urvoas.bzh/2014/05/05/garde-a-vue-acces-ou-pas-au-dossier>).

²²⁹⁰ Proposition de loi n°126 tendant à renforcer l'efficacité de la justice pénale, présentée par F.-N. BUFFET, B. RETAILLEAU et plusieurs de leurs collègues, Enregistrée à la Présidence du Sénat le 15 novembre 2016.

judiciaire de la personne suspectée »²²⁹¹. Les motifs du rejet de cette proposition méritent d'être rappelés. Le rapporteur du projet de loi a, à juste titre, estimé qu'une telle évolution risquait de conduire « à une modification profonde de l'équilibre du code de procédure pénale, entre les enquêtes préliminaires [...] et l'information judiciaire ». Il impliquerait donc une « évolution majeure » de l'enquête préliminaire car « nul ne p[ourrait] concevoir une détention provisoire dans un cadre d'enquête menée de façon non-contradictoire »²²⁹². En cas d'affirmation du caractère contradictoire de l'enquête, il deviendrait certainement plus délicat de rejeter de telles propositions, c'est-à-dire de justifier qu'à l'essor des droits ne répondent pas l'affermissement des pouvoirs de contrainte des autorités répressives. Ce serait cependant revenir sur ce qui constitue encore au stade des investigations le pré-carré de l'information judiciaire.

L'abaissement du seuil de déclenchement des droits de la défense de la personne mise en cause pose d'autant plus d'interrogations que, si le statut de suspect est le seul statut générateur de droits au stade de l'enquête, il coexiste en revanche avec ceux de mis en examen, voire de témoin assisté dans le cadre de l'instruction. C'est là la question la plus délicate posée par un rapprochement des statuts procéduraux existants.

β) L'imbrication des statuts procéduraux dans l'information judiciaire

962. La possible imbrication des différents statuts procéduraux d'une personne à l'encontre de laquelle il existe des soupçons ou de véritables indices de participation à la commission d'une infraction impose de s'interroger sur leur articulation. Si l'inexistence de solutions pérennes en la matière peut inviter à préférer l'option d'un éclatement du statut de suspect, cette voie doit également être rejetée.

963. Une problématique difficilement soluble -. L'imbrication des différents statuts dans le cadre de l'information expose à une difficulté presque insoluble, qui peut être résumée comme suit : d'un côté, faire du statut de suspect une sorte d'avatar de la mise en examen conduira, en raison de la possible coexistence de ces différents statuts au cours de l'instruction, à s'interroger sur le maintien du statut de mis en examen et,

²²⁹¹ *Ibid.*, Exposé des motifs, spéc. p. 4.

²²⁹² Rapport n°331 sur la proposition de loi de F.-N. BUFFET, B. RETAILLEAU et plusieurs de leurs collègues tendant à renforcer l'efficacité de la justice pénale, Enregistré à la Présidence du Sénat le 25 janvier 2017, présenté par F. PILLET, pp. 26 et s. ; Rappelons également que le Conseil National des Barreaux n'avait pas exclu, en parallèle de la consolidation des droits du simple suspect, que le parquetier puisse solliciter du JLD un placement sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire (CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, Contribution du Conseil National des Barreaux aux réflexions de la Commission chargée de la réforme de l'enquête pénale, préc., p. 10).

plus nettement encore, sur l'articulation des statuts de suspect et de témoin assisté²²⁹³ ; d'un autre côté, si l'impératif d'articuler harmonieusement ces différents statuts invite à promouvoir un renforcement moins significatif des droits du suspect, cette option ne résoudra pas la question de la fragilité des droits de ce dernier dans l'enquête lorsqu'elle n'est pas suivie de l'ouverture d'une information judiciaire. L'accueil, par la doctrine pénaliste, des propositions de la Commission Beaume²²⁹⁴ et de la loi du 3 juin 2016²²⁹⁵ montrent que toutes améliorations trop mesurées continuent de nourrir le débat et d'alimenter l'espoir d'un nouveau renforcement des droits du suspect²²⁹⁶. La nécessité d'articuler les différents statuts sans créer de nouvelles confusions invitent néanmoins à s'interroger sur les modalités éventuellement acceptables. Or, aucune ne paraît pleinement satisfaisante.

964. Une première alternative envisageable : reporter dans le temps le bénéfice de droits étendus -. Une première alternative pourrait consister à faire dépendre l'acquisition par le suspect de droits de la défense renforcés de la durée des investigations le concernant²²⁹⁷. Dans le cadre de l'information judiciaire, ce temps permettrait la réunion d'indices graves et concordants, obligeant le juge d'instruction à entendre la personne mise en cause sous le statut de mis en examen (C.P.P., article 105). Il n'y aurait donc pas, dans le cadre de l'information, de chevauchement fâcheux entre les différents statuts générateurs de droits procéduraux. Toutefois, indépendamment de la pertinence de faire « coexister » des statuts distincts mais générateurs de droits de la défense semblables en fonction du cadre des investigations, cette option aurait pour effet d'accorder à une personne suspecte le bénéfice de ces droits du seul fait de l'écoulement du temps, sans autre considération pour l'intensité du soupçon pesant sur elle. En résulterait un *embrouillamini* des statuts procéduraux, difficilement justifiable à défaut de la réunion d'indices graves et/ou concordants.

²²⁹³ Observons, en effet, que si le suspect devait acquérir le droit de solliciter un quelconque acte d'investigation supplémentaire, il bénéficierait de droits procéduraux plus étendus que le témoin assisté qui, en vertu de l'article 113-3 du CPP, peut uniquement « demander au juge d'instruction, selon les modalités prévues par l'article 82-2, à être confronté avec la ou les personnes qui le mettent en cause ».

²²⁹⁴ H. MATSOPOULOU, « Une nouvelle réforme de la procédure pénale ? - Les principales propositions de la mission de réflexion sur les possibles évolutions de la procédure pénale », *JCP éd. G.* 2014, 957, Libres propos.

²²⁹⁵ V. not., O. CAHN, « Réflexions désabusées sur le chapitre I du titre I de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », préc. ; E. VERGES, « La procédure pénale à son point d'équilibre (À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale) », préc.

²²⁹⁶ A. BOTTON, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale. - À propos du Titre II de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », préc.

²²⁹⁷ J. DANET, « Pour de nouvelles règles introduisant la contradiction en phase d'enquête », préc., p. 3 (L'auteur a notamment proposé que le droit d'accéder au dossier et les autres droits en découlant soient nécessairement reconnus après un an d'enquête sur le suspect).

965. Une seconde alternative envisageable : créer un statut de « mis en cause » dans l'enquête reposant sur l'intensité du soupçon -. Une solution alternative consisterait à créer, au stade de l'enquête, un statut de « mis en cause » reposant sur un critère semblable à celui qui régit actuellement le statut de mis en examen dans le cadre de l'information judiciaire. Cette option a notamment été envisagée le Conseil National des Barreaux, qui proposait la création d'un statut de « mis en cause » au stade de l'enquête, attribué d'office dès lors qu'« il existe soit des indices graves, soit des éléments concordants de [l]a participation [de l'intéressé] comme auteur ou complice à la commission d'un délit ou d'une contravention »²²⁹⁸. La Commission Beaume s'est aussi intéressée à cette option, reprenant les propositions de l'avant-projet de futur Code de procédure pénale. Celui-ci proposait, dans le cadre d'une réforme globale de la mise en état des affaires pénales, d'obliger le procureur à accorder, lorsque l'enquête doit se prolonger, la qualité de « partie pénale »²²⁹⁹ à la « personne contre laquelle ont été réunis des indices graves ou concordants rendant plausible sa participation comme auteur ou complice » à la commission d'une infraction (Avant-projet de futur Code de procédure pénale, article 312-8)²³⁰⁰.

Cette solution faciliterait l'articulation des statuts procéduraux dans le cadre de l'information judiciaire puisque celui qui deviendrait « mis en cause » dans l'enquête, serait « mis en examen » au cours de l'instruction. La question de la coexistence de différents statuts générateurs de droits procéduraux comparables ne se poserait donc pas dans le cadre de l'information.

Cependant, dès lors que l'acquisition de ce statut reposerait alors sur un même critère, nous peinerions à admettre que ce « mis en cause » ne bénéficie pas de droits de la défense identiques à ceux du « mis en examen ». L'assimilation de deux statuts en

²²⁹⁸ CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, « Contribution du Conseil National des Barreaux aux réflexions de la Commission chargée de la réforme de l'enquête pénale », préc., p. 10 ; V. ég., J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., pp. 36-37. La Commission Beaume s'était en effet intéressée à cette option pour déterminer l'élément déclenchant du contradictoire au stade de l'enquête, reprenant les propositions de l'avant-projet de futur code de procédure pénale obligeant le procureur de la République à accorder « au cours de l'enquête [qui] doit se prolonger » la qualité de « partie pénale » à la « personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant plausible sa participation comme auteur ou complice » à la commission d'une infraction (Avant-projet, art. 312-8). Elle rejetait néanmoins cette proposition, y voyant un « copier-coller » de l'information judiciaire, dénaturant « la notion même d'enquête ». Surtout, si cette proposition n'était pas inintéressante dans le cadre d'une recomposition profonde de la mise en état des affaires pénales, telle que préconisée par l'avant-projet, elle suscite certainement plus d'interrogations en cas de maintien de maintien de la structuration actuelle).

²²⁹⁹ Sur les discussions qu'avait alimenté ce terme puisqu'il ne peut avoir de « partie » au stade de l'enquête, c'est-à-dire en amont de toute action en justice, V. not., P. CONTE, « L'action pénale' en lévitation (aperçu de l'avant-projet de Code de procédure pénale) », *D.* 2010, p. 774 ; V. MALABAT, « L'avant-projet du futur Code de procédure pénale : refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure ? », *AJ pén.* 2010, p. 162 ; M.-L. RASSAT, « Le projet de réforme de la procédure pénale », *JCP éd. G.* 2010, Aperçu rapide 369.

²³⁰⁰ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., pp. 36-37.

fonction du cadre procédural des investigations n'en serait que plus nette. La mise en cause et la mise en examen générant les mêmes droits, nous peinerions également à justifier que ce « mis en cause » ne puisse pas faire l'objet des mêmes mesures restrictives ou privatives de liberté que le mis en examen. Finalement, la création de ce nouveau statut ne ferait qu'aviver la question de la possibilité, pour le procureur, de solliciter dans le cadre d'une enquête de police un placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire auprès du JLD. A la confusion des statuts s'ajouterait donc, sans doute, une dilution des pouvoirs.

966. De plus, dès lors que rien n'exclut que le procureur de la République décide, après avoir accordé au suspect le statut de « mis en cause » au suspect, de requérir l'ouverture d'une information judiciaire, cette solution comporterait un risque d'empiètement du pouvoir du parquetier sur ceux du juge d'instruction dans l'appréciation de l'intensité des indices pesant sur l'intéressé.

967. Enfin, puisque le statut de « mis en cause » serait générateur de droits de la défense renforcés, sa création conduirait à instaurer, comme dans le cadre de l'information judiciaire²³⁰¹, des moyens de contrôler l'éventuelle tardiveté de l'octroi de ce statut ce qui multiplierait les similitudes entre l'enquête et l'information judiciaire.

968. Finalement, si la création d'un statut de « mis en cause » au stade de l'enquête peut être envisagée dans la perspective d'une refonte de la mise en état des affaires pénales, elle manque, à nos yeux, de pertinence en l'absence d'une restructuration d'ensemble de la phase préparatoire du procès pénal.

969. Envisager un éclatement du statut de suspect en fonction du cadre procédural : une solution peu pertinente -. Pour tenir en échec les problématiques soulevées par la possible coexistence des statuts procéduraux au cours de l'information judiciaire, une solution pourrait être recherchée dans l'« éclatement » du statut de suspect en fonction du cadre procédural des investigations. Il s'agirait finalement de faire dépendre la consistance des droits accordés au suspect du cadre dans lequel se déroulent les investigations. Une telle équation n'est d'ailleurs pas inédite mais s'observe déjà dans les articles 77-2 et 706-105 du CPP, qui accordent des droits de la défense « complémentaires » au suspect soumis à une enquête préliminaire d'une certaine durée.

²³⁰¹ Sur le contrôle et la sanction des mises en examen tardives, V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°1739 et s., pp. 1163 et s.

970. Une telle solution manque, à notre avis, de pertinence. D'une part, parce qu'il ne s'agirait plus ici d'un renforcement des droits du suspect à l'issue de l'enquête (C.P.P., article 77-2) ou lorsqu'elle se prolonge au-delà d'une certaine durée (C.P.P., article 706-105) mais de reconnaître au suspect dans l'enquête des droits comparables à ceux du mis en examen. A défaut, la solution ne remédierait aucunement à la dissymétrie des droits de la défense en fonction du cadre des investigations. C'est, à nouveau, poser la question d'une assimilation de deux statuts procéduraux différents. Finalement, si cette proposition pallie l'asymétrie des droits de la défense selon le cadre procédural des investigations, elle accroît les confusions lorsque l'on envisage le système dans son ensemble. D'autre part, cette solution paraît peu pertinente dès lors qu'au stade de l'enquête, et donc de l'octroi du statut de suspect, on ne peut anticiper l'ouverture d'une information judiciaire. Si l'acquisition du statut de suspect au stade de l'enquête devait ne pas reposer sur les mêmes critères que celui de mis en examen dans l'information judiciaire, on ne voit pas comment s'articuleraient « dans le temps » les droits procéduraux de la personne mise en cause. Songeons à la situation dans laquelle lors de l'information judiciaire qui succède à une enquête préliminaire d'une certaine durée, le juge d'instruction n'estime pas que les indices réunis à l'encontre du suspect sont suffisants pour imposer sa mise en examen.

Si, eu égard à la mutation de la mise en état des affaires pénales, l'asymétrie des droits des personnes mises en cause en fonction du cadre procédural est discutable, toute solution favorable à un renforcement substantiel des garanties du suspect dans l'enquête se heurte au risque de multiplier les confusions et les incohérences lorsque l'on observe le système dans sa globalité. Ce risque est d'autant plus grand qu'un renforcement conséquent des droits du suspect ne sera probablement pas sans implication sur le statut du plaignant.

b) Concernant le plaignant

971. Le rapprochement consécutif des statuts du plaignant -. L'observation des évolutions du droit français montre que, par souci d'équilibre entre les droits des personnes concernées, tout renforcement des garanties de la personne mise en cause s'est accompagné d'une consolidation des garanties des plaignants, que ce soit au cours de l'information judiciaire ou de l'enquête de police²³⁰². Il est donc probable que tout

²³⁰² V. *Supra*, n°129 et s.

nouvel accroissement des droits du suspect dans l'enquête se doublera d'une confirmation des droits de la victime non constituée partie civile²³⁰³. Si tel était effectivement le cas, s'ajouterait donc au rapprochement des différents statuts des personnes mises en cause celui des statuts de plaignant.

972. Il est vrai que le rapprochement du statut du plaignant dans l'enquête avec celui de partie civile ne soulèverait pas exactement les mêmes problématiques. En particulier, le risque d'un enchevêtrement de ces statuts au stade de l'information judiciaire est moins saillant puisque le plaignant a l'initiative de l'acquisition du statut de partie civile. En revanche, la cohérence d'un système qui fait coexister deux statuts différents se confondant interrogerait nécessairement.

973. Pleinement justifiées au regard du déclin de l'information judiciaire et le recul des droits qu'il emporte, les propositions les plus ambitieuses soulèvent donc de nombreuses questions parce qu'elles engendrent un risque de rapprochements et de confusions, qui ne faciliteraient ni la lisibilité ni la cohérence du système vu dans son ensemble. L'affirmation de la juridictionnalisation de l'enquête soulève des difficultés de la même nature.

2) Les perturbations engendrées par la juridictionnalisation accrue de l'enquête

974. La plupart des propositions visant à améliorer significativement la situation du suspect impliquent une juridictionnalisation plus aboutie de l'enquête, durant son

²³⁰³ La lecture des contributions aux travaux de la Commission Beaume démontre d'ailleurs que cette logique est régulièrement partagée par la doctrine, la société civile et les organisations représentant la profession d'avocats. Par exemple, Monsieur Danet a proposé, sur un modèle assez semblable à celui envisagé pour le suspect, que « le plaignant, un an après sa plainte », puisse consulter le dossier de l'enquête et soit autorisé « à discuter les éléments d'enquête »²³⁰³. L'auteur a aussi estimé que le plaignant devrait également bénéficier de certains droits découlant, pour le suspect, de l'accès au dossier partiel ou intégral de la procédure : demande d'acte, fixation d'un calendrier de la procédure, requête en annulation (J. DANET, « Pour de nouvelles règles introduisant la contradiction en phase d'enquête », préc., p. 3). Dans le même esprit, l'INAVEM a considéré que tout renforcement des droits du suspect durant l'enquête devra s'accompagner d'une affirmation des garanties de la victime, au risque d'un déséquilibre jugé inacceptable. Celle-ci devrait par exemple bénéficier, si ces droits étaient reconnus au suspect, de la possibilité de solliciter la réalisation d'investigations complémentaires auprès des services enquêteurs ou du procureur (INAVEM, « Le droit au contradictoire de la victime dans le cadre de l'enquête pénale », préc., pp. 3-4). La contribution du Conseil National des Barreaux va encore plus loin en proposant que « toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit [puisse] se constituer partie civile auprès du procureur de la République afin que soit diligentée une enquête et bénéficier des droits attachés à cette qualité [...]. En cas de refus d'attribution du statut de partie civile, la personne [devrait avoir le droit] de contester cette décision dans le mois suivant la notification de ce refus » devant le JLD (CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, « Contribution du Conseil National des Barreaux aux réflexions de la Commission chargée de la réforme de l'enquête pénale », préc., pp. 10-11). Le rapport de la Commission Beaume avait, en revanche, écarté l'idée d'une « absolue égalité » entre le suspect et la victime rappelant notamment la position fondamentalement différente entre le suspect et le plaignant et relevant que les droits dont il dispose, pour perfectibles qu'ils puissent être, étaient déjà « incomparablement plus protecteur que dans aucun autre pays européen » (J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., pp 16 et s.).

cours ou à sa clôture. Indépendamment des contraintes matérielles auxquelles elles exposent, ces propositions risquent d'accentuer la confusion des fonctions judiciaires (a) et de dénaturer l'enquête de police (b).

a) Le risque d'une accentuation des confusions organiques et fonctionnelles

975. Un phénomène observable -. L'évolution de la mise en état des affaires pénales depuis le Code d'instruction criminelle témoigne d'un délitement de la conception stricte de la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction, entendue comme impliquant un « uni-fonctionnalisme organique »²³⁰⁴ : ces deux fonctions sont concentrées entre les mains d'un (ou de plusieurs) organe(s)²³⁰⁵ et donc éclatées. Si le phénomène n'est donc pas inédit, toute la question est de savoir si l'on souhaite accroître ces confusions organiques et fonctionnelles, en développant la juridictionnalisation de l'enquête à sa clôture ou durant son cours.

976. Le bouleversement de la fonction de poursuite -. Le risque d'un bouleversement de la fonction de poursuite, telle qu'elle est classiquement conçue en France, a été souligné à propos des propositions tendant à l'instauration d'une phase juridictionnalisée et contradictoire à l'issue de l'enquête. La lettre de mission de la Commission Beaume l'avait conviée à s'interroger sur la nécessité « de prévoir, à l'issue de la décision du parquet sur l'action publique, une audience de mise en état visant, lorsque le parquet à décider d'engager des poursuites, à orienter, de façon contradictoire, la procédure »²³⁰⁶. Lors de ses travaux, l'Union Syndicale des Magistrats s'était vigoureusement opposée à de tels ajustements, estimant que le système existant était équilibré et satisfaisant, tant sur le plan des principes que d'un point de vue opérationnel²³⁰⁷. L'USM avait également fait observer que « l'orientation des

²³⁰⁴ L'expression est empruntée à Monsieur Jeanne in *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, n°536, p. 524.

²³⁰⁵ Selon l'acception que l'on retient de la notion de « poursuites » (V. *Supra*).

²³⁰⁶ Lettre de mission, préc., p. 3. De telles propositions rappelleraient, par certains aspects seulement, celles de Madame le Professeur Matsopoulou, préconisant l'introduction d'un véritable débat contradictoire devant un juge indépendant à l'issue des enquêtes, quelle que soit leur durée. L'auteur avait cependant immédiatement précisé que seul « le débat contradictoire, portant sur l'orientation du procès pénal, [...] devrait être présidé par un juge indépendant », celui-ci ne se « substitu[ant], en aucun cas, au magistrat du parquet quant à l'exercice de l'action publique et quant au recours aux alternatives aux poursuites ou à la composition pénale » (H. MATSPOULOU, « Quelle étendue de la juridictionnalisation ? », préc., spéc. pp. 81-82.

²³⁰⁷ USM, « Mission visant à réformer l'architecture de l'enquête pénale – Observations de l'USM », préc., pp. 18 et s. (Elle avait a rappelé que bien qu'investi du pouvoir d'apprécier en opportunité la nécessité d'une poursuite et de décider, parmi la palette des réponses pénales existantes, celle qui paraît la plus appropriée à la gravité des faits et la personnalité de l'auteur, le parquet ne disposait pas d'une entière liberté d'action. La liberté que lui confère le principe d'opportunité des poursuites est en effet encadrée par la loi, qui délimite le champ d'application des différents modes

procédures rel[evait] du pouvoir décisionnaire du parquet, en lien avec le principe général de l'opportunité des poursuites » et que le lui retirer reviendrait de fait à lui dénier une prérogative en lien avec sa qualité de magistrat et caractéristique de l'institution²³⁰⁸.

La Commission Beaume a finalement écarté toute évolution en ce sens, estimant qu'indépendamment des difficultés matérielles, elle « constituerait une substitution au pouvoir propre du ministère public dans son cœur de métier »²³⁰⁹ et viendrait, consécutivement, perturber l'application de la politique pénale déterminée par le gouvernement dont les représentants du ministère public sont les relais à l'échelle de leur ressort²³¹⁰.

977. L'instauration d'une phase juridictionnalisée devant un juge neutre à l'égard des investigations risque corrélativement de raviver les discussions qu'engendre chez certains auteurs, le cumul des fonctions entre les mains du magistrat instructeur. Si certains y voient une incompatibilité ou « une ambiguïté fondamentale »²³¹¹ parce que « dans ses fonctions juridictionnelles, [le juge d'instruction] doit jouer un rôle d'arbitre neutre [alors que] la logique même des investigations lui impose de bâtir des hypothèses sur la culpabilité des uns et l'innocence des autres »²³¹², d'autres estiment, au contraire, que le juge qui a instruit est le mieux placé pour statuer à l'issue des investigations²³¹³. Ils relativisent ainsi la contestation portant sur l'antagonisme de sa double fonction²³¹⁴.

de traitement envisageables – lorsqu'elle ne le contraint pas à l'ouverture d'une information judiciaire (C.P.P., article 79) – et s'exerce en conciliation avec les droits de la défense. Dès lors que toute procédure simplifiée implique l'accord explicite ou implicite de la personne mise en cause, son refus oblige nécessairement le procureur à réorienter le dossier).

²³⁰⁸ *Ibid.*

²³⁰⁹ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 76.

²³¹⁰ *Ibid.*

²³¹¹ P. LEGER (sous la dir.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, *op. cit.*, p. 7 ; V. ég., J.-R. LECERF et J.-P. MICHEL, *Rapport d'information n°162*, préc., spéc. p. 14 (Les rapporteurs y indiquent que si la confusion des fonctions d'enquête et juridictionnelle est moins marquée depuis le transfert des décisions de placement et du contentieux relatif à la détention provisoire, « [d]emeure, il est vrai, la compétence relative au renvoi devant la juridiction de jugement, qui peut apparaître, à bien des égards, comme un acte de mise en accusation).

²³¹² M. DELMAS-MARTY (sous la prés.), *La mise en état des affaires pénales*, *op. cit.*, p. 122 ; V. ég., E. GARÇON, « Sur la question de l'instruction préalable contradictoire », *Bull. de l'Union Internationale de Droit pénal*, Vol. X, 1902, p. 287 ; R. GARRAUD, *Bull. de l'Union Internationale de Droit pénal*, Vol. IX, pp. 199-200 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, « La réforme de l'instruction préparatoire. Conférence faite au Mouvement Nationale Judiciaire le 20 mai 1949 », *RSC* 1949, pp. 499-500 ; Pour un aperçu de ces différentes discussions, V., N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, *op. cit.*, n°542, p. 522.

²³¹³ J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°12, p. 32 ; V. ég., V. MALABAT, « L'avant-projet du futur code de procédure pénale : refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale ? », *AJ pén.* 2010, p. 162 (Commentant l'avant-projet, l'auteur fait observer que selon ses dispositions, le parquet se voit confier non seulement les pouvoirs d'enquête du juge d'instruction mais également des pouvoirs juridictionnels puisque c'est lui qui décide de l'issue de l'enquête. Madame le Professeur Malabat ajoute cependant « [s]ans doute est-il difficile de séparer ces deux fonctions », précisant *in fine* que ce cumul a été suffisamment reproché au juge d'instruction « pour qu'on ne puisse l'admettre sur la tête du ministère public »).

²³¹⁴ Relevons toutefois que si l'auteur rappelle les circonstances qui ont conduit à la suppression de la chambre du conseil en juillet 1856 – celle-ci jouait un « rôle dérisoire » puisque le juge d'instruction, qui connaissait le dossier, « dict[ait] sa loi [et] impos[ait] sa volonté », il note cependant que « [on aurait] pu conserver la chambre du conseil en

Le caractère suffisamment contradictoire du règlement de l'information judiciaire n'est certes pas discutable, ce qui le distingue de la clôture de l'enquête. La loi n°2007-291 du 5 mars 2007 l'a, d'ailleurs, à tel point renforcé que certains auteurs ont redouté une « instruction sans fin »²³¹⁵ voire « la fin de l'instruction »²³¹⁶.

Toute proposition consistant à confier la décision d'orientation à l'issue d'une enquête à un juge « neutre » aviverait cependant la question de l'ambiguïté des fonctions du juge d'instruction. En effet, si on délie la fonction de l'orientation de la procédure de celle des investigations parce que l'on estime que le procureur n'a pas la neutralité suffisante pour ce faire, la logique voudrait que le législateur ôte au juge d'instruction son pouvoir de décider des suites données à l'issue de l'information. Sur ce point, sa situation n'est pas différente de celle du procureur. Ce serait alors promouvoir une distribution des rôles plus proche de celle qui était envisagée par le Code d'instruction criminelle²³¹⁷. Ses défauts, qui avaient amené le législateur à supprimer la chambre du conseil et à confier ses fonctions juridictionnelles au juge d'instruction²³¹⁸, devraient conduire à confier à un juge unique, distinct du juge d'instruction, la charge de décider des suites données à la procédure²³¹⁹.

Si on peut imaginer que ce nouveau juge soit également celui qui décide des suites données à la procédure à l'issue d'une enquête de police, cette solution entraînerait un « dépeçage » des attributions du juge d'instruction, qui aviverait la question de son maintien.

A l'inverse, si nous devons admettre, comme Monsieur le Professeur Pradel, que le magistrat qui suit les investigations est le plus à même d'orienter la procédure, cette conclusion devrait également s'imposer pour le procureur.

L'analyse de la proposition au travers des attributions du juge d'instruction conduit soit à considérer qu'une telle juridictionnalisation ne sera pas sans incidence sur le système dans son ensemble, soit à admettre qu'elle n'est pas nécessairement pertinente.

la constituant d'un juge unique différent du juge d'instruction », de telle sorte que les fonctions du magistrat instructeur aurait toujours été « dépeçée » de la fonction juridictionnelle. Monsieur le Professeur Pradel ajoute d'ailleurs que cette solution s'applique en Belgique, où elle semble faire consensus (*Ibid.*, n°10, p. 30).

²³¹⁵ C. GUERY, « Une instruction sans fin », préc. ; V. ég., C. GUERY, « De la vérité absolue à la clarification préalable : pour une nouvelle définition des missions du magistrat instructeur », *AJ pén.* 2010, p. 425.

²³¹⁶ C. GUERY, « La fin de l'instruction », préc.

²³¹⁷ V. not., J. PRADEL, *Procédure pénale, op. cit.*, n°10, p. 30 ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°34, p. 23.

²³¹⁸ V., *Supra*, n°17.

²³¹⁹ J. PRADEL, *Procédure pénale, op. cit.*, n°10, p. 30.

978. La confusion de la fonction d'investigation -. Les aménagements ponctuels consistant à juridictionnaliser davantage l'enquête de police en permettant au suspect, durant celle-ci ou à son issue, de recourir à un juge en cas de refus du procureur de faire procéder à des investigations complémentaires soulève également la question d'une nouvelle dilution de la fonction d'instruction. Monsieur Capdepon a fait observer que toute possibilité pour le suspect de recourir à un juge à cette fin peut être discutée en raison des questions qu'elle soulève incidemment²³²⁰. En effet, cette évolution impliquerait de trancher l'épineuse question de savoir quelle autorité doit être chargée de procéder ou de faire procéder aux actes d'investigation sollicités par la défense. La Commission Beaume a formulé la même observation, indiquant que toute proposition visant à juridictionnaliser l'issue de l'enquête et à permettre à la défense de solliciter des investigations complémentaires à ce stade « induira[it] nécessairement une confusion supplémentaire entre les divers intervenants judiciaires »²³²¹.

979. Deux solutions sont en effet envisageables. La première consisterait à permettre au juge « de l'enquête » d'enjoindre au procureur de la République de faire exécuter les actes sollicités, jugés opportuns. Tant Monsieur Capdepon que la Commission Beaume ont rejeté cette première option qui « constituera[it] une atteinte illégitime à l'indépendance du ministère public à l'égard du siège »²³²². Elle inspirerait également des inquiétudes sur le soin apporté par le parquet à la réalisation de ces actes, qu'il aurait jugé inopportuns. Le risque d'inertie du procureur impliquerait donc de prévoir que le juge puisse, exceptionnellement, procéder ou faire procéder à ces actes²³²³. L'autre solution consisterait à permettre à ce juge de procéder ou de faire procéder aux actes sollicités directement, ce qui aurait pour effet de le « transformer » en juge d'instruction²³²⁴. Deux remarques peuvent être formulées à ce propos.

²³²⁰ Y. CAPDEPON, « Quel place pour le suspect ? », préc., spéc. p. 116.

²³²¹ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 76.

²³²² *Ibid.* ; Y. CAPDEPON, « Quel place pour le suspect ? », préc., spéc. p. 116 ; V. ég. J. LEBLOIS-HAPPE, « Plaidoyer pour la légalité des poursuites », préc. (Commentant les propositions du Rapport dit « Léger », l'auteur notait que « le juge de l'enquête et des libertés se voit certes reconnaître un pouvoir d'injonction à l'égard du parquet », ajoutant que « l'indépendance [de ce dernier] à l'égard des juridictions est donc largement entamée »).

²³²³ J. PRADEL, « La disparition du juge d'instruction dans l'avant-projet du futur code de procédure pénale », *D.* 2010, p. 293 ; Une telle solution avait été envisagée par le Groupe pénal du Syndicat de la Magistrature dans le contexte, tout à fait différent de la restructuration de la mise en état des affaires pénales consécutive à une éventuelle remise en cause du principe de l'unité de corps (V. *Supra*). Dans le même esprit, l'avant-projet de futur Code de procédure pénale avait prévu, pour pallier le risque d'inertie du parquet, que le juge de l'enquête et des libertés (JEL) puisse saisir la chambre de l'enquête et des libertés (CEL) aux fins d'évocation (Avant-projet du futur Code de procédure pénale, articles 343-6 et 343-7).

²³²⁴ Y. CAPDEPON, « Quel place pour le suspect ? », préc., spéc. p. 116 ; J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 75.

980. Confier à un juge « de l'enquête », investi de nouvelles attributions, le pouvoir de procéder ou de faire procéder à ces investigations supplémentaires n'apparaît pas en soi contestable. Certes, cela induirait une nouvelle entorse à une conception rigide, mais déclinante, du principe de séparation des fonctions judiciaires. Comme l'a démontré la doctrine publiciste à propos de la séparation des pouvoirs²³²⁵, considérer que la séparation des fonctions judiciaires implique le cantonnement de chacun des organes dans une unique fonction est le meilleur moyen de parvenir à un résultat inverse de celui qui est classiquement recherché²³²⁶ : la garantie de la liberté individuelle en favorisant les contrôles mutuels des autorités judiciaires les unes sur les autres – les excès, les erreurs, les lacunes des unes peuvent alors être redressées par l'intervention d'une autre – et favorisant, par là même, l'impartialité de la décision rendue²³²⁷. Comment, en effet, pourrait-il y avoir un contrôle et, le cas échéant, un redressement des excès, des erreurs ou des lacunes de l'une, si l'autorité investie de la mission d'y pallier ne disposait pas également de la fonction de l'autorité sur laquelle elle exerce son contrôle ? Concevrait-on, par exemple, d'ôter à la juridiction de jugement son pouvoir d'instruction à l'audience et, le cas échéant, d'ordonner un complément d'information ? Comme l'écrit Monsieur Jeanne si l'on veut faire d'une autorité, une autorité de contrôle de la procédure antérieure, capable de corriger les éventuels carences et errements de celle-ci et de garantir à la décision davantage de justesse, il faut nécessairement lui octroyer les moyens d'y procéder²³²⁸. En définitive, nous pourrions probablement emprunter, à propos de la séparation des fonctions judiciaires, la formule de Kelsen

²³²⁵ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, *op. cit.*, n°546, p. 534 (L'auteur rappelle en particulier qu'Eisenmann a démontré que la doctrine politique de Montesquieu, qui souhaite parvenir à un système dans lequel le pouvoir arrête le pouvoir, ne commande pas un principe positif de répartition des fonctions constitutionnelles consistant dans la spécialisation d'un organe, puisqu'une telle ingénierie serait « un prodigieux monument d'absurdité » (C. EISENMANN, « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs » in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Topos Verlag AG et Librairie Edouard Duchemin, Vaduz (Liechtenstein) et Paris, 1977, p. 175). Comment, en effet, des organes spécialisés dans une fonction pourrait-il s'arrêter l'un l'autre ? « [N]'est-ce pas une vérité d'évidence que deux organes ne peuvent s'arrêter l'un l'autre en ce sens – régulièrement s'entend – que si et dans la mesure où ils sont appelés à consentir tous deux, sous une forme quelconque, à une même décision, c'est-à-dire où ils exercent conjointement la même fonction pour le règlement de la même matière, et cela va de soi, dans la même collectivité ? Si l'on confie à deux organes des fonctions différentes, c'est-à-dire s'ils sont appelés uniquement à prendre seuls, valablement et définitivement – sous réserve de leur régularité, – des décisions juridiquement différentes, ils ne pourront pas par hypothèse même, s'empêcher mutuellement : ne se mouvant pas dans le même plan, comment pourraient-ils manifester des volontés équivalentes – et également valables – de sens contraire ? ». Aussi, « entre l'idée de spécialisation fonctionnelle, a fortiori de séparation fonctionnelle, et l'idée d'empêchement mutuel, il y a incompatibilité logique absolue » (*Ibid.*). En définitive, indique Monsieur Jeanne, « la doctrine de Montesquieu un principe négatif plus modeste de non-cumul de plusieurs fonctions entre les mains d'un même organe. Elle n'interdit donc pas qu'une fonction soit dévolue à un organe complexe. Bien au contraire, en tenant compte de la hiérarchie des fonctions, il convient que l'organe de la fonction inférieure soit titulaire de la fonction supérieure, ceci afin d'établir un mécanisme correcteur de la hiérarchie naturelle des fonctions »).

²³²⁶ *Ibid.* n°547, p. 535.

²³²⁷ V. not., P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, 2002, p. 47 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 7, p. 27 ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°292, pp. 197-198.

²³²⁸ N. JEANNE, *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public*, *op. cit.*, n°547, p. 535.

relative à la séparation des pouvoirs²³²⁹ : le principe séparatiste doit davantage contribuer à la lutte contre la concentration des pouvoirs plutôt qu'à leur stricte séparation.

981. Le problème n'est donc pas tant celui du partage d'une même fonction entre différents organes de la procédure que celui de la multiplication des organes disposant d'une même fonction. En effet, si cette option devait s'imposer, le pouvoir d'ordonner des investigations serait partagé, suivant le cadre procédural, entre le procureur, un « juge de l'enquête » - voire, le cas échéant, la chambre de l'instruction -, le juge d'instruction et la chambre de l'instruction. Or, la multiplication des autorités investies d'une même fonction ajouterait certainement à la lisibilité d'un système manquant déjà de cohérence en l'état. A terme, cette illisibilité grandissante militerait certainement en faveur d'une remise en cause de la structuration actuelle de la mise en état au profit d'une nouvelle distribution des rôles, plus claire et plus cohérente. La question mérite à plus forte raison d'être posée qu'une juridictionnalisation plus poussée de l'enquête aurait *in fine* pour effet de la dénaturer en la rapprochant davantage de l'information judiciaire.

b) La dénaturation de l'enquête

982. La question de la dénaturation de l'enquête de police consécutive à une affirmation des attributions du juge à ce stade de la procédure a été relevée par différents auteurs, que ce renforcement concerne la possibilité d'accéder au juge pour solliciter de lui la réalisation d'investigations complémentaires ou pour mettre en cause une autorisation donnée ou la régularité d'un acte dès cette phase.

983. La dénaturation de l'enquête par la consécration d'un droit de solliciter auprès du juge des investigations complémentaires -. Dans son étude consacrée à la juridictionnalisation de l'enquête, Monsieur Capdepon souligne le risque d'une dénaturation profonde de cette phase de la procédure si le suspect devait acquérir le droit de solliciter du juge, après un refus du parquet ou directement, la réalisation d'investigations complémentaires²³³⁰. L'auteur indique que la juridictionnalisation de l'enquête ne peut être que plus limitée que celle de l'information judiciaire compte tenu de sa nature non-juridictionnelle²³³¹. Elle se résume à une intervention sporadique du

²³²⁹ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, LGDJ et Bruylant, Paris, 1997 (réimpression de l'édition parue en 1945 à New-York aux éditions Russell and Russell Publishers), p. 330.

²³³⁰ Y. CAPDEPON, « Quel place pour le suspect ? », préc., spéc. p. 116.

²³³¹ *Ibid.*, spéc. p. 101 et s.

juge, saisi par le procureur préalablement à la mise en œuvre d'une mesure de contrainte et sans réel égard pour la défense du suspect. Or, la possibilité pour le suspect de solliciter du juge la réalisation d'actes d'investigation « modifier[ait] en profondeur la physionomie de l'enquête en lui faisant perdre sa nature unilatérale [...] au risque de faire définitivement perdre toute utilité à la phase d'instruction »²³³². L'auteur ajoute que si « la réalisation de l'acte par la police sous l'autorité du parquet doit [...] être exclue car la séparation des pouvoirs et des fonctions semble interdire que le juge puisse enjoindre au parquet ou à l'administration policière de réaliser tel ou tel acte d'enquête », l'option consistant à permettre au juge de l'enquête de s'en charger lui-même n'est pas davantage envisageable. Sauf à se confondre avec la juridictionnalisation de l'information judiciaire et à transformer ce juge « de l'enquête » en juge d'instruction, la juridictionnalisation de l'enquête doit demeurer, conclut-il, à une juridictionnalisation de contrôle et le juge de l'enquête rester passif ou, en tout cas, être dépourvu de tout pouvoir d'enquête²³³³.

984. La dénaturation de l'enquête par la consécration d'un droit de contester, dès l'enquête, la régularité des actes réalisés -. Le risque de dénaturer l'enquête de police a également été souligné à la suite des décisions du Conseil constitutionnel, précédemment envisagées, paraissant faire émerger puis consacrer le droit à un recours juridictionnel effectif dès cette phase de la procédure²³³⁴.

985. Tout en saluant cette décision, qui illustre « la volonté du Conseil de garantir plus effectivement le droit au recours durant l'enquête »²³³⁵, certains observateurs ont douté de la pertinence de cette solution, en considération de la situation chronologique de l'enquête par rapport à l'exercice de l'action publique. En ce sens, Monsieur Capdepon s'est demandé si le Conseil constitutionnel « n'en fai[sait] pas ici un peu trop »²³³⁶, l'auteur s'interrogeant sur « l'intérêt, pour le suspect, de remettre en cause l'autorisation donnée par le juge (ou bien la régularité de l'acte) préalablement à la mise en mouvement de l'action publique » puisque « [t]ant qu'il n'y a pas de poursuite, l'acte de procédure ne sert de support à rien du tout, ce qui veut dire que même si l'ordonnance est annulée, cela ne modifie en rien la situation juridique du suspect puisque ce dernier ne fait l'objet d'aucune poursuite »²³³⁷. Et de préciser que « [s]ur le plan juridique, le recours ici offert au suspect l'est en dépit de tout intérêt à agir [- qui

²³³² *Ibid.*, spéc., p. 116.

²³³³ *Ibid.*

²³³⁴ V., *Supra*, n°513.

²³³⁵ Y. CAPDEPON, « Quel place pour le suspect ? », préc., spéc. p. 113.

²³³⁶ *Ibid.*

²³³⁷ *Ibid.*

se définit, selon Messieurs les Professeurs Cadiet et Jeuland, comme l'avantage ou l'utilité juridique que le plaideur peut retirer de l'exercice de son action -], condition *sine qua non* de toute action. Tant que l'on est dans le cadre de l'enquête et qu'il n'y a pas encore de poursuite, le suspect n'a aucun intérêt à disposer d'un recours contre les décisions du juge ou contre les actes qui en sont la conséquence »²³³⁸. Il conclut que « [c]'est ce qui explique que le phénomène de juridictionnalisation de l'enquête ne laisse une place au suspect que dans le cadre des phases ultérieures du procès pénal [...] parce qu'à ce moment-là, le suspect a tout intérêt à contester l'autorisation judiciaire qui a été donnée ». La Commission Beaume a relevé le même paradoxe, jugeant « curieux d'ouvrir un droit de se plaindre alors que l'acte n'a pas été suivi de poursuite »²³³⁹.

986. Cette remarque peut toutefois être relativisée. Il est permis de considérer que la personne qui a fait l'objet d'une mesure attentatoire à ses droits peut trouver quel qu'intérêt moral à contester ce qu'elle estime constituer une atteinte illégitime à ses libertés. Au surplus, elle trouverait sans doute un intérêt à anticiper les suites de la procédure en contestant la régularité d'un acte dont elle a fait l'objet et en cherchant, par là même, à en obtenir immédiatement l'annulation. Cette situation n'est pas inconnue du droit positif. En effet, en reconnaissant au témoin assisté le droit de soulever des nullités, le législateur a permis à une personne qui n'est pas partie à la procédure en cours, et qui ne sera peut-être jamais poursuivie, de requérir l'annulation d'un acte ou d'une pièce la concernant.

987. La solution qui consisterait à juridictionnaliser davantage l'enquête de police – ce que la Cour européenne n'impose pas, à nos yeux²³⁴⁰ - n'en reste pas moins discutable pour la dénaturation de l'enquête et la dilution des garanties qu'elle pourrait induire. Nous partageons l'opinion de Monsieur Capdepon qui estime que si « un renforcement de la juridictionnalisation de l'enquête dans le sens d'une plus grande prise en considération du suspect est possible sur certains points [,] il faut se montrer très prudent, et s'en tenir à ce qui est strictement nécessaire à ce stade particulier de la procédure pénale »²³⁴¹. En effet, « [à] défaut, le risque est de dénaturer totalement la procédure d'enquête et de lui faire perdre toute spécificité par rapport à la procédure d'instruction préparatoire. Et, si l'on souhaite réellement s'engager dans cette voie, il faut alors le dire clairement et en tirer la conséquence inévitable qui est la suppression du juge d'instruction. Sans doute alors [toute] réflexion sur la juridictionnalisation de

²³³⁸ *Ibid.*

²³³⁹ J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, préc., p. 42.

²³⁴⁰ V. *Supra*, n°672 et s.

²³⁴¹ Y. CAPDEPON, « Quel place pour le suspect ? », préc., spéc. p. 117.

l'enquête montre-t-elle qu'avant de se poser de nouvelles questions sur ce que pourrait être l'enquête de demain, il faudrait peut-être résoudre une bonne fois pour toute la vieille question qui est de savoir ce que l'on veut faire de notre procédure d'instruction »²³⁴². C'est, une nouvelle fois, faire observer que sauf à risquer de perturber l'ensemble et à interroger la pérennité de la structuration actuelle de la mise en état des affaires pénales, le renforcement du rôle du juge dans l'enquête ne peut être envisagé qu'avec une certaine retenue.

988. La logique qui imprime les propositions visant à renforcer substantiellement les garanties de la personne mise en cause révèle sans doute leur principal défaut. Celles-ci sont en effet sous-tendues par l'ambition de compenser la fragilité de la situation du suspect dans l'enquête, avec à l'horizon les garanties offertes par l'information judiciaire. Certes, la volonté de remédier à un déséquilibre des droits n'est pas critiquable. L'enquête supplante désormais, dans une grande majorité des cas, l'information judiciaire, rendant l'insuffisance des garanties de la défense offertes par l'enquête difficilement soutenable. L'observation des standards européens invite, au demeurant, à remédier à cette situation qui laisse, pour l'heure, exister des hypothèses dans lesquelles la préservation de l'équité de la procédure peut être mise à mal par la fragilité des droits acquis en amont d'un renvoi en jugement. Toutefois, la voie consistant à prendre appui sur les garanties offertes par l'information judiciaire se heurte à d'épineuses interrogations. La logique de « compensation » des fragilités observées conduirait à des rapprochements et à des confusions. Or, à trop vouloir rapprocher les différents cadres de l'investigation et des statuts, c'est à terme la question de la restructuration de la mise en état des affaires pénales qui se posera certainement. Pour quelles raisons en effet, hormis la tradition²³⁴³, conserverait-on deux cadres procéduraux différents mais se confondant ?

989. La pérennité de la structuration actuelle de la mise en état des affaires pénales conduirait donc à privilégier une réarticulation *de jure* des cadres de l'investigation. Avec celle-ci, il ne s'agit plus de compenser les fragilités de l'enquête en améliorant son fonctionnement mais de remédier à ses défaillances en articulant harmonieusement les cadres procéduraux existants. Les standards européens ne s'y opposent pas, l'acquisition progressive des droits acquis n'étant pas condamnable pour autant que l'équité de la procédure soit préservée. L'option consistant à les réarticuler par référence au degré de suspicion paraît la plus pertinente et la plus logique sur le plan des droits parce qu'elle lie leur consistance à l'intensité des indices réunis à l'encontre de

²³⁴² *Ibid.*

²³⁴³ Sur le poids de la tradition, V. not., P. BONFILS, « Faut-il changer la procédure d'instruction », *D.* 2010, p. 158.

l'intéressé. Cependant, si cette option permet *prima facie* de répondre aux difficultés actuelles en préservant les particularités des cadres policier et judiciaire de l'investigation²³⁴⁴, sa mise en œuvre ne serait pas, à nos yeux, exclusive de toute interrogation sur le maintien de la structuration de l'avant-procès.

B. Les perturbations engendrées par une réarticulation *de jure* fondée sur l'intensité de la suspicion

990. Le rappel de la proposition -. La réarticulation *de jure* fondée sur l'intensité de la suspicion consisterait à imposer au parquet de prendre une décision sur l'action publique dès la réunion d'indices graves et concordants de la participation d'un suspect à la commission d'une infraction. Aussi, lorsque les investigations doivent néanmoins se poursuivre, la solution préconisée devrait imposer au procureur de saisir le juge d'instruction. Corrélativement, puisque la saisine du juge d'instruction se justifierait essentiellement par l'impératif de sauvegarde des droits de la personne mise en cause, l'ouverture d'une information judiciaire contre personne non-dénommée serait cantonnée aux hypothèses dans lesquelles la victime entend contrer l'inertie du parquet. Les partisans de cette réarticulation envisagent cependant de permettre à un suspect, soumis à une enquête longue, de provoquer l'ouverture d'une information judiciaire²³⁴⁵. Cette proposition qui entend donc faire de l'intensité des indices la ligne principale de partage entre l'enquête de police aurait pour évident avantage de garantir à toute personne placée dans une situation comparable des garanties semblables, sans bouleverser les cadres d'investigation existants, c'est-à-dire sans faire de l'enquête de police une sorte d'avatar de l'information judiciaire. Cette proposition a, pour elle, l'avantage de la cohérence et assurerait une certaine stabilité du système en vigueur. Elle emporte cependant, à nos yeux, une évolution majeure des règles actuellement applicables, qui ne va pas sans soulever des interrogations.

991. La nécessité de préciser les termes de la proposition -. La mise en œuvre de ces propositions engendrerait probablement un empiètement des prérogatives du parquet, ou du juge de l'enquête selon les modalités retenues, sur des pouvoirs qui appartiennent aujourd'hui au juge d'instruction. L'appréciation de l'intensité des indices réunis à l'encontre de l'intéressé, qui s'effectue pour l'heure dans le cadre de l'information, serait alors réalisée par le magistrat du ministère public, ou le juge, puisque de cette intensité dépendrait l'ouverture d'une instruction. Ensuite, elle

²³⁴⁴ F. DESPORTES, « Mission relative à l'amélioration de l'enquête pénale », préc., pp. 3 et s.

²³⁴⁵ V. *Supra*, n°895 et s.

perturberait certainement l'actuelle règle d'une saisine *in rem* du magistrat instructeur. Excepté lorsque l'information serait ouverte à l'initiative de la victime pour pallier l'inertie du juge d'instruction, le juge d'instruction serait moins saisi pour instruire sur les faits, en conservant la possibilité de mettre officiellement en cause tout auteur, coauteur ou complice, que pour assurer la sauvegarde des droits d'une personne préalablement identifiée. Ce changement de paradigme conduit à un second questionnement : qu'advierait-il lorsque l'enquête a permis l'identification de différents protagonistes sans, pour autant, que les indices réunis à l'encontre de chacun d'eux aient la même intensité ? Le juge d'instruction devrait-il être saisi de l'ensemble de faits, conservant alors la possibilité de mettre officiellement en cause une autre personne impliquée dans la commission de celle-ci ? Cette option aurait finalement pour effet de partager la charge d'apprécier l'intensité des indices entre le procureur et le juge d'instruction. L'autre option, qui consisterait à saisir le juge uniquement aux fins de permettre à la personne à l'encontre de laquelle ont été réunis des indices suffisants préalablement à l'ouverture de l'information judiciaire de bénéficier d'une enquête contradictoire, n'est pas plus satisfaisante. Elle engendrerait un morcèlement de l'affaire, peu propice à une vision d'ensemble de la procédure et donc à l'efficacité des investigations. Aussi, les modalités de la mise en œuvre de cette proposition devraient être précisées pour, le cas échéant, assurer la lisibilité du système envisagé.

La proposition supposerait surtout d'accroître les pouvoirs d'investigation dans le cadre de l'enquête préliminaire (1), ce qui entraînerait certaines conséquences (2).

1) L'accroissement corrélatif des pouvoirs d'investigation dans le cadre de l'enquête préliminaire

992. L'extension des pouvoirs du parquet comme conséquence de la logique promue par la réarticulation *de jure* des cadres de l'investigation -. L'idée centrale de cette proposition est donc de faire reposer l'ouverture d'une information judiciaire sur la gravité et la pluralité des indices réunis à l'encontre d'un individu et, corrélativement, de ne l'imposer, en principe, que lorsque les droits de la défense de la personne concernée sont véritablement en cause. Monsieur Desportes rappelle que, selon cette approche, « ce qui doit déterminer la saisine du juge d'instruction (hormis le cas de la plainte avec constitution de partie civile), ce n'est pas la nature des investigations à effectuer mais le degré de mise en cause de la personne faisant l'objet

des investigations »²³⁴⁶ et donc, l'impératif de la sauvegarde de ses droits de la défense.

993. Puisque la saisine du juge d'instruction devrait essentiellement dépendre de l'intensité des indices réunis contre l'intéressé, le choix en faveur de cette recombinaison devrait s'accompagner d'un renforcement des pouvoirs d'investigation au stade de l'enquête. Suivant cette logique, aucune distinction ne devrait en effet demeurer sur le plan des pouvoirs entre l'enquête et l'information judiciaire, ce qui impliquerait consécutivement de renforcer le contrôle du JLD sur les actes d'investigation. Monsieur Desportes, qui a envisagé une telle extension des pouvoirs d'investigation en enquête²³⁴⁷, estime que cette évolution ne serait acceptable sans nouveau contre-poids. En particulier, les actes portant gravement atteinte à la vie privée, à l'image des écoutes téléphoniques, devraient « faire l'objet d'un contrôle dans la durée, attentif et constant »²³⁴⁸ ce qui signifierait, « d'une part, qu'un magistrat du parquet et qu'un juge des libertés et de la détention soient spécialement désignés pour en assurer le contrôle et, d'autre part, que l'un et l'autre aient à leur disposition un double du dossier de la procédure régulièrement tenu à jour de manière à ce que ce contrôle soit réel et effectif »²³⁴⁹. C'est, donc, *in fine* une normalisation du rôle du JLD qu'impliquerait cette solution.

994. L'extension des possibilités d'investigations impliquée par cette option -. Le rapprochement continu des cadres d'investigation *lato sensu* ces dernières années tempère l'étendue de l'extension des possibilités d'investigations impliquée par cette réarticulation *de jure*. En l'état du droit en vigueur, elle concernerait quelques actes seulement, actuellement indisponibles ou circonscrits dans le cadre de l'enquête.

Elle supposerait, d'abord, une réécriture des dispositions relatives aux perquisitions hors flagrance, de manière à permettre la mise en œuvre de telles mesures dans le cadre d'une enquête préliminaire à défaut du consentement de l'occupant des lieux, même lorsque la peine encourue est inférieure à cinq années d'emprisonnement.

Elle impliquerait également une extension du champ d'application des interceptions de télécommunications lesquelles peuvent être mises en œuvre, lors d'une enquête, que lorsque les faits sur lesquels elle porte relèvent de la délinquance et de la criminalité organisée (C.P.P., article 706-95) ou de la délinquance économique et

²³⁴⁶ F. DESPORTES, « Mission relative à l'amélioration de l'enquête pénale », préc., p. 7.

²³⁴⁷ *Ibid.* (L'auteur admet cependant que les investigations particulièrement attentatoires au droit au respect de sa vie privée ne devraient pouvoir se poursuivre au-delà d'une certaine durée dans le cadre d'une enquête. Il estime, par exemple, que la nécessité de poursuivre une écoute téléphonique au-delà d'un délai de huit mois nécessiterait la saisine du juge d'instruction de telle sorte que la prorogation de telles mesures pourrait constituer une autre exception au cantonnement de l'ouverture d'information contre personne non dénommée. Il y aurait là, une entorse à la logique même de la réarticulation envisagée, ce qui nuirait selon nous à la lisibilité du schéma proposé.

²³⁴⁸ *Ibid.*, p. 8.

²³⁴⁹ *Ibid.*

financière (C.P.P., articles 706-1-1 et 706-1-2). Elle supposerait pareillement de permettre leur prorogation au-delà du délai actuel d'un mois, renouvelable une seule fois (C.P.P., article 706-95). Dans le même esprit, la prorogation de sonorisations de lieux et de fixations d'images au-delà d'un délai de deux mois (un mois, renouvelable une fois par application de l'article 706-98, alinéa 1^{er}) devrait être rendue possible.

995. De prime abord, ces quelques évolutions paraissent s'inscrire dans le sens de l'histoire²³⁵⁰. Les implications de cet accroissement doivent toutefois être mesurées.

2) *Les implications de cet accroissement*

996. Ces ajustements participeront au rapprochement matériel, déjà observable, des cadres d'enquête *stricto sensu* et d'investigation *lato sensu*, qu'ils pousseront à leur paroxysme (a). Or, l'expérience montre qu'une telle dilution accentue le risque d'une certaine collusion entre les acteurs de l'investigation (b).

a) L'accentuation du rapprochement matériel des cadres d'investigation

997. L'accentuation du rapprochement matériel de l'enquête de flagrance et de l'enquête préliminaire -. L'enrichissement constant de l'enquête de police sur le plan des mesures d'investigation a participé à l'altération de l'opposition traditionnelle entre l'enquête de flagrance, coercitive, et l'enquête préliminaire, classiquement non coercitive, au profit d'un nouveau critère distinctif : celui de la possibilité, pour les enquêteurs, de recourir à la contrainte *proprio motu* ou non²³⁵¹. Les ajustements impliqués par la réarticulation *de jure* proposée auraient pour effet de rapprocher davantage encore l'enquête préliminaire de l'enquête de flagrance. En cela, ils ne feront probablement qu'aviver les discussions sur l'unification des cadres d'enquête et donc sur une nouvelle nomenclature des actes d'investigation²³⁵².

998. L'accentuation du rapprochement matériel des cadres d'investigation lato sensu -. De la même manière, l'enrichissement des possibilités d'investigation en enquête a participé du rapprochement matériel de l'enquête de police et de l'instruction.

²³⁵⁰ F. DESPORTES, « Mission relative à l'amélioration de l'enquête pénale », préc., p. 7.

²³⁵¹ V., *Supra*, n°31 et s.

²³⁵² V., *Supra*, n°817 et s.

Les ajustements impliqués par une réarticulation des cadres d'investigation fondée sur le degré de suspicion pousseraient cette dilution à son terme. Ils aviveraient, par là même, les discussions sur une unification de la mise en état des affaires pénales au profit d'une redistribution plus claire et plus lisible des rôles de chacun des acteurs de l'avant-procès. La question mérite d'autant plus d'être posée que le rapprochement matériel de l'enquête et de l'information accentue le risque d'une certaine « collusion », bien comprise, entre le procureur et le juge d'instruction.

b) Le risque d'une accentuation de la collusion des acteurs de la mise en état des affaires pénales

999. Nous ne reviendrons pas ici sur la critique récurrente dénonçant la gémellité ou l'esprit de corps qui unit les magistrats et placerait le procureur dans une situation privilégiée par rapport à la défense lors de l'instruction ou de la phase de jugement. Celles-ci justifient classiquement les propositions en faveur d'une remise en cause de l'unité de corps et donc, d'une recomposition d'ensemble de la mise en état des affaires pénales²³⁵³. C'est, en revanche, à l'accentuation de ce que Monsieur le Professeur Guinchard qualifie de « liaisons dangereuses » entre les juges d'instruction et les membres du parquet²³⁵⁴, qu'il convient de s'intéresser.

1000. « Le rapprochement spatial »²³⁵⁵ et le recours à des ressources communes -. Dans sa contribution au *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Monsieur le Professeur Guinchard insiste sur les conséquences, et les discussions qu'alimente, « l'idée [qui] a [désormais] fait son chemin de réunir en un même lieu et avec des moyens humains et matériels importants et en partie communs, juges d'instruction et membres du ministère public spécialisés » dans des questions particulières « afin de renforcer l'efficacité de la lutte contre [certains] type[s] de délinquance, souvent liée à des réseaux internationaux et d'une grande complexité juridique, économique et financière »²³⁵⁶. L'auteur cite l'exemple des pôles économiques et financiers, réunissant des juges et magistrats du parquet spécialisés, s'interrogeant sur l'impact de ce « rapprochement spatial » sur les relations entre ces différents magistrats : Il se demande ce qu'il « advient dans ces pôles et dans les faits, dans le quotidien de leur pratique, du principe de la séparation des autorités de poursuite et d'instruction, dans

²³⁵³ V., *Supra*, n°560.

²³⁵⁴ S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », préc., spéc., p. 268.

²³⁵⁵ *Ibid.*, p. 269.

²³⁵⁶ *Ibid.*

la mesure où ces deux organes du procès pénal travaillent en commun, dans les mêmes lieux et, surtout, avec les mêmes moyens », faisant alors référence aux assistants spécialisés²³⁵⁷.

1001. Le risque de collusion engendré par l'enrichissement des moyens d'investigation au stade de l'enquête -. La crainte d'une collusion entre les hommes de la poursuite et de l'instruction « qui mènent de concert les enquêtes et les instructions »²³⁵⁸ selon les termes de Monsieur le Professeur Guinchard, est confortée par les propos de certains praticiens expliquant les adaptations de la pratique judiciaire imposées par l'affirmation des possibilités d'investigations en enquête dans le cadre d'affaires complexes. Celles-ci tendent à parer aux risques engendrés, pour la manifestation de la vérité, par des investigations successives dirigées par des magistrats différents et répondant, le cas échéant, à des stratégies d'enquête différentes.

1002. L'expérience montre en effet que la multiplication des pouvoirs d'investigation dans le cadre de l'enquête de police n'est pas sans incidence sur la conduite de l'information judiciaire qui lui succède, à plus forte raison dans les affaires d'une certaine complexité²³⁵⁹. Les actes réalisés lors de l'enquête prédéterminent et conditionnent nécessairement la manière dont le juge d'instruction pourra ultérieurement conduire son information : plus l'enquête est longue et les investigations nombreuses et poussées, plus le magistrat instructeur perd finalement la maîtrise de la définition et de l'organisation des investigations²³⁶⁰. Cette circonstance questionne corrélativement la plus-value apportée par l'ouverture d'une information.

1003. Cette difficulté a été mise en lumière par Monsieur Hervé Robert, alors qu'il était vice-président chargé de l'instruction à la JIRS de Paris, à propos de faits de corruption, ordinairement caractérisés par leur grande complexité et supposant donc « une vraie stratégie d'enquête assise sur une méthodologie rigoureuse, pour coordonner les investigations et réunir *in fine* l'ensemble des preuves nécessaires à la

²³⁵⁷ L. n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, *JORF* 3 juil. 1998, p. 10127. V. ég., Décret n° 2004-984 du 16 septembre 2004 fixant la liste et le ressort des tribunaux spécialisés et des juridictions interrégionales et relatif à la définition des matières donnant lieu à l'attribution d'un diplôme permettant l'exercice des fonctions d'assistant spécialisé, *JORF* 18 sept. 2004, p. 16274. Sur cette question particulière de l'activité des assistants spécialisés au service du parquet et des juges d'instruction, V. not., A. GALLOIS, *Le traitement procédural des affaires de grande complexité*, Thèse dactyl., Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2008, spéc. n°662.

²³⁵⁸ *Ibid.*, p. 270.

²³⁵⁹ H. ROBERT, « Stratégie des investigations en information judiciaire », in J. BECKHARDT CARDOSO et J. LELIEUR (sous la coord.), *Combattre la corruption sans juge d'instruction : colloque Les hors-série de Secure finance : l'intelligence des nouvelles sécurités juridiques, financières et économiques*, Ed. Secure Finance, Paris, 2011, p. 75, spéc. p. 75.

²³⁶⁰ *Ibid.*, p. 79.

caractérisation des éléments constitutifs » de l'infraction²³⁶¹.

Ses propos peuvent être entièrement rapportés pour souligner les difficultés engendrées par l'enrichissement continu des moyens d'investigation au stade de l'enquête. L'auteur indique : « le juge d'instruction dispose, au moment de sa saisine par réquisitoire introductif, du dossier de l'enquête dans l'état que le parquet a bien voulu lui donner. L'enquête préliminaire pourra avoir été limitée ou approfondie : elle aura parfois porté sur des vérifications sommaires des éléments les plus saillants ; d'autres fois, elle se développera en investigations multiples et diverses »²³⁶². Il insiste ensuite sur la « propension de plus en plus forte des parquets à mener l'enquête préliminaire, placée sous leur seul contrôle au plus loin voire à se dispenser de l'instruction préparatoire »²³⁶³, ce qui est précisément rendu possible par l'enrichissement des possibilités d'investigation hors instruction. Or, ajoute-t-il, « [s]i ouverture d'une information il y a, la situation procédurale initiale conditionne largement la conduite ultérieure de l'information »²³⁶⁴. Une enquête préliminaire fournie, au moins au vu du nombre d'actes réalisés, peut donc « objectivement constituer un handicap pour le juge d'instruction parce qu'elle l'entravera dans la définition de sa stratégie d'enquête, ou parce qu'elle aura été l'occasion de malencontreuses révélations »²³⁶⁵. L'auteur rappelle avoir lui-même connu « un dossier en quelque sorte 'désamorcé' par l'enquête préliminaire : tous les protagonistes avaient été entendus sommairement, sans aucune mesure de garde à vue, sans aucune recherche documentaires préalables par réquisitions ou perquisitions »²³⁶⁶. Dans ces circonstances, « [q]ue voulez-vous qu'il reste alors au juge d'instruction à faire d'efficace [...] ? Allez engager par la suite les perquisitions qui étaient objectivement nécessaires ... Son information fera long feu »²³⁶⁷. Aussi, l'auteur conclut que « [d]u point de vue du magistrat instructeur, qui ne sera pas nécessairement celui du parquet, une enquête préliminaire limitée dans ses ambitions et ses objectifs, est grandement préférable. Elle lui laisse la pleine maîtrise de son information, dans la définition et l'organisation des investigations »²³⁶⁸. L'observation, qui vaut ainsi en matière d'atteintes à la probité, vaut probablement tout autant pour toutes investigations portant sur des faits revêtant une certaine complexité et supposant donc une stratégie unique et sans rupture.

²³⁶¹ *Ibid.*, p. 75.

²³⁶² *Ibid.*, p. 78.

²³⁶³ *Ibid.*

²³⁶⁴ *Ibid.*

²³⁶⁵ *Ibid.*

²³⁶⁶ *Ibid.*

²³⁶⁷ *Ibid.*, p. 79.

²³⁶⁸ *Ibid.*

1004. Le risque d'une rupture dans la stratégie des investigations est parfois²³⁶⁹ anticipée et jugulée par l'association du magistrat instructeur plus en amont²³⁷⁰. L'expérience de certaines JIRS est ici révélatrice, comme en témoignent les ajustements décrits par Monsieur Chausserie-Laprée. L'auteur précise qu'« [u]ne fois son intervention validée [...], le parquet interrégional prend en charge soit la partie des investigations qui lui est dévolue, soit l'intégralité de la procédure. Dès lors, [il] applique un mode de fonctionnement qui vise à assurer un suivi permanent et continu dans la direction de la police judiciaire tout au long du traitement judiciaire de l'affaire. Ainsi, parce que, sauf exception, les procédures mises en œuvre doivent à terme être aux mains du magistrat instructeur, celui qui, plus tard, sera saisi des faits se voit associé par le parquet interrégional aux réunions de travail qu'il organise. Le bénéfice en est double : un accès immédiat du magistrat aux données que détiennent ses collègues du parquet et les services d'enquêtes, mais plus encore l'absence de toute rupture dans la prise en charge de la procédure au moment de l'ouverture de l'information »²³⁷¹. Monsieur Chausserie-Laprée précise toutefois qu'« il n'est nullement question de confondre les responsabilités des uns ou des autres ou d'abdiquer, au nom d'un unanimité dangereux, les prérogatives de chacun »²³⁷². Toutefois, ajoute-t-il, « il apparaît essentiel, pour garantir les meilleures chances de résultats et une parfaite lisibilité de l'intervention judiciaire, de dépasser les clivages traditionnels. De cette synergie intelligente entre les différents acteurs de la chaîne judiciaire, et d'elle seule, naîtra une efficacité optimale dans l'appréhension des phénomènes complexes et difficiles à identifier. La disponibilité des magistrats du parquet spécialisé leur permet de fixer des réunions régulières avec les services en charge des investigations et d'évaluer avec eux les actes à accomplir, les délais de traitement et enfin, le moment idoine pour passer à un autre cadre procédural ou pour procéder aux interpellations des personnes qu'on suspecte d'être impliquées dans les faits »²³⁷³. Certes, précise-t-il, « [s']il est un domaine où l'apport des juges d'instruction [...], dans le fonctionnement de la justice pénale est majeure, c'est bien celui des juridictions interrégionales spécialisées, qu'elles luttent contre la criminalité organisée ou la délinquance économique et financière de très grande complexité ». Il ajoute néanmoins que « [l]e succès du dispositif créé en 2004 tient, pour une bonne part, à la capacité dont ont su faire preuve les magistrats instructeurs, ayant rejoint ce nouveau service, à s'intégrer dans la chaîne pénale, sans ne

²³⁶⁹ La difficulté semble, en effet, rester entière en dehors de cette hypothèse particulière du traitement des affaires relevant de la délinquance et de la criminalité organisée.

²³⁷⁰ D. CHAUSERIE-LAPRÉE, « La poursuite des infractions par le parquet spécialisé des juridictions interrégionales » in J. PRADEL et J. DALLEST (sous la dir.), *La criminalité organisée, Droit français, droit international et droit comparé*, LexisNexis, Hors collection, Droit & Professionnels, droit pénal, Paris, 2012, p. 167, spéc., p. 177.

²³⁷¹ *Ibid.*, n°197, p. 177.

²³⁷² *Ibid.*, n°197, pp. 177-178.

²³⁷³ *Ibid.*

rien perdre de leur indépendance statutaire » et à leur compréhension de « l'intérêt de travailler en coordination avec leurs homologues du parquet »²³⁷⁴. Il conclut que « [l]e parquet spécialisé est [...], dans sa phase initiale, le chef d'orchestre de l'enquête ; mais il sait d'emblée que le relais devra être pris, plus ou moins rapidement, par un juge d'instruction spécialisé. C'est pourquoi, il est essentiel d'associer le magistrat instructeur dans cette phase initiale, dans la mesure où c'est lui qui, ultérieurement, assurera la direction des investigations et devra aussi, dans un souci d'efficacité bien compris, travailler avec le magistrat du parquet spécialisé en charge du suivi de la procédure »²³⁷⁵. Il est probable que les magistrats instructeurs, aux prises de difficultés semblables face à une enquête préliminaire de longue haleine, seraient plutôt favorables à une saisine presque immédiate ou à la « synergie intelligente » décrite par Monsieur Chausserie-Laprée.

1005. Il ne s'agit pas de discuter la pertinence de ce type d'aménagements, nécessaires à une conduite efficace des investigations et à la manifestation de la vérité dans un contexte où des investigations nombreuses et poussées peuvent être réalisées dès l'enquête. On comprend cependant que cette « synergie intelligente », qui dépasse les clivages traditionnels et permet de déterminer le moment le plus approprié de passer d'un cadre procédural à un autre, interroge la doctrine pénaliste parce qu'elle « perverti[t] le principe de séparation des fonctions judiciaires »²³⁷⁶. Finalement, « à vouloir, et à accepter, par petites touches, au quotidien de l'action judiciaire, les atteintes à un grand principe d'organisation de notre justice pénale, les juges d'instruction ont brûlé leur raison d'être, c'est-à-dire leur indépendance à l'égard des autres organes de l'autorité judiciaire »²³⁷⁷.

1006. C'est *a minima* démontrer les perturbations et les complications engendrées par la dilution de la fonction d'instruction consécutive à l'affirmation des moyens d'investigation au stade de l'enquête et, par voie de conséquence, au rapprochement matériel des cadres policier et judiciaire. L'élimination des quelques particularités de l'information en la matière ne pourra qu'accroître, selon nous, la nécessité de ces « synergie[s] intelligente[s] » et donc la perversion dénoncée du principe de séparation des fonctions judiciaires.

1007. Tout bien considéré, une réarticulation *de jure* des cadres procéduraux de l'investigation emporterait certainement avec elle un changement de philosophie de la

²³⁷⁴ *Ibid.*, n°199, p. 179.

²³⁷⁵ *Ibid.*

²³⁷⁶ S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », préc., spéc., p. 270.

²³⁷⁷ *Ibid.*

fonction du juge d'instruction. A sa fonction de directeur fonctionnel des investigations se substituerait probablement une fonction de garant d'une enquête contradictoire et donc, de l'équité de la procédure, ce qui avivera, à terme, le débat sur une recomposition de la mise en état des affaires pénales et une distribution plus lisible des rôles de chacun.

1008. Indépendamment des difficultés pratiques et des contraintes matérielles susceptibles de résulter de la mise en œuvre des quelques aménagements ponctuels préconisés pour rendre le système interne plus « euro-compatible », ce sont les conséquences de l'intégration de ces propositions sur la pérennité de la structuration actuelle de la mise en état qui suscitent les plus nombreux questionnements. Sous cet angle de vue, ces préconisations révèlent en effet un risque de désordres et de confusions, en contradiction avec toute recherche de cohérence d'ensemble. Elles risquent de transformer l'enquête de police en avatar de l'information judiciaire avec cette conséquence paradoxale que des aménagements simplement ponctuels conduiraient à terme à s'interroger sur une refonte de la mise en état.

Aussi, si l'on souhaite conserver un système dualiste, il faut probablement privilégier des solutions plus mesurées, voyant l'information judiciaire comme une asymptote, et privilégier des propositions favorables à une réarticulation pérenne des cadres d'investigation existants.

Déterminer le critère de cette articulation n'est toutefois pas évident. A contre-courant des évolutions passées justifiées par des considérations pratiques et des réformes institutionnelles, dont certaines sont particulièrement récentes, la rationalité d'un cantonnement de l'enquête préliminaire peine à convaincre. Une réarticulation *de jure* des cadres d'investigation, fondée sur un critère temporel ou le degré de suspicion, n'apparaît pas plus aisée.

Dans ces circonstances, les propositions de la Commission Beaume, qui combinent le renforcement mesuré des droits du simple suspect avec une articulation souple des cadres d'investigation donnant la primeur au contrôle judiciaire, devraient probablement être privilégiées. Elles préserveraient l'existant de perturbations et de confusions nouvelles tout en assurant, à certains instants, les ajustements nécessaires à la préservation de l'équité de la procédure, appréciée globalement.

Envisagée dans une perspective nationale, les aménagements parfois préconisés révèlent certaines difficultés. Les envisager dans une optique européenne conforte le manque de pertinence de certains d'entre eux et met en lumière leurs éventuelles insuffisances.

Section Seconde. Les écueils dans une perspective européenne

1009. Considérés sous l'angle du droit européen positif, les ajustements du droit interne sont également sources d'interrogations. D'une part, la pertinence d'une réarticulation *de facto* des cadres d'investigation peut être discutée en considération des règles régissant l'entraide pénale (§1^{er}). D'autre part, certaines précisions apportées par la Cour européenne invitent à s'interroger sur la pérennité du rôle actuel du juge d'instruction dans la protection des libertés conventionnellement protégées (§2^d)

§1^{er} - L'inopportunité d'une réarticulation de facto des cadres d'investigation au regard du fonctionnement de l'entraide pénale européenne

1010. **Le rappel des règles en vigueur et de leur pertinence -.** La pertinence d'une réarticulation *de facto* des cadres d'investigation ne peut se concevoir sans avoir égard à ses implications sur le fonctionnement de l'entraide pénale.

1011. De la consistance des possibilités d'investigation en enquête dépend en effet la détermination de l'autorité compétente pour exécuter une demande adressée par une autorité étrangère. Comme nous l'avons rappelé, en application des dispositions générales relatives à l'exécution des demandes d'entraide judiciaire, réécrites par les lois du 23 juin 1999 et du 9 mars 2004, le procureur dispose d'une compétence prioritaire, délimitée par les pouvoirs d'investigation qu'offre l'enquête de police. Le juge d'instruction n'intervient qu'à titre subsidiaire lorsque l'exécution de la demande d'entraide adressée « *nécessite[...] certains actes de procédure qui ne peuvent être ordonnés ou exécutés qu'au cours d'une instruction préparatoire* » (C.P.P., article 694-2, al. 2). Même dans ces circonstances, l'impératif d'assurer la préservation des intérêts nationaux implique l'information du procureur de la République : le juge d'instruction auquel une demande d'entraide est directement transmise est en effet tenu de la lui communiquer « *immédiatement pour avis* » (C.P.P., article 694-1) afin qu'il puisse exercer son contrôle et, le cas échéant, la transmettre au procureur général qui détermine, s'il y a lieu, de

saisir le ministre de la justice (C.P.P., article 694-4)²³⁷⁸.

1012. Il n'en va autrement que dans le cadre de l'entraide judiciaire entre les Etats membres de l'Union. Comme nous l'avons précédemment relevé, lors de la transposition des derniers instruments de l'Union en la matière, le législateur français a fait le choix d'affirmer la compétence du juge d'instruction. En particulier, le nouvel article 694-30 du Code de procédure pénale, introduit par l'ordonnance du 1^{er} décembre 2016 transposant la directive concernant la décision d'enquête européenne²³⁷⁹, dispose que « *[L]orsque la décision d'enquête porte sur des actes [...] qui ne peuvent être exécutés au cours d'une enquête qu'avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention, la décision d'enquête européenne est reconnue par le juge d'instruction et [...] exécutée par ce magistrat ou par des officiers ou agents de police judiciaire agissant sur commission rogatoire de celui-ci* ». Le juge d'instruction est donc exclusivement compétent pour reconnaître et exécuter une décision d'enquête européenne portant sur des actes que le procureur ne peut faire réaliser seul en application du Code de procédure pénale.

1013. Nous avons également relevé le désordre créé par cette disposition, à défaut d'une réécriture des dispositions générales, l'autorité compétente pour exécuter une demande étrangère variant selon qu'elle a été adressée par l'autorité d'un Etat membre de l'Union ou non²³⁸⁰.

1014. L'impact d'un cantonnement des possibilités d'investigation dans la perspective de l'entraide judiciaire -. Les implications d'une réarticulation *de facto* des cadres d'investigation sur le fonctionnement de l'entraide judiciaire dépendent inévitablement du cadre juridique la régissant. Le cantonnement des possibilités d'investigation en enquête préliminaire n'aurait qu'un impact plus relatif sur l'exécution des décisions d'enquête européennes, compte tenu des règles susmentionnées. En revanche, ses répercussions sur l'exécution des demandes d'entraide émises par une autorité émanant d'une autorité judiciaire d'un Etat non membre de l'Union seraient plus conséquentes : plus les possibilités d'investigation en enquête seront cantonnées, plus la saisine d'un juge d'instruction s'imposera aux seules fins de l'exécution d'une demande d'entraide étrangère.

1015. Certes, nous pourrions y voir le rétablissement d'un certain ordre puisque l'exécution des demandes d'entraide ou des décisions d'enquête européennes

²³⁷⁸ V., *Supra*, n°260 et s.

²³⁷⁹ Ord. n° 2016-1636 du 1^{er} décembre 2016 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale, préc.

²³⁸⁰ V. *Supra*, n°271.

reviendraient *de facto* au juge d'instruction. La question est cependant de savoir s'il est pertinent de multiplier les hypothèses dans lesquelles la saisine d'un juge d'instruction s'imposera à cette seule fin. A nos yeux, le cantonnement des possibilités d'investigation en enquête alourdirait la procédure d'exécution des demandes d'entraide judiciaire et engorgerait les juridictions d'instruction sans qu'il n'y ait dans leur saisine une plus-value évidente²³⁸¹ : le magistrat instructeur a alors un rôle plus relatif dans ce cadre et, en tout état de cause, incomparable à celui qui est le sien lors d'une information judiciaire.

Une autre interrogation a émergé de la jurisprudence européenne qui a précisé les qualités attendues de l'autorité investie de la fonction de contrôler les privations de liberté avant jugement.

§2^d- La pérennité du rôle du juge d'instruction dans la sauvegarde des libertés protégées au regard des impératifs conventionnels

1016. Les ajustements précédemment envisagés ont la particularité, sinon de viser la seule phase de l'enquête de police, du moins de ne pas retoucher les règles applicables à l'information judiciaire, sauf pour promouvoir une articulation plus harmonieuse entre celle-ci et la phase policière. Or, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg paraît susceptible d'encourager une recomposition de la mise en état des affaires pénales, en imposant une nouvelle distribution des rôles au stade de l'information judiciaire.

1017. Rappel des exigences conventionnelles -. Les arrêts *Medvedyev*²³⁸² et *Moulin*²³⁸³ ont, on le sait²³⁸⁴, rappelé les qualités requises de l'autorité compétente pour contrôler les privations de liberté avant jugement, à savoir l'indépendance de l'autorité à l'égard du pouvoir exécutif d'une part et des parties d'autre part. Cette dernière qualité exclut, selon la Cour, que l'autorité compétente « *puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale* »²³⁸⁵. Certes, la Cour européenne a jusqu'à aujourd'hui considéré

²³⁸¹ V. *Supra*, n°639.

²³⁸² CEDH, [G.C.], 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, préc.

²³⁸³ CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c. France*, préc.

²³⁸⁴ V. *Supra*, n°145.

²³⁸⁵ CEDH, *Medvedyev et autres c. France*, préc. (§124).

que le juge d'instruction français présentait l'ensemble des qualités requises²³⁸⁶.

1018. Les termes du débat -. Si l'indépendance du juge d'instruction à l'égard du pouvoir exécutif n'est en principe pas discutée²³⁸⁷, son indépendance à l'égard des parties - selon la conception européenne²³⁸⁸-, est moins évidente comme l'a souligné une partie de la doctrine.

1019. Commentant l'arrêt *Medvedyev contre France*, Monsieur le Professeur Rebut a estimé qu'« il [était] permis [...] de s'interroger sur son indépendance à l'égard des parties et, plus avant, sur son absence de qualité de partie poursuivante dès lors que [, lorsqu'il est saisi,] il est l'autorité qui décide formellement et matériellement du renvoi devant les juridictions pénales »²³⁸⁹. En effet, une fois l'information judiciaire ouverte, le procureur de la République perd la maîtrise des suites données à la procédure. Il ne peut ni imposer, ni empêcher la saisine des juridictions de jugement qui dépend, alors, de l'analyse du juge d'instruction (C.P.P., articles 175, al. 6, 177, 178, 179, 180 et 181). L'auteur rappelle que « les réquisitions de renvoi sont incapables d'entraîner la saisine de la juridiction de jugement si celle-ci n'est pas ultérieurement décidée par le juge d'instruction » tandis que « les réquisitions de non-lieu sont, de leur côté, impuissantes à faire obstacle en elles-mêmes à cette saisine si le juge d'instruction est d'avis contraire »²³⁹⁰. Il conclut que les pouvoirs dévolus au juge d'instruction à l'issue de l'information judiciaire l'assimilent à une autorité poursuivante. Aussi « nonobstant son indépendance statutaire à l'égard du pouvoir exécutif », ses prérogatives devraient conduire la Cour européenne à considérer que le juge d'instruction ne peut être une

²³⁸⁶ CEDH, *Medvedyev et autres c. France*, préc. (§§128 et 132) ; CEDH, *Moulin c. France*, préc. (§60) ; CEDH, *Ali Samatar et autres c. France*, préc. (§44) ; CEDH, *Hassan et autres c. France*, préc. (§88) ; CEDH, *Kiril Zlatkov Nikolov c. France*, préc. (§49).

²³⁸⁷ Sauf à considérer, comme l'avait souligné la Commission Truche (P. TRUCHE (sous la dir.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la justice*, op. cit., p. 34) et le relèvent encore certains avocats (D. SOULEZ-LARIVIERE, « Le problème du ministère public français », préc. ; E. DUPONT-MORETTI, *Bête noire*, op. cit., spéc. p. 92) ou hauts magistrats (B. LOUVEL, « Pour l'unité de la magistrature », accessible à l'adresse www.courdecassation.fr, 6 juin 2017) que l'unité de corps judiciaire, au sein duquel procureurs et juges partagent le même statut de magistrat, peut faire naître ou laisser perdurer un soupçon à l'égard de l'indépendance des magistrats du siège. Le procureur d'aujourd'hui étant souvent le juge de demain et *vice versa*, la suspicion qui pèse sur les magistrats du parquet « atteint, par capillarité, [...] la justice dans son ensemble » (B. LOUVEL, « Pour l'unité de la magistrature », préc.).

²³⁸⁸ Selon une conception interne, l'indépendance du juge d'instruction à l'égard des parties à l'information est « une donnée évidente » depuis que le juge d'instruction n'est plus placé sous une forme de tutelle du procureur de la République, comme il l'était sous l'empire du Code d'instruction criminelle. En effet, même si le procureur tient une place particulière au cours de l'information, le juge n'est jamais tenu de l'informer de ses intentions ou de le consulter, en dehors des cas où la loi le prévoit expressément. En outre, lorsque le juge sollicite ses réquisitions, parce que la loi le lui impose, il n'est jamais contraint de le suivre. De même, le magistrat instructeur n'est pas tenu de faire droit aux demandes des parties privées à l'information. Sur ces différentes questions, V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., n°35, p. 23 et n°1844, p. 1234 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., n°9, p. 30.

²³⁸⁹ D. REBUT, « L'arrêt *Medvedyev* et la réforme de la procédure pénale », préc.

²³⁹⁰ *Ibid.*

autorité indépendante à l'égard des parties²³⁹¹.

1020. Dans le même sens, Messieurs les Professeurs Guinchard et Buisson estiment que l'analyse européenne à l'égard du juge d'instruction reflète une méconnaissance de la spécificité des fonctions de celui-ci²³⁹², le magistrat instructeur étant « à sa manière [...] autorité de poursuite »²³⁹³. Saisi *in rem*, et non *in personam*, il peut décider d'étendre la poursuite engagée par le parquetier à d'autres personnes²³⁹⁴. Ils concluent donc qu'en considérant que le juge d'instruction présente l'ensemble des qualités requises pour être qualifié d'autorité judiciaire au sens de l'article 5§3 de la Convention, la Cour européenne se méprend sur son indépendance à l'égard des parties, faisant ainsi prévaloir son indépendance statutaire, pourtant insuffisante au regard de caractère cumulatif de ces qualités²³⁹⁵.

1021. Les mêmes interrogations ressortent des écrits des Professeurs Bonis-Garçon et Décima²³⁹⁶ et de ceux de Monsieur le Professeur Renucci²³⁹⁷, qui tous appellent à nuancer la position de la Cour à l'endroit du juge d'instruction, considération faite de ses attributions durant et à la clôture de l'information judiciaire.

1022. Le législateur français témoigne lui-même de ses hésitations vis-à-vis de l'ambivalence des fonctions du juge d'instruction et des conséquences qui en résultent sur son rôle de gardien des libertés individuelles. Le dépeçage de ses attributions en matière de détention provisoire au profit d'un juge « neutre » tant à l'égard des investigations que des suites données à la procédure, de même que l'exigence d'une intervention du JLD en cas de prorogation exceptionnelle d'une garde à vue au-delà de quatre-vingt-seize heures en sont, sans doute, le reflet le plus saillant.

1023. Si la Cour européenne devait, à l'avenir, considérer que le juge d'instruction n'est, pas davantage que le représentant du ministère public, une autorité judiciaire au sens de l'article 5§3 de la Convention, cela ne serait probablement pas sans répercussion sur le maintien du système actuel. Outre l'effet d'une remise en cause de sa qualité

²³⁹¹ *Ibid.*

²³⁹² S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n°368, p. 317 ; V. ég., S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction » in *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Dalloz, Panthéon-Assas, 2010, p. 256.

²³⁹³ *Ibid.*

²³⁹⁴ *Ibid.*

²³⁹⁵ *Ibid.*

²³⁹⁶ E. BONIS-GARÇON et O. DECIMA, « Le parquet et les sirènes de l'indépendance - À propos du projet de loi du 27 mars 2013 et du projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013 », *JCP éd. G.* 2013, 460.

²³⁹⁷ J.-F. RENUCCI, « Le juge d'instruction peut-il être ce 'magistrat' au sens de l'article 5§3 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », préc.

d'autorité judiciaire au sens de l'article 5 de la Convention – les discussions auxquelles ont donné lieu les arrêts *Medvedyev* et *Moulin* laissent présager du débat que provoquerait une telle conclusion -, la redistribution des rôles impliquée par cette solution constituerait un pas supplémentaire vers une recombinaison de la mise en état et une redéfinition des fonctions judiciaires au stade de l'avant-procès²³⁹⁸. Une nouvelle combinaison s'imposerait progressivement, substituant à la distribution actuelle, mais tremblante, des fonctions de direction des investigations, d'*habeas corpus* et d'*habeas libertas* et de poursuite, une nouvelle distinction entre la fonction d'investigation et de poursuite d'une part, et « la fonction coercitive » d'autre part²³⁹⁹.

1024. Conclusion de la seconde section -. Considérer les ajustements ponctuels envisagés dans une perspective européenne vient donc conforter l'impression d'insuffisance ou le manque de pertinence que certains inspirent dans une optique nationale, invitant par là même à envisager d'autres voies.

²³⁹⁸ Cette redistribution serait probablement bien circonscrite puisqu'une solution en ce sens de la Cour européenne induirait surtout de repenser le contrôle des mesures privatives de liberté, hors détention provisoire, décidées dans le cadre d'une information.

²³⁹⁹ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°306, pp. 206-207.

Conclusion du Chapitre Second

1025. Les aménagements envisagés pour pallier les défaillances du droit interne présentent certains défauts qu'on les aborde dans une perspective nationale ou européenne. Le cantonnement de l'enquête préliminaire, qui peut participer à la sauvegarde de l'équité de la procédure envisagée globalement en imposant l'ouverture d'une information judiciaire dans toutes affaires imposant des investigations étoffées, n'apparaît pas comme l'option la plus pertinente. Indépendamment de son inscription à contre-courant des évolutions institutionnelles récentes, ce cantonnement multiplierait les hypothèses dans lesquelles la saisine du juge d'instruction s'impose aux fins de la réalisation de certaines investigations ou de l'exécution de demandes d'entraide sans que cette saisine n'ait nécessairement de plus-value en termes de protection des droits des personnes impliquées. Les défaillances des autres aménagements s'observent surtout dans une perspective interne. Outre les difficultés pratiques auxquelles ces solutions exposent, leur mise en œuvre risquerait surtout d'engendrer de nouvelles perturbations ou confusions et, par conséquent, de remettre en cause la pérennité de la structuration actuelle de la mise en état des affaires pénales. Ces aménagements parcellaires qui, par définition, n'ont pas vocation à proposer une restructuration de l'avant-procès, pourraient d'ailleurs s'avérer insuffisants si, se livrant à une appréciation plus pure de ses exigences, la Cour européenne déniait, à l'avenir, au juge d'instruction sa qualité d'autorité judiciaire au sens de l'article 5§3 de la Convention.

Conclusion du Titre Premier

1026. L'observation des évolutions de la mise en état des affaires pénales à l'aune des standards européens permet de faire ressortir certains motifs d'inquiétude sur la pleine conformité du droit interne. Ceux qui concernent les organes de l'avant-procès pourraient être apaisés par quelques aménagements parcellaires destinés à renforcer les garanties statutaires des magistrats du ministère public et à affirmer l'effectivité du contrôle du JLD sur la phase d'enquête. Des ajustements pourraient également contribuer à l'ancrage du contrôle du JLD sur la phase d'enquête, qui pâtit encore de l'imprécision et de la précarité des obligations mises à sa charge et de ses attributions. Les évolutions en ce sens doivent cependant être bien mesurées car elles risquent de soulever, à terme, la question d'une redistribution des rôles dans l'avant-procès.

1027. La fragilité des droits du suspect, due à l'évolution de la mise en état des affaires pénales, qui fait actuellement de l'enquête préliminaire le cadre ordinaire des investigations, est incontestable. Différentes options permettraient d'y remédier. La constatation par la Cour d'une affection irrémédiable de l'équité de la procédure en raison de la faiblesse des droits du simple suspect à un stade précoce conduirait à une condamnation. L'hypothèse n'est pas d'école. L'affaire ayant donné lieu au jugement du tribunal correctionnel de Créteil le 26 février 2016 en offre une illustration particulièrement intéressante.

Les différentes propositions formulées pour remédier à ces insuffisances tendent soit à renforcer plus ou moins substantiellement les droits du simple suspect, soit à articuler différemment les cadres policier et judiciaire de l'investigation afin que les

droits de la défense puissent croître en temps opportun et prévenir, ainsi, toute compromission irrémédiable de l'équité de la procédure.

1028. Chacune renforcerait, à sa façon, la compatibilité du droit interne avec les standards européens. L'anticipation de l'intégration de chacune d'elles dans le système actuel, encore caractérisé par son dualisme et donc les spécificités de chacune de ses phases en comparaison de l'autre, invite cependant à une certaine prudence. En effet, ces aménagements seront à l'origine de nouvelles confusions et perturbations. L'observation ramène aux conclusions et mises en garde de la Commission Delmas-Marty, qui insistait déjà sur les conséquences pernicieuses de la succession effrénée de retouches ponctuelles sur l'harmonie du système envisagé globalement et invitait, par conséquent, à repenser les structures et la cohérence de l'ensemble. Les évolutions de la mise en état des affaires pénales depuis lors n'ont pu que confirmer les observations et les inquiétudes formulées par ses membres.

1029. Les projets en ce sens, s'ils n'ont pas emporté la conviction, n'ont pas manqué²⁴⁰⁰. Tous ont proposé une refondation complète de la mise en état des affaires pénales, emportant une unification des cadres d'investigation et, par voie de conséquence, une redistribution des rôles entre les différents acteurs de l'avant-procès. Ravivant surtout la discussion lancinante sur la suppression²⁴⁰¹ ou du maintien²⁴⁰² du juge d'instruction, ces différents projets se sont généralement heurtés à un certain scepticisme, soit en raison de la recomposition proposée elle-même – qui, finalement, ne réglerait aucun problème puisque ce que l'on reproche aujourd'hui au juge d'instruction, nous le reprocherions demain au procureur²⁴⁰³ –, soit en raison des faiblesses de ces propositions. Il en va ainsi pour les plus récentes, en raison de

²⁴⁰⁰ V., *Supra*, n°17.

²⁴⁰¹ Pour sa suppression, V. not., R. VAN RUYMBECK, « Il faut supprimer le juge d'instruction », *Le Monde*, 20 janv. 2006, p. 3 et « Supprimer le juge d'instruction : pourquoi pas ? », *L'Obs*, 8 mars 2010 ; A. DECOCQ, « Dialogue des morts sur la procédure pénale » in *en l'honneur de Serge Guinchard : Justice et procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010, Paris, p. 939 ; S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour la mort annoncée du juge d'instruction », préc.

²⁴⁰² Pour son maintien, V. not., P. CONTE, « Les galeux de la République. A propos de l'affaire d'Outreau », *JCP éd. G.* 2006. I, 101 ; P. MAISTRE DU CHAMBON, « Faut-il supprimer le juge d'instruction ? », in *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 885 ; J. PRADEL, « Haro sur le juge d'instruction », *D.* 2006, p. 244 ; J. PRADEL, « Tous les péchés du juge d'instruction méritent-ils sa mort », préc. ; J. PRADEL, « La disparition du juge d'instruction dans l'avant-projet du futur code de procédure pénale », *D.* 2010, p. 293 ; J. PRADEL et D. GUERIN, « Les relations entre le ministère public et le ministère de la justice dans l'avant-projet de réforme de la procédure pénale », préc. ; V. SIZAIRE, « L'autre réforme de la procédure pénale », préc.

²⁴⁰³ V. not., H. MATSOPOULOU, « A propos du rapport d'étape du Comité de réflexion sur la justice pénale », *JCP éd. G.* 2009, Aperçu rapide 236, spéc. p. 16 ; P. BONFILS, « Faut-il changer notre procédure pénale ? », préc. ; J. PRADEL et D. GUERIN, « Les relations entre le ministère public et le ministère de la justice dans l'avant-projet de réforme de la procédure pénale », préc. ; J. PRADEL, « La disparition du juge d'instruction dans l'avant-projet du futur code de procédure pénale », préc. ; V. MALABAT, « L'avant-projet du futur Code de procédure pénale : refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure ? », préc. ;

l'insuffisance des contrepois au transfert des prérogatives du juge d'instruction – indépendant – à un ministère public – dépendant ⁻²⁴⁰⁴ et l'affaiblissement consécutif des possibilités offertes aux victimes pour pallier l'inertie injustifiée du parquet²⁴⁰⁵, sans que ne soit corrélativement introduit un principe de légalité des poursuites, même tempéré²⁴⁰⁶.

1030. L'idée ne peut être de faire peser sur le juge d'instruction tous les maux et toutes les faiblesses de la justice pénale – ce qui n'était d'ailleurs pas la justification de ces projets -, ni de penser qu'une évolution en ce sens réglerait toutes les difficultés soulevées ou offrirait un système exclusif de tout reproche. Il importe, en revanche, de remédier aux insuffisances constatées sans créer de nouvelles disharmonies. Or, la nécessité de préserver la cohérence du système dualiste actuel constitue assurément un obstacle à toute proposition ambitieuse.

1031. Au surplus, des ajustements simplement ponctuels de la mise en état des affaires pénales pourraient surtout n'être qu'une solution précaire. Les perspectives actuellement ouvertes par le droit de l'Union européenne invitent à réfléchir à une refonte d'ensemble de la mise en état des affaires pénales.

²⁴⁰⁴ V. not., H. MATSOPOULOU, « A propos du rapport d'étape du Comité de réflexion sur la justice pénale », *JCP éd. G.* 2009, *Aperçu rapide* 236, spéc. p. 16 ; P. BONFILS, « Faut-il changer notre procédure pénale ? », préc. ; J. PRADEL et D. GUERIN, « Les relations entre le ministère public et le ministère de la justice dans l'avant-projet de réforme de la procédure pénale », préc. ; J. PRADEL, « La disparition du juge d'instruction dans l'avant-projet du futur code de procédure pénale », préc. ; V. MALABAT, « L'avant-projet du futur Code de procédure pénale : refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure ? », préc. ; M.-L. RASSAT, « Le projet de réforme de la procédure pénale », préc.

²⁴⁰⁵ V. not., H. MATSOPOULOU, « A propos du rapport d'étape du Comité de réflexion sur la justice pénale », *JCP éd. G.* 2009, *Aperçu rapide* 236, spéc. p. 16 ; P. BONFILS, « Faut-il changer notre procédure pénale ? », préc. ; J. PRADEL, « La disparition du juge d'instruction dans l'avant-projet du futur code de procédure pénale », préc. ; J. LEBLOIS-HAPPE, « Plaidoyer pour la légalité des poursuites », préc.

²⁴⁰⁶ En ce sens, V., J. LEBLOIS-HAPPE, « Plaidoyer pour la légalité des poursuites », préc.

TITRE SECOND.

LA REFONTE D'ENSEMBLE DANS LA PERSPECTIVE DE L'INTEGRATION DU PARQUET EUROPEEN

1032. S'il est désormais certain que le Parquet européen verra le jour, les implications de sa création n'ont pas été mesurées. Celles-ci ne sont pas évidentes à première vue. Pourquoi et comment l'institution d'une autorité supranationale « quasi fédérale »²⁴⁰⁷ d'enquête et de poursuite investie d'une compétence *ratione materiae* restreinte, pourrait-elle remettre en cause ou interroger la pérennité du système interne ?

1033. La première réponse qui vient à l'esprit est qu'elle aura probablement un effet sur la marginalisation du juge d'instruction. Avec la création du Parquet européen, il ne s'agit plus de faciliter la coopération interétatique en s'appuyant au besoin sur l'intervention et l'assistance d'acteurs européens créés pour améliorer l'entraide policière et judiciaire européenne²⁴⁰⁸, mais d'ôter aux autorités des Etats membres une compétence qui leur revient en principe, en la confiant à une autorité européenne investie de pouvoirs opérationnels. L'intégration du Parquet européen devrait donc avoir pour conséquence de déposséder le juge d'instruction d'affaires dont la complexité justifie aujourd'hui sa saisine²⁴⁰⁹.

²⁴⁰⁷ C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 173.

²⁴⁰⁸ *Ibid.*, n°131 et s., pp. 168 et s.

²⁴⁰⁹ J. LEBLOIS-HAPPE et F. WINCKELMULLER, « Impact of the setting up of a European Public Prosecutor's Office on national system – A french perspective », *in* P. ASP, *The European Public Prosecutor Office – Legal and Criminal perspectives*, *op. cit.*, p. 279 ; J. LEBLOIS-HAPPE, « L'eupéanisation du droit pénal français depuis le traité de Lisbonne », *préc.* ; J. LEBLOIS-HAPPE, « L'incidence de la législation européenne sur la procédure pénale française », *Cahiers de la Sécurité et de la Justice*, 2016, n°38, p. 14, spéc. p. 23.

1034. Une autre réponse émerge à l'observation des liens tissés entre le système européen et les ordres juridiques nationaux²⁴¹⁰. Le Parquet européen n'est pas conçu comme un organe destiné à se substituer entièrement aux autorités nationales, ni comme un organe soumis à des règles pleinement autonomes des législations des Etats membres. Le projet s'est, dès l'origine, illustré par son caractère incomplet et hybride. S'il s'est agi, dès ses prémises, d'instaurer une autorité compétente pour diriger la phase d'investigation et décider, selon une politique déterminée au niveau européen, d'éventuelles poursuites, il n'a jamais été question de la création d'une juridiction européenne de jugement²⁴¹¹, ni de l'instauration d'une police judiciaire européenne opérationnelle. Il était donc acquis que les autorités nationales conserveraient un rôle dans le fonctionnement du Parquet européen et le jugement des affaires traitées par celui-ci.

Cette incomplétude n'a sans doute pas été sans effet sur la détermination des règles applicables aux activités du Parquet européen. Dès l'origine, et le règlement suit en cela les propositions initiales, le choix de l'application complémentaire des droits nationaux s'est imposé au détriment de l'élaboration d'un *corpus* de règles unifiées, traitant l'ensemble des questions. En d'autres termes, si le règlement comprend des règles procédurales communes – indépendamment de celles qui concernent l'autorité elle-même –, les législations des Etats membres ont vocation à s'appliquer à toute question qui n'est pas traitée par l'instrument.

A ces premiers liens qui illustrent déjà la perméabilité du système interne et du système européen d'enquête et de poursuite pénale, s'ajoutent d'autres facteurs de porosité. Des considérations pratiques ont conduit à investir le Parquet européen d'une compétence non exclusive. Les autorités nationales conserveront une compétence subsidiaire. Des considérations du même ordre ont conduit à ne pas établir de franche séparation entre les représentants nationaux du Parquet européen et les parquets nationaux, extérieurs à sa structure. L'idée d'un « cumul des mandats » a ainsi fait son chemin.

Ces liens tissés entre le système imaginé au niveau européen et les ordres juridiques nationaux, notamment français, ne peut que laisser présager que la mise en œuvre du premier ne sera pas sans répercussions sur le second. Cette perméabilité doit être analysée (Chapitre Premier) avant de mettre au jour les adaptations que suggère

²⁴¹⁰ Sur ce « lien national », V. not., « Parquet Européen : les Etats ont vidé ce projet de tout son sens ! », Intervention de Nathalie Griesbeck, Membre de la commission parlementaire *Libertés civiles, justice et affaires intérieures*, disponible à l'adresse : www.nathalie-griesbeck.fr/2016/10/parquet-europeen-les-etats-ont-vide-ce-projet-de-tout-son-sens.

²⁴¹¹ V. déjà, *Corpus juris*, version révisée, Art. 22 et 26.

l'intégration du Parquet européen, lesquelles inclinent plutôt à privilégier le choix d'une reconstitution de la mise en état des affaires pénales (Chapitre Second).

Chapitre Premier.

La perméabilité entre le Parquet européen et les ordres juridiques nationaux

1035. Le règlement ne laisse aucune ambiguïté sur les liens qui uniront le système d'enquête et de poursuite envisagé à l'échelle de l'Union et les ordres juridiques nationaux. D'abord, le Parquet européen s'appuiera largement sur des autorités internes, intégrées à sa structure ou non, et appliquant, pour une large part, leur propre droit. Ensuite, le règlement témoigne de la porosité des systèmes européen et nationaux, qui s'illustre non seulement dans un partage de compétence entre les différents échelons mais aussi dans la possibilité d'un cumul entre des fonctions européenne et nationale. Au nécessaire soutien des ordres juridiques nationaux à son action (Section Première), s'ajoute donc la porosité entre le système imaginé à l'échelle de l'Union et le système interne (Section Seconde).

Section Première. Le soutien de l'ordre juridique national à l'action du futur Parquet européen

1036. Tant l'organisation de l'organe européen que l'incomplétude du système envisagé à cet échelon imposent le concours d'autorités internes, intégrées à la structure européenne ou extérieures à celle-ci (§1^{er}). En outre, si le règlement contient inévitablement des règles communes, il opère néanmoins d'importants renvois aux droits nationaux qui régiront, à titre complémentaire, l'action des membres du Parquet européen (§2^d).

§1^{er} - Le nécessaire concours des autorités nationales

1037. Le règlement conserve des propositions qui l'ont précédé l'idée d'une organisation décentralisée. En effet, le Parquet européen sera, selon l'article 8§1 du règlement déterminant sa structure, « *un organe indivisible de l'Union fonctionnant comme un parquet unique à structure décentralisée* ». Il s'appuiera donc sur des membres nationaux agissant au sein des Etats membres, mais néanmoins intégrés à sa structure (A). Système par essence « incomplet »²⁴¹², l'activité du Parquet européen reposera aussi sur les autorités internes extérieures à sa structure, qu'il s'agisse d'autorité d'investigation ou de jugement (B).

A. L'intégration d'autorités issues des systèmes nationaux intégrées à la structure du Parquet européen

1038. L'intégration d'autorités issues des systèmes nationaux à la structure du Parquet européen est le reflet de son organisation décentralisée (1), qui détermine la répartition des fonctions en son sein (2).

²⁴¹² D. FLORE, Avec la collaboration de S. BOLSY, *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne, op. cit.*, n°1375, p. 793.

1) L'organisation décentralisée du Parquet européen

1039. Le règlement se démarque des propositions antérieures en retenant une structuration collégiale au niveau européen. Il conserve en revanche, parmi l'ensemble des solutions envisageables, l'idée d'une organisation décentralisée qui fait largement reposer l'action du Parquet européen sur des membres nationaux, installés au sein des Etats membres.

1040. Le choix d'une organisation décentralisée -. Déterminer l'organisation du Parquet européen a impliqué de répondre à une double question : était-il préférable d'opter pour une organisation centralisée, dont les membres agiraient directement au sein des Etats membres participant à sa création et concernés par l'affaire en cause ? Ou au contraire fallait-il privilégier une organisation décentralisée, associant à un bureau central - la « tête »²⁴¹³- des relais nationaux « intégrés »²⁴¹⁴ aux Etats membres mais néanmoins partie intégrante de ce nouvel organe - les « bras » -²⁴¹⁵ ?

Plusieurs observateurs, dont le Conseil d'Etat français²⁴¹⁶, se sont intéressés à ces différentes options. Ils ont relevé que si le choix d'un organe centralisé était certainement plus favorable à une action rapide, claire et lisible²⁴¹⁷, l'option d'une organisation décentralisée demeurerait plus facilement acceptable politiquement²⁴¹⁸. Le Livre vert de la Commission de 2001 avait d'ailleurs procédé au même constat²⁴¹⁹. Au-delà des considérations politiques, néanmoins importantes en raison du processus décisionnel, les conseillers d'Etat ont surtout relevé le risque que l'organe européen n'ait finalement « aucune prise sur les services d'enquête nationaux » et soit, *in fine* « trop éloigné du lieu de la conduite des investigations »²⁴²⁰. La décentralisation, qui impliquerait un Parquet européen composé d'un procureur européen et de procureurs européens délégués dans les Etats membres « faciliterait [au contraire] la représentation

²⁴¹³ K. LIGETI et M. SIMONATO, « The European Public Prosecutor's Office : Toward a truly European Prosecutor Service ? », préc., p. 15.

²⁴¹⁴ L'expression avait été employée par G. Kessler en 2012, lors de la 10^e Conférence de l'OLAF « Cooperation of a future European Public Prosecutor's Office with National Prosecution Services » (cité par K. LIGETI et M. SIMONATO, « The European Public Prosecutor's Office : Toward a truly European Prosecutor Service ? », préc., p. 7, spéc. p. 15).

²⁴¹⁵ *Ibid.*

²⁴¹⁶ CONSEIL D'ETAT, *Réflexions sur l'institution d'un Parquet européen*, préc., p. 9.

²⁴¹⁷ CONSEIL D'ETAT, *Réflexions sur l'institution d'un Parquet européen*, préc., p. 55 ; V. ég., K. LIGETI et M. SIMONATO, « The European Public Prosecutor's Office : Toward a truly European Prosecutor Service ? », préc., p. 14.

²⁴¹⁸ K. LIGETI et M. SIMONATO, « The European Public Prosecutor's Office : Toward a truly European Prosecutor Service ? », préc., p. 14.

²⁴¹⁹ COMMISSION EUROPEENNE, Livre vert, COM(2001)715 final, préc., spéc., point 4.2.1, p. 30.

²⁴²⁰ CONSEIL D'ETAT, *Réflexions sur l'institution d'un Parquet européen*, préc., p. 55.

du Parquet européen auprès des juridictions nationales [et] favoriserait la résolution de la plupart des problèmes linguistiques »²⁴²¹.

1041. Les avantages de la décentralisation tant sur le plan politique que sur le plan pratique expliquent que les projets aient invariablement fait le choix de ce type de structure, qu'il s'agisse du *Corpus juris* (article 18§3) ou de la proposition initiale de la Commission (article 6§3). Chacun d'eux avait prévu que si un échelon central devait assurer la coordination et le contrôle des procédures diligentées par lui²⁴²², l'essentiel des activités de l'organe européen reposait sur des procureurs européens délégués (« PED ») désignés au sein de chaque Etat membre et exerçant leurs fonctions en leur sein²⁴²³.

1042. C'est également le choix qu'opère le règlement (article 8§1). Son article 8§2 précise que le Parquet européen sera « *organisé à un double niveau : central et décentralisé* ». L'échelon central - le « Bureau central » (article 8§3) - sera composé « *du collège, des chambres permanentes, du chef du Parquet européen, de ses adjoints et des procureurs européens* » (article 8§3). Le niveau décentralisé sera constitué des « *procureurs européens délégués affectés dans les Etats membres* » (article 8§4) qui feront cependant « *partie intégrante du Parquet européen* » (considérant 32). Lorsqu'ils mèneront des enquêtes et des poursuites relatives à des infractions relevant de la compétence du Parquet européen, les PED devront agir « *pour le compte et au nom de celui-ci sur le territoire de leur Etat membre respectif* » (considérant 32). Le processus de nomination de ces membres nationaux, qui seront au moins au nombre de deux par Etat (Article 13§2) « *afin d'assurer le traitement approprié des dossiers dont est saisi le Parquet européen* » (considérant 44) devra refléter leur positionnement particulier, c'est-à-dire leur « intégration » à la fois à la structure du Parquet européen

²⁴²¹ *Ibid.*

²⁴²² La version révisée du *Corpus juris* prévoyait l'installation, à l'échelon central, d'un « procureur général européen », dont les services devaient être installés à Bruxelles et investis des pouvoirs propres suivants : « *la direction générale des investigations et leur délégation à un ou plusieurs procureurs européens délégués [;] la coordination des investigations menées tant par les procureurs européens délégués que par les services de police nationaux et les administrations nationales compétentes et, le cas échéant, par l'OLAF* », ce qui pouvait prendre la forme de recommandations écrites ou orales ; « *l'évocation d'affaires dont l'enquête relève qu'elles concernent en tout ou partie des infractions* » relevant de son champ de compétence matérielle (article 20§2) ; le contrôle de la décision du procureur européen délégué de renvoyer ou non l'affaire en jugement (article 21§2). De la même manière, la proposition de la Commission avait préconisé une organisation décentralisée. L'échelon central, composé d'un procureur européen, secondé par des procureurs adjoints (article 6§1), devait être compétent pour assurer la coordination, la direction et la surveillance des enquêtes et des poursuites (consid. 12, article 6).

²⁴²³ Le *Corpus juris* prévoyait que « dans la plupart des cas, l'essentiel des activités [devait reposer] sur des procureurs européens délégués [...] désignés par chaque Etat membre au sein du corps des procureurs (magistrats ou fonctionnaires de poursuite selon les traditions nationales) » pour une période de cinq ans, renouvelable une fois (M. DELMAS-MARTY, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, op.cit.*, pp. 85 et s.). De même, la proposition de la Commission précisait que « *afin de garantir une efficacité maximale et de minimiser les coûts, [l'organisation proposée] devrait respecter le principe de décentralisation selon lequel, [le procureur européen] devrait, en principe, avoir recours à des procureurs européens délégués dans les Etats membres* » (Proposition, cons. 13). Aussi, la proposition prévoyait que, sauf exception (Proposition, Article 18§5), « *les enquêtes et les poursuites du Parquet européen [devraient être] menées par les procureurs européens délégués* » (Proposition, Article 6§4).

et aux structures judiciaires et de poursuites nationales (considérant 43). Ils seront désignés par chaque Etat membre (Article 17§1), avant d'être nommés, « *sur proposition du chef du Parquet européen* » par le collège²⁴²⁴ pour un mandat de cinq ans, renouvelable (Article 17§1). Celui-ci pourra refuser de nommer le candidat désigné par l'Etat membre s'il lui apparaît qu'il ne remplit pas les critères visés à l'article 17§2 du règlement (Article 17§1), c'est-à-dire son appartenance au ministère public ou au corps judiciaire de l'Etat membre qui l'a désigné et les garanties d'indépendance et d'expérience requises pour de telles fonctions. A compter de leur nomination et jusqu'à leur révocation, les procureurs européens délégués devront, précise l'article 17§2, être « *des membres actifs du ministère public ou du corps judiciaire* » de cet Etat et offrir les qualités susmentionnées.

1043. Le choix d'une structure collégiale au niveau européen -. La seconde interrogation inhérente à l'organisation du Parquet européen a concerné sa composition à l'échelon central. Il s'agissait de faire un choix entre un organe central collégial, rassemblant un représentant par Etat, ou une structure plus légère, considérant que l'ancrage du Parquet européen était déjà assuré par ses relais nationaux. Chacune de ces options présentaient des avantages et inconvénients. Alors qu'une structure légère à l'échelon central assure une plus grande réaction dans la prise de décision, une composition collégiale est plus acceptable politiquement²⁴²⁵. En revanche, compte tenu de la « lourdeur » d'une structuration collégiale en considération des impératifs de réactivité et d'efficacité qui s'imposent à n'importe quel parquet, cette solution n'est acceptable que sous réserve de s'accompagner de processus décisionnels appropriés²⁴²⁶.

1044. Le *Corpus juris* avait fait le choix d'une structure centrale légère. Il y voyait une protection contre la création d'« organe bureaucratique, centralisé, coûteux financièrement et risquant d'être peu performant par sa lourdeur même du point de vue fonctionnel »²⁴²⁷. La Commission avait fait le même choix dans sa proposition initiale, privilégiant l'option d'un échelon central composé d'un procureur européen, secondé par quatre procureurs adjoints (article 6§2) « *choisis parmi des personnalités offrant toutes les garanties d'indépendance et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice de hautes fonctions juridictionnelles et possèdent une expérience pertinente en qualité de procureur* » (articles 8§2 et 9§2) et nommés, après un appel à candidatures et une première sélection par la Commission, par le Conseil après approbation du Parlement européen (articles 8§3 et

²⁴²⁴ V., *Infra*, n°1161.

²⁴²⁵ CONSEIL D'ETAT, *Réflexions sur l'institution d'un Parquet européen*, préc., p. 54 ; V. ég., K. LIGETI et M. SIMONATO, « The European Public Prosecutor's Office : Toward a truly European Prosecutor Service ? », préc., p. 13.

²⁴²⁶ CONSEIL D'ETAT, *Réflexions sur l'institution d'un Parquet européen*, préc., p. 54.

²⁴²⁷ M. DELMAS-MARTY, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 85.

1045. De nombreuses chambres parlementaires nationales²⁴²⁹, y compris l'Assemblée nationale²⁴³⁰ et le Sénat²⁴³¹ français, se sont opposées à cette option. Elles ont considéré qu'une telle structuration ne parviendrait pas « à s'imposer dans la pratique face aux réticences prévisibles des Etats membres »²⁴³², ni à assurer la prise en considération de la diversité des traditions juridiques nationales²⁴³³. Elles ont donc encouragé une composition collégiale, qui devrait s'appuyer sur des relais intégrés aux ordres juridiques internes²⁴³⁴. Pour assurer à l'organe une réactivité suffisante, la constitution de formations restreintes « regroupant les membres nationaux concernés par un même dossier et chargées de prendre les décisions opérationnelles courantes »²⁴³⁵ a été préconisée. Seules les décisions les plus importantes devaient donc être prises par le collège²⁴³⁶.

1046. Si la Commission a relativisé la différence entre les différents modèles proposés²⁴³⁷, le règlement a finalement opté pour une composition collégiale à l'échelon central. Celui-ci sera composé du chef du Parquet européen, choisi parmi les candidats « *membres actifs du ministère public ou du corps judiciaire d'un Etat membre ou des procureurs européens actifs* » et disposant des qualités mentionnées à l'article 14§2²⁴³⁸. Il sera nommé « *d'un commun accord* » par le Parlement européen et le Conseil, après une procédure de

²⁴²⁸ V. not., J. LEBLOIS-HAPPE, « Un Parquet européen : quand, comment et pourquoi ? » in F.-X. ROUX-DEMARRE et G. ROUSSEL (sous la dir.), *L'eupéanisation de la justice pénale*, Ed. Cujas, Coll. « Actes & études », Paris, 2016.

²⁴²⁹ V. not., Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et aux parlements nationaux, COM(2013)851 final, préc., point 2.5, pp. 10 et s.

²⁴³⁰ ASSEMBLEE NATIONALE, Résolution sur la proposition de règlement du Conseil, du 17 juillet 2013, portant création du parquet européen, (COM(2013) 534 final), préc., point 7.

²⁴³¹ SENAT, Résolution européenne portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement portant création du Parquet européen, COM (2013) 534, préc., point 7 ; V. ég., Rapport sur la proposition de règlement du Conseil, du 17 juillet 2013, portant création du Parquet européen (COM [2013] 534 final), Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 janvier 2014, par Mme M. KARAMANLI, spéc. p. 11.

²⁴³² SENAT, Résolution européenne portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement portant création du Parquet européen (COM (2013) 534), préc., point 7.

²⁴³³ ASSEMBLEE NATIONALE, Résolution sur la proposition de règlement du Conseil, du 17 juillet 2013, portant création du parquet européen (COM[2013] 534 final), préc., point 8.

²⁴³⁴ SENAT, Résolution européenne portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement portant création du Parquet européen, COM (2013) 534, préc. ; ASSEMBLEE NATIONALE, Résolution sur la proposition de règlement du Conseil, du 17 juillet 2013, portant création du parquet européen (COM[2013] 534 final), préc., point 7.

²⁴³⁵ ASSEMBLEE NATIONALE, Résolution sur la proposition de règlement du Conseil, du 17 juillet 2013, portant création du parquet européen (COM[2013] 534 final), préc., point 9.

²⁴³⁶ *Ibid.*

²⁴³⁷ COMMISSION EUROPEENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et aux parlements nationaux, COM(2013)851 final, préc., point 2.5, p. 11.

²⁴³⁸ « Le chef du Parquet européen est choisi parmi des candidats qui : [...] b) offrent toutes les garanties d'indépendance ; c) disposent des qualifications requises pour l'exercice de hautes fonctions au sein du ministère public ou du corps judiciaire dans leurs Etats membres respectifs et possèdent une expérience pratique pertinente des ordres juridiques nationaux, des enquêtes financières et de la coopération judiciaire internationale en matière pénale, ou qui ont exercé les fonctions de procureur européen ; et d) disposent d'une expérience et de qualifications d'encadrement suffisantes pour la fonction ».

sélection précisée à l'article 14§3 du règlement²⁴³⁹. Le chef du Parquet européen sera assisté de deux adjoints, nommés par le collège parmi les procureurs européens pour un mandat de trois ans renouvelable (article 15§1) et par un procureur européen par Etat membre. La procédure de nomination et de révocation de ces derniers est précisée à l'article 16. Trois candidats à cette fonction seront désignés par leur Etat membre parmi « *des membres actifs du ministère public ou du corps judiciaire de l'Etat membre concerné* », offrant toutes les qualités d'indépendance et d'expérience requises (article 16§1). Après avis du comité visé à l'article 14§3 du règlement, le Conseil choisira et nommera l'un des candidats à la fonction de procureur européen de l'Etat concerné (article 16§2). Seule la Cour de Justice sera compétente pour le révoquer, selon les mêmes conditions que pour le chef du Parquet européen (article 16§5).

Pour assurer à l'organe européen la réactivité requise malgré sa composition collégiale à l'échelon central, le règlement prévoit la création de chambres permanentes, présidée par le chef du Parquet européen, l'un de ses adjoints ou un procureur européen (article 10§1). Celles-ci comprendront, outre leur président, deux membres permanents. Leur nombre, leur composition et la répartition des compétences entre celles-ci seront déterminés conformément au règlement intérieur du Parquet européen, compte tenu des besoins du fonctionnement de l'organe. L'article 10§1 précise simplement que ce règlement intérieur devra « assurer une répartition uniforme de la charge de travail sur la base d'un système d'attribution aléatoire des dossiers », sauf cas exceptionnels.

La répartition des fonctions au sein du Parquet européen résulte naturellement des choix organisationnels opérés.

2) *La répartition des attributions en son sein*

1047. La logique d'une organisation décentralisée a déterminé la répartition des fonctions entre l'échelon central et les relais nationaux (a). Le règlement prévoit cependant qu'il peut être dérogé à cette répartition de principe dans des cas exceptionnels. Dans les circonstances que le règlement précise, les fonctions normalement dévolues aux PED pourront être exercées par un procureur européen (b).

²⁴³⁹ « *La procédure de sélection est fondée sur un appel ouvert à candidatures, qui est publié au Journal officiel de l'Union européenne, suivi de l'établissement par un comité de sélection d'une liste restreinte de candidats qualifiés, qui est soumise au Parlement européen et au Conseil. Le comité de sélection est composé de douze personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice et de la Cour des comptes, d'anciens membres nationaux d'Eurojust, des membres des juridictions nationales suprêmes, des procureurs de haut niveau et des juristes possédant des compétences notoires. L'une des personnalités choisies est proposée par le Parlement européen. Le Conseil établit les règles de fonctionnement du comité de sélection et adopte une décision portant nomination de ses membres sur proposition de la Commission* ».

a) La répartition usuelle

1048. Le règlement définit les fonctions qui sont dévolues à l'échelon central et à l'échelon décentralisé, précisant successivement le rôle du collège, des chambres permanentes, du chef du Parquet européen, des procureurs européens et des procureurs européens délégués.

1049. Les attributions du collège -. Le collège n'aura pas de véritables pouvoirs opérationnels dans le traitement des dossiers. Au terme de l'article 9 du règlement, il sera chargé du suivi général des activités du Parquet européen, d'adopter des décisions sur des questions stratégiques, ainsi que sur des questions générales soulevées par des dossiers particuliers, afin d'assurer « *la cohérence et l'efficacité, dans l'ensemble des Etats membres, de la politique du Parquet européen en matière de poursuites, ainsi que sur d'autres questions visées dans le présent règlement* ». C'est également à ce collège qu'il reviendra, sur proposition du chef du Parquet européen et conformément au règlement, de mettre en place les chambres permanentes qui, elles, disposeront de pouvoirs opérationnels.

1050. Les attributions des chambres permanentes -. L'article 10 définit les attributions des chambres permanentes. Celles-ci seront chargées de superviser et de diriger les enquêtes menées par les procureurs européens nationaux et d'assurer la coordination des enquêtes et des poursuites dans les dossiers transfrontières. Elles veilleront également à la mise en œuvre des décisions prises par le collège.

1051. A cet effet, les chambres permanentes seront compétentes pour prendre une série de décisions relatives aux enquêtes conduites par les procureurs européens délégués :

- porter une affaire en jugement conformément à l'article 36, lorsque le procureur européen délégué chargé de l'affaire lui soumet un projet de décision en ce sens ;
- la classer sans suite lorsqu'il est devenu impossible de déclencher des poursuites conformément au droit de l'État membre du procureur européen délégué chargé de l'affaire pour l'un des motifs prévus par l'article 39 (décès du suspect ou dissolution de la personne morale soupçonnée, démence du suspect, amnistie, immunité, expiration du délai national de prescription de l'action publique, jugement préalable en liaison avec les mêmes faits, absence de preuves pertinentes) ;
- appliquer une procédure simplifiée, lorsque le droit national prévoit une procédure de ce type visant au règlement définitif d'un commun accord avec

le suspect, et aux vues des critères prévus par l'article 40 (la gravité de l'infraction établie en fonction notamment du préjudice causé, la volonté de l'auteur présumé de l'infraction de réparer le préjudice causé par son comportement illégal, la conformité de cette procédure aux objectifs généraux et aux principes fondamentaux du Parquet européen).

- renvoyer une affaire devant les autorités nationales, selon les circonstances prévues aux paragraphes 1 et 2 de l'article 34, c'est-à-dire lorsque l'enquête menée par le Parquet européen révèle que les faits excèdent sa compétence matérielle.
- décider de rouvrir une enquête préalablement classée, conformément à l'article 39§2.

1052. Les chambres permanentes seront également compétentes pour prendre les décisions suivantes :

- enjoindre au procureur européen délégué d'ouvrir une enquête, lorsqu'aucune enquête portant sur des faits entrant dans le champ de compétence du parquet européen n'a été ouverte ;
- enjoindre au procureur européen délégué d'exercer son droit d'évocation, conformément à l'article 27 ;
- saisir le collège de questions stratégiques ou de problèmes généraux soulevés par des dossiers particuliers ;
- attribuer une affaire, lorsqu'aucun procureur européen délégué n'a ouvert une enquête à propos de faits relevant de la compétence matérielle du parquet européen (article 26§3) ;
- réattribuer une affaire lorsque l'affaire peut être traitée par différents procureurs européens délégués selon les critères prévus à l'article 26§4²⁴⁴⁰ (article 26§5) ou lorsque le procureur européen délégué de l'Etat membre est dans l'impossibilité de conduire l'enquête ou les poursuites ou ne suit pas les instructions de la chambre permanente compétente ou du Parquet européen (article 28§3).
- approuver la décision d'un procureur européen délégué d'effectuer lui-même une enquête²⁴⁴¹.

²⁴⁴⁰ « En principe, une procédure est ouverte et gérée par un procureur européen délégué de l'État membre dans lequel l'activité criminelle a lieu principalement ou, si plusieurs infractions liées relevant de la compétence du Parquet européen ont été commises, de l'État membre dans lequel la plus grande partie des infractions ont été commises. Un procureur européen délégué d'un autre État membre, qui est compétent pour connaître de l'affaire, ne peut ouvrir une enquête ou être chargé par la chambre permanente compétente d'ouvrir une enquête que lorsqu'un écart par rapport à la règle énoncée dans la phrase précédente est dûment justifié, compte tenu des critères qui suivent, par ordre de priorité : a) le lien de résidence habituelle du suspect ou de la personne poursuivie ; b) la nationalité du suspect ou de la personne poursuivie ; c) le lieu où le principal préjudice financier a eu lieu ».

²⁴⁴¹ V., *Infra*, n°1061.

1053. Dans les affaires particulières, la chambre permanente sera également compétente pour donner des instructions au procureur européen délégué chargé de l'affaire, par l'intermédiaire du procureur européen qui en assure la surveillance. Ces instructions devront être conformes au droit national et jugées nécessaires pour une gestion efficace de l'enquête ou des poursuites, dans l'intérêt de la justice ou pour assurer le fonctionnement cohérent du Parquet européen (Article 10§5).

1054. Ces décisions seront adoptées à la majorité simple, chaque membre disposant d'une voix et le président d'une voix prépondérante en cas d'égalité. Le procureur européen assurant la surveillance de la procédure participera aux délibérations de la chambre permanente et dispose d'un droit de vote, sauf pour ce qui concerne les décisions relatives à une délégation, à une attribution ou à une réattribution de l'affaire. D'autres procureurs européens ou procureurs européens délégués, concernés par l'affaire, pourront également être invités à participer aux réunions de la chambre permanente. Ces derniers ne disposeront en revanche pas d'un droit de vote (Article 10§9).

1055. Si telles seront ses attributions habituelles, une chambre permanente pourra néanmoins décider de déléguer certaines d'entre elles (porter une affaire devant une juridiction de jugement ou la classer, sauf pour insuffisance de preuves) au procureur européen qui assure la surveillance de l'affaire, lorsque cette délégation est justifiée au regard de la gravité de l'infraction ou de la complexité de la procédure (Article 10§7). Cette décision, qui pourra être retirée à tout moment, sera nécessairement portée à la connaissance du chef du Parquet européen qui pourra, dans un délai de trois jours, demander à la chambre permanente de revoir sa décision lorsqu'il l'estimera nécessaire pour garantir la cohérence des enquêtes et des poursuites menées.

1056. Les présidents des chambres permanentes informeront le collège des décisions prises par celles-ci, afin qu'il puisse remplir sa mission d'assurer « *la cohérence et l'efficacité, dans l'ensemble des Etats membres, de la politique du Parquet européen en matière de poursuites* », conformément à l'article 9 du règlement (Article 10§10).

1057. Les attributions du chef du parquet européen et de ses adjoints -. L'article 11 du règlement définit les attributions du chef du Parquet européen et de ses adjoints. Le premier organisera les travaux, dirigera les activités du Parquet européen et adoptera les décisions en application du règlement et du règlement intérieur. Il sera également chargé de représenter l'autorité auprès des institutions européennes et des

Etats membres. Ses adjoints, nommés pour le seconder ou le remplacer en cas d'absence ou d'empêchement, pourront également se voir déléguer les tâches de représentation.

1058. Les attributions des procureurs européens -. Les procureurs européens seront des intermédiaires entre l'échelon central et l'échelon décentralisé (article 12§5) et agiront en étroite concertation avec les PED (*Ibid.*). Conformément à l'article 12§1, ils assureront, au nom de la chambre permanente et en respectant toute instruction donnée par celle-ci, la surveillance des enquêtes et des poursuites dont seront responsables les procureurs européens délégués chargés de l'affaire dans leur État membre d'origine. Ils seront chargés de présenter des résumés des affaires dont ils assureront la surveillance ainsi que, le cas échéant, des propositions de décisions à la chambre permanente sur la base des projets de décisions établis par le PED. Ils pourront, à leur tour, conformément au droit national applicable et aux instructions de la chambre permanente, donner des instructions au procureur européen délégué chargé de l'affaire, lorsque cela est nécessaire pour une gestion efficace de l'enquête ou des poursuites ou dans l'intérêt de la justice ou encore pour assurer le fonctionnement cohérent du Parquet européen (article 12§4).

1059. Les attributions des procureurs européens délégués -. L'essentiel de l'activité opérationnelle du Parquet européen reposera sur l'échelon décentralisé. Par application de l'article 13§1 du règlement, les PED seront responsables des enquêtes et des poursuites qu'ils engagent, qui leur sont confiées ou dont ils se saisissent en exerçant leur droit d'évocation, conformément aux dispositions du règlement et aux instructions données par la chambre permanente ou le procureur européen chargés de l'affaire. Ils seront également responsables de la mise en état des affaires et disposeront notamment du pouvoir de présenter des arguments à l'audience, de prendre part à l'obtention des moyens de preuve et d'exercer les voies de recours existantes conformément au droit national. A cette fin, ils devront être « *investis des mêmes pouvoirs que les procureurs nationaux dans le domaine des enquêtes, des poursuites et de la mise en état des affaires, en plus et sous réserve [cependant] des pouvoirs et du statut particuliers qui leur sont conférés et dans les conditions prévues par le présent règlement* » (article 13§1).

Dans des cas exceptionnels cependant, les prérogatives qui sont classiquement les leurs pourront être exercées par le procureur européen.

b) La répartition exceptionnelle

1060. Si les procureurs européens délégués seront en principe responsables des enquêtes et des poursuites, le règlement prévoit néanmoins un mécanisme de substitution du procureur européen délégué chargé de l'affaire par le procureur européen chargé d'en assurer la surveillance.

1061. Ce mécanisme, qui déroge à la répartition habituelle des attributions entre l'échelon central et l'échelon décentralisé, avait déjà été envisagé par la Commission dans sa proposition initiale²⁴⁴². Le règlement l'a conservé, en prévoyant qu'« [à] titre exceptionnel, après avoir obtenu l'approbation de la chambre permanente compétente, le procureur européen chargé de la surveillance de l'affaire peut prendre la décision motivée de conduire l'enquête personnellement, soit en prenant personnellement les mesures d'enquête et les autres mesures, soit en confiant ces tâches aux autorités compétentes de son État membre, si cela semble indispensable pour assurer l'efficacité de l'enquête ou des poursuites » (article 28§4). Il précise les critères sur lesquels peuvent reposer une telle décision, c'est-à-dire la gravité de l'infraction compte tenu notamment de ses répercussions possibles au niveau de l'Union, l'implication de fonctionnaires ou d'autres agents de l'Union, ou des membres des institutions de l'Union ou la défaillance du mécanisme de réattribution d'une affaire à un autre procureur européen délégué du même Etat prévu à l'article 28§3.

1062. Les États membres devront veiller à ce que le procureur européen ait le droit d'ordonner ou de demander des mesures d'enquête et d'autres mesures et à ce qu'il ait tous les pouvoirs, responsabilités et obligations qui incombent à un procureur européen délégué conformément au règlement et au droit national (article 28§3).

1063. L'observation des règles prévues par le règlement met en exergue la manière dont le Parquet européen s'appuiera sur des autorités issues des systèmes nationaux qui seront intégrés à sa structure et réintégreront leur corps d'origine à l'issue de leur mandat européen. La répartition des attributions au sein du Parquet européen montre également que si l'essentiel de l'activité opérationnelle de l'organe reposera sur les procureurs européens délégués, investis des mêmes pouvoirs que les procureurs nationaux en matière pénale, l'échelon central disposera d'attributions cardinales sur les suites données aux enquêtes diligentées. Sauf exception, il appartiendra aux chambres permanentes de décider sur la base des observations du procureur européen délégué et,

²⁴⁴² Son article 18§5 prévoyait que lorsque la gravité de l'infraction, des circonstances spécifiques liées au contrevenant présumé, la dimension transfrontière de l'affaire le justifient, lorsque le procureur européen délégué est indisponible ou que les autorités nationales le demandent, le procureur européen peut se substituer au procureur européen délégué.

le cas échéant, du procureur européen de l'exercice de poursuites, d'un classement sans suite ou du recours à une procédure simplifiée, fondée sur un accord entre le représentant du Parquet européen et la personne suspectée.

1064. Le soutien apporté par des autorités nationales ne se résume toutefois pas au concours des autorités intégrées à la structure du Parquet européen. Son action impliquera également l'appui d'autorités internes, extérieures à celui-ci.

B. L'appui d'autorités internes extérieures à la structure du Parquet européen

1065. Le système imaginé à l'échelon de l'Union européenne présente la particularité d'être incomplet. Aussi, ne peut-il avoir vocation à fonctionner sans l'appui des systèmes nationaux²⁴⁴³. S'il envisage effectivement la création d'une autorité européenne responsable des enquêtes et des poursuites à l'encontre des fraudes au budget commun, il ne prévoit ni l'instauration d'une police judiciaire européenne pour mettre en œuvre les actes d'investigation nécessaires, ni celle d'un juge européen pour statuer sur le bien-fondé des accusations portées.

1066. Cette incomplétude ou hybridité du système européen est une constante des projets européens en la matière. Le *Corpus juris* avait opté pour un tel choix, se contentant d'astreindre les autorités nationales d'investigation à une obligation d'assistance (article 18§5). Surtout, il n'avait déduit ni de l'élaboration d'infractions européennes, ni du projet de création du ministère public européen la nécessité de créer une juridiction européenne compétente pour trancher la question de la culpabilité d'une personne mise en cause. Au stade de l'enquête et jusqu'à sa clôture (article 25 bis§§1 et 3), la garantie judiciaire était située au sein des Etats membres. Il en allait de même du jugement des auteurs et complices de fraudes aux intérêts financiers européens et de l'appel (article 26). Le règlement, comme la proposition de la Commission avant lui, a conservé ces traits caractéristiques et fait donc reposer l'action du Parquet européen sur les autorités internes d'investigation (1) et sur les juges nationaux (2).

²⁴⁴³ V. not., D. FLORE, Avec la collaboration de S. BOLSY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, op. cit., n°1375, p. 793 ; C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, op. cit., n°145, pp. 187-188.

1) *Le concours des autorités internes d'investigation*

1067. Dans le cadre de ses enquêtes, le procureur européen délégué pourra, conformément à la législation nationale et au règlement, prendre de sa propre initiative des mesures d'enquête ou en charger les autorités compétentes de son Etat membre. Celles-ci seront alors tenues de lui prêter une assistance et un soutien actifs (article 5§6), de suivre ses instructions et de veiller à ce que les mesures qu'il les a chargées de prendre soient mises en œuvre (article 28§1)²⁴⁴⁴. Les mêmes règles s'appliqueront lorsque, dans des circonstances particulières, le procureur européen conservera la maîtrise de l'enquête (article 28§4). Le fonctionnement du système envisagé à l'échelon européen supposera encore et surtout le concours des juges nationaux.

2) *Le concours des juges nationaux*

1068. Le juge interne interviendra non seulement au cours des investigations (a) mais aussi au stade du jugement (b).

a) *Le concours du juge national au stade des investigations*

1069. Les projet et propositions antérieurs -. Le projet fondateur avait fait de la garantie judiciaire l'un des axes principaux du système d'enquête et de poursuites imaginé à l'échelon européen, déterminant assez précisément quel devait être son rôle au cours et à l'issue des investigations. Il précisait notamment qu'un « juge des libertés » devait, sauf urgence, intervenir en amont de toute mesure privative ou restrictive des droits et libertés fondamentaux reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme prises au cours de la phase d'enquête, afin d'en contrôler la légalité et la régularité, ainsi que le respect des principes de nécessité et de proportionnalité (article 25§2). Il devait également être compétent pour vérifier, à l'issue des investigations, la régularité de la procédure en cas de renvoi en jugement et exclusion, le cas échéant, les preuves obtenues en violation du *Corpus juris* et saisir la juridiction de jugement (article 25§3). Les rédacteurs de ce premier projet avaient cependant estimé que ce « juge des libertés » serait un juge national, désigné par chaque Etat membre dans des conditions

²⁴⁴⁴ V. not., C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, *op. cit.*, n°145, p. 187.

garantissant son indépendance et son impartialité et siégeant dans le tribunal auprès duquel le procureur européen délégué serait installé²⁴⁴⁵. Ils considéraient en effet, compte tenu de l'affaiblissement des disparités nationales sous l'effet de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour, qu'il était permis de renvoyer au juge interne²⁴⁴⁶. De même, la proposition de la Commission de 2013 prévoyait, pour une série de mesures qu'elle énumérait ou en fonction du droit national applicable, l'intervention préalable de « *l'autorité judiciaire compétente de l'État membre sur le territoire duquel elles doivent être exécutées* » (article 26§§4 et 5).

1070. Les dispositions du règlement -. Moins injonctif sur les contours de l'intervention du juge au stade des investigations et à son issue puisqu'il renvoie très largement au droit interne applicable (articles 30§5 et 31§3)²⁴⁴⁷, le règlement conserve cependant l'idée d'un contrôle exercé par l'autorité judiciaire compétente au sein des Etats membres.

b) Le concours des juridictions nationales de jugement

1071. Malgré des propositions en faveur d'une juridiction européenne de jugement²⁴⁴⁸, le règlement prévoit que le Parquet européen « *exerce[ra] l'action publique devant les juridictions compétentes des États membres jusqu'à ce que l'affaire ait été définitivement jugée* » (article 4)²⁴⁴⁹. En cela, il suit la formule de l'article 86§2 du TFUE. L'action publique sera en principe portée devant les juridictions de l'Etat membre du procureur européen délégué chargé de l'affaire (article 36§3), sauf à ce que la chambre permanente compétente en décide autrement (*ibid.*) ou à ce qu'elle décide de joindre plusieurs affaires lorsque des enquêtes menées par différents procureurs européens délégués, concernent la ou les mêmes personnes (article 30§3). La juridiction nationale

²⁴⁴⁵ M. DELMAS-MARTY, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 113.

²⁴⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁴⁷ V., *Infra*, n°1087.

²⁴⁴⁸ V. not., V. COVOLO, « Et la judiciarisation de l'espace pénal de l'Union fut ... Mais où se cache le juge pénal européen ? », *Cah. dr. eur.*, 2011, pp. 148 et s. ; V. ég., D. FLORE, Avec la collaboration de S. BOLSY, *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, *op. cit.*, n°1383 et s., pp. 798 et s. (Ces auteurs relèvent les avantages qu'aurait constitué la création d'une juridiction européenne. Ils notent que l'exercice de l'action publique devant des juridictions nationales par un organe européen susciterait inévitablement des difficultés juridiques liées à l'interpénétration de plusieurs ordres juridiques et induirait une certaine réticence des Etats membres à voir leurs juridictions répondre à des réquisitions d'un ministère public européen et à subir l'immixtion du niveau européen dans le niveau national. Au demeurant, la création d'une autorité européenne de jugement aurait assuré un *continuum* pénal, de la recherche au jugement ce qui constituait, selon eux, « la seule manière d'appréhender dans leur globalité les phénomènes criminels de grande ampleur, structurés en réseaux, trafics, organisations internationales qui traversent l'Europe et d'y donner une réponse appropriée et cohérente à la mesure d'une politique criminelle européenne »).

²⁴⁴⁹ V. not., C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, *op. cit.*, n°145, p. 187.

effectivement compétente sera déterminée sur la base du droit de l'Etat dans lequel il aura été décidé d'exercer les poursuites (article 36§5).

1072. L'organisation décentralisée du Parquet européen, de même que le soutien qu'il trouvera dans les autorités extérieures à sa structure, qu'il s'agisse des autorités d'investigation ou de jugement, ont probablement orienté le choix d'une application complémentaire des droits nationaux, plus acceptable politiquement.

§2^d - L'application complémentaire du droit des Etats membres

1073. Le règlement opte, comme toutes les propositions qui l'ont précédé, pour l'application complémentaire des législations nationales. Le principe est que les droits internes régiront toutes les questions non traitées par le règlement (A). Plus acceptable et plus aisé, ce choix soulève cependant quelques questions (B).

A. L'option choisie

1074. Aux termes de l'article 5§3 du règlement, « *[L]es enquêtes et poursuites menées au nom du Parquet européen sont régies par le [...] règlement* » lorsque la question est réglée par celui-ci. Ses dispositions prévaudront alors sur les droits internes, applicables à titre subsidiaire. Si le principe d'une application complémentaire des droits internes n'est pas une idée neuve (1), le règlement opte pour un haut degré de complémentarité, en ce sens que les règles européennes communes sont moins nombreuses au profit de l'application des règles nationales (2).

1) Le choix de l'application complémentaire des droits nationaux

1075. L'organisation du Parquet européen n'est pas sans incidence sur la détermination des règles applicables à son action. Une organisation centralisée reposant sur quelques procureurs européens aurait impliqué l'élaboration d'un *corpus* complet et précis de normes européennes, déterminant tant les pouvoirs de ses membres que les règles procédurales applicables à leur exercice. L'application complémentaire des droits internes aurait été plus difficilement concevable car elle aurait supposé que ses quelques membres aient une fine connaissance des législations de l'ensemble des Etats

membres²⁴⁵⁰. Une telle organisation, qui aurait témoigné d'un très fort niveau d'intégration, n'a jamais été préconisée.

Le choix d'une organisation décentralisée et d'une composition collégiale à l'échelon central autorisait néanmoins plusieurs solutions. Reposant sur des magistrats issus de chaque Etat membre et agissant en leur sein, les règles applicables pouvaient aussi bien reposer sur les droits nationaux, que les membres du Parquet européen connaissent nécessairement²⁴⁵¹, que sur des dispositions européennes communes plus ou moins précises²⁴⁵². Le règlement rejette l'idée d'une uniformisation extrême des règles applicables au fonctionnement du Parquet européen (a), à la faveur d'une uniformisation maîtrisée, réservant ainsi une place aux droits internes (b).

a) Le rejet d'une uniformisation poussée des règles régissant l'activité du Parquet européen

1076. Les propositions formulées en ce sens -. A notre connaissance, seule une étude universitaire, cofinancée par la Commission Européenne, a proposé une uniformisation poussée des règles applicables à l'action du Parquet européen²⁴⁵³. L'European Public Prosecutor Office Project, conduit au sein de l'Université de Luxembourg sous la direction de Madame le Professeur Ligeti, a en effet donné lieu, sur la base d'une synthèse des droits nationaux et des exigences développées par la Cour européenne des droits de l'homme²⁴⁵⁴, à l'élaboration de « règles modèles », esquissant la procédure applicable par le Parquet européen, sans aucun renvoi aux procédures pénales nationales²⁴⁵⁵. L'étude a formulé les principes encadrant le recueil de preuve, tels que les principes de légalité procédurale (règle 8) et de proportionnalité (règle 9) ou l'exigence d'enquêter à « charge et à décharge » (règle 10). Elle a également envisagé les garanties procédurales de la personne suspectée (règle 12), à l'image de ses droits à l'interprétation et à la traduction (règle 13), à l'assistance d'un avocat (règle 14), de solliciter des investigations (règle 15), d'accéder aux éléments de l'affaire (règle 16), de ne pas contribuer à sa propre incrimination (règle 18) ou encore d'être informée de tous

²⁴⁵⁰ K. LIGETI et M. SIMONATO, « The European Public Prosecutor's Office : Toward a truly European Prosecutor Service ? », *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 4, Issue 1–2, 2013, pp. 14 et s.

²⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 18.

²⁴⁵² *Ibid.*

²⁴⁵³ K. LIGETI, « Introduction aux règles modèles », accessible à l'adresse : <http://www.eppo-project.eu>, p. 3.

²⁴⁵⁴ K. LIGETI (sous la dir.), *Toward a Prosecutor for the European Union*, Vol. 1, A comparative analysis, Hart Publishing, Oxford, 2012, 1096 p. (l'ouvrage compile les synthèses des principales règles applicables dans chaque système national, utile à l'élaboration des règles procédurales propres au Parquet européen).

²⁴⁵⁵ K. LIGETI, « Introduction aux règles modèles », accessible à l'adresse : <http://www.eppo-project.eu>, p. 4.

les éléments de preuves à l'issue de l'enquête (règles 17). Les règles modèles ont encore formulé des règles relatives à l'ouverture des enquêtes (règle 21) ou aux pouvoirs d'enquête, soumis (règles 47 à 57²⁴⁵⁶) ou non (règles 23 à 46²⁴⁵⁷), selon le degré de coercition et d'atteinte aux libertés protégées à l'autorisation préalable d'un juge ou à un contrôle rapide *a posteriori* en cas d'urgence. Les conditions de fond et de forme régissant les mesures privatives de liberté de courte (règle 58) ou de plus longue durée (règles 59, 60 et 62) et les droits de la personne provisoirement détenue (règle 61) ont été prévus. De même, ont été précisés les principes inhérents à l'obligation de poursuivre (règle 63), à la détermination de la juridiction compétente pour juger les faits (règle 64), à la clôture de l'enquête (règle 65) ou encore à la suspension des poursuites (règle 66).

1077. L'intérêt d'une unification poussée -. L'uniformisation proposée n'était pas sans intérêt. Elle confortait l'idée « *d'un organe indivisible [...] fonctionnant comme un Parquet unique* »²⁴⁵⁸ et simplifiait son fonctionnement. L'action du Parquet et les protections offertes à la personne impliquée auraient été régies par des règles uniformes et homogènes et non par un cadre à géométrie variable car dépendant des droits nationaux.

1078. L'élaboration d'un *corpus* de règles unifiées n'est cependant pas exempte d'inconvénients majeurs. Celle-ci aurait inévitablement freiné la création du Parquet européen, en rendant plus complexe l'obtention d'un accord entre les Etats membres. De plus, dès lors que l'organe s'appuie sur des autorités internes portant l'action publique devant les juridictions nationales, l'élaboration de règles communes aurait impliqué l'application de deux ensembles de normes distincts sur un même territoire en fonction de l'infraction en cause, au risque de certaines incohérences²⁴⁵⁹. Ceci explique probablement le choix toujours opéré en faveur d'une application complémentaire des

²⁴⁵⁶ Ainsi des perquisitions, des examens médicaux, des injonctions de produire de documents autres que ceux à usage professionnel ou d'affaire, des interceptions de télécommunication, de la surveillance en temps réel des données du trafic, la surveillance des lieux non-publics, du suivi des transactions financières, du gel des transactions financières futures et des enquêtes discrètes (ou infiltrations).

²⁴⁵⁷ Ainsi des mesures dites « non coercitives », c'est-à-dire l'accès à des registres nationaux et européens, des interrogatoires des suspects et des témoins, des mesures de protection des témoins, de l'enregistrement des déclarations, de la désignation d'un expert. Ainsi également de mesures qui, certes coercitives, n'exigeraient pas l'intervention préalable d'un juge : la coopération des fournisseurs de services et des institutions financières ou de crédit, la convocation des témoins et des suspects, les mesures d'identification, l'accès à certains locaux et documents, l'injonction de produire des documents ou des données, l'inspection des moyens de transport, la saisie des éléments de preuves, le placement sous scellés d'éléments de preuves, la collecte et au traitement de données à caractère personnel, la surveillance ciblée dans les lieux publics, la géolocalisation ou encore les livraisons contrôlées de marchandises ou de transactions financières.

²⁴⁵⁸ Proposition de règlement portant création du Parquet européen, 5766/17, Bruxelles, le 31 janvier 2017, article 7.

²⁴⁵⁹ K. LIGETI et M. SIMONATO, « The European Public Prosecutor's Office : Toward a truly European Prosecutor Service ? », préc., p. 19.

droits internes et donc, d'une uniformisation plutôt maîtrisée des règles régissant l'activité du Parquet européen.

b) Le choix d'une uniformisation maîtrisée des règles régissant l'activité du Parquet européen

1079. L'option classiquement retenue -. Le *Corpus juris* a fait le choix de l'application complémentaire des législations nationales. Ses auteurs rappelaient qu'il n'avait pas vocation à élaborer un « code complet »²⁴⁶⁰ mais, plus modestement, à déterminer « quelques règles communes »²⁴⁶¹ essentielles au fonctionnement du ministère public européen et à la réalisation des objectifs poursuivis par celui-ci. Il s'agissait, en définitive, de simplifier et rendre plus effective la protection du budget commun encore trop souvent entravée par le morcellement de l'espace pénal européen.

1080. La première version du *Corpus juris* avait ainsi indiqué que les législations nationales trouveraient à s'appliquer « *en cas de lacune du corpus* » (article 35). Le principe d'une application complémentaire des droits nationaux a cependant fait l'objet de précisions dans la version révisée du projet, qui indiquait que ses dispositions procédurales devaient être complétées « *si nécessaire* » par le droit national, c'est-à-dire « *[s]elon la phase de la procédure [par] celui du lieu des investigations, des poursuites, du jugement ou de l'exécution de la condamnation* » (article 35§1). D'autres précisions étaient à rechercher dans les dispositifs d'application qui précisaient que « *les modalités de détail* » concernant les mesures d'investigation susceptibles d'être mises en œuvre, telles que les perquisitions et les saisies, devaient être réglées par les droits internes « *pour autant que le Corpus juris ne comport[ait] aucune disposition spécifique en la matière* » (article 20). De même, les modalités du contrôle judiciaire et des recours ouverts à l'accusé provisoirement détenu (article 25 *quater*) ainsi que les règles relatives aux privilèges et immunités (article 20) devaient être déterminées par référence aux droits internes.

1081. Si un renvoi aux droits internes était donc de principe, le *Corpus juris* a toutefois déterminé un socle important de règles communes. Celles-ci se rapportaient non seulement au statut et à la composition du ministère public européen (article 18) mais aussi aux conditions de sa saisine et de la mise en mouvement de l'action publique, (article 19), à son rôle lors de la clôture des enquêtes (article 21) et dans l'exécution des jugements (article 22), à ses pouvoirs d'investigation (article 20), aux modalités

²⁴⁶⁰ M. DELMAS-MARTY et J.A.E. VERVAELE, *La mise en œuvre du Corpus juris dans les États membres*, op. cit., Vol. 1, p. 103.

²⁴⁶¹ *Ibid.*

d'exercice et de l'extinction de l'action publique (article 22) ou encore au rôle du juge dans la mise en œuvre des mesures d'investigation (article 25^{bis}§2) ou conservatoires (article 25^{quater}) et à l'issue de l'enquête (article 25^{bis}§3). Les preuves admises (article 32) ou exclues (article 33) et les droits de la défense de la personne mise en cause à l'occasion d'une procédure conduite par le ministère public européen (article 29) étaient également précisés.

1082. Certaines précisions apportées par le *Corpus juris* peuvent être plus utilement rappelées. Les rédacteurs du projet fondateur avaient ainsi prévu que, dans la logique de l'instauration d'un espace judiciaire européen, les membres du ministère public européen devaient être dotés « de pouvoirs identiques dans les quinze pays [composant, alors,] l'Union »²⁴⁶². L'idée était alors de simplifier le fonctionnement de l'organe et le déplacement, au sein de cet espace, du procureur européen général et des procureurs européens délégués qui, selon le projet, devaient être « itinérants »²⁴⁶³.

Le *Corpus juris* avait également spécifié le rôle du « juge des libertés » qui, indépendant et impartial, ne devait disposer d'aucun pouvoir d'investigation. En revanche, son rôle au stade de l'enquête était précisé : le juge devait être saisi, sauf urgence, préalablement à toute mesure coercitive ou particulièrement intrusive (article 25^{bis}§2) afin d'en contrôler la légalité et la régularité²⁴⁶⁴ ou pour décider d'un placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire (article 25^{quater}). De même, il déterminait son rôle lors de la clôture de l'enquête : le juge devait tenir une audience contradictoire, à l'issue de laquelle il statuerait sur la régularité de la procédure et confirmerait les charges existantes avant de saisir la juridiction de jugement.

Le souci d'uniformisation était encore perceptible dans les garanties reconnues à la personne mise en cause. Expliquant la nécessité, dans le cadre de ce projet, de dépasser l'opposition traditionnelle entre procédure inquisitoire et procédure accusatoire qui imprimait les différents systèmes nationaux, le projet contenait certaines règles assurant à la procédure un caractère contradictoire, en temps opportun²⁴⁶⁵. Il avait notamment précisé – de façon assez sommaire, il est vrai – qu'« une personne ne [pouvait] être entendue comme témoin mais [devait] être considérée comme accusé à partir de tout acte

²⁴⁶² M. DELMAS-MARTY, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, op. cit., p. 81.

²⁴⁶³ *Ibid.*, p. 87.

²⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 91-93 ; V. ég., M. DELMAS-MARTY et J.A.E. VERVAELE, *La mise en œuvre du Corpus juris dans les États membres*, op. cit., Vol. 1, p. 36 (Perçues comme « un mal nécessaire », ces mesures devaient faire l'objet d'un encadrement. Si celui-ci pouvait être recherché par la détermination des conditions de leur mise en œuvre, les rédacteurs du projet estimaient que la protection des personnes soumises à de telles mesures pouvait surtout être assurée par « l'interdiction, pour l'organe chargé des investigations et des poursuites, de faire usage de tels pouvoirs sous sa seule responsabilité »).

²⁴⁶⁵ M. DELMAS-MARTY, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, op. cit., p. 95.

constatant, dénonçant ou révélant l'existence d'indices graves et concordants de culpabilité à sa charge et, au plus tard, lors du premier interrogatoire par une autorité ayant connaissance de l'existence de tels indices » (article 29§1). En tant qu'accusé, la personne mise en cause devait bénéficier « durant toute la durée de la procédure ouverte [...] des droits de la défense qui lui sont accordés par la Convention européenne des droits de l'homme et par le Pacte international de l'ONU sur les droits civils et politiques » et être informée « avant tout interrogatoire, de son droit de se taire » et, « au plus tard lors du premier interrogatoire, [...] du contenu des charges existant contre [elle] » (*ibid.*)²⁴⁶⁶.

1083. La proposition de la Commission présentait des similarités avec ce premier projet. Elle reposait également sur l'application complémentaire des droits nationaux (article 11)²⁴⁶⁷, précisant que les règles techniques applicables à la mise en œuvre des mesures d'investigation par les membres du Parquet européen devraient être déterminées par référence au droit national de « l'Etat membre sur le territoire duquel l'enquête [est] menée[...] » (consid. 19)²⁴⁶⁸. De même, elle renvoyait très régulièrement aux procédures prévues par le droit national pour définir le détail des règles applicables aux investigations dirigées et aux poursuites exercées par les membres du Parquet européen²⁴⁶⁹. A la manière du *Corpus juris*, elle contenait toutefois différentes dispositions ayant vocation à assurer une certaine uniformité à l'action du Parquet européen. Par-delà les dispositions nécessairement unifiées, puisque touchant à la composition et au fonctionnement du Parquet européen (article 6), à la nomination et à la révocation de ses membres (articles 8 à 10), à leur compétence *ratione materiae* et *loci* (articles 12 à 14), au déclenchement (article 16), au déroulement (article 18) et à la clôture des enquêtes en son sein (articles 27 à 29) ou encore à l'admissibilité des preuves

²⁴⁶⁶ Les auteurs du rapport français sur la mise en œuvre du *Corpus juris* avaient pointé les difficultés auxquelles se serait heurtée l'application de ces dispositions en France – parce qu'il existait de réelles distorsions entre le droit interne, subsidiairement applicable, et le projet européen –, appelant en conséquence les rédacteurs de celui-ci à apporter de plus amples précisions sur les garanties de la personnes mises en cause afin qu'elles puissent être directement appliquées, c'est-à-dire sans renvoi à la législation nationale (M. DELMAS-MARTY et S. MANACORDA, « Rapport national français », préc., p. 338).

²⁴⁶⁷ « Les enquêtes et les poursuites menées par le Parquet européen sont régies par le présent règlement ». Toutefois, « [l]e droit national s'applique dans la mesure où une question n'est pas réglée par le présent règlement [...]. Lorsqu'une question est régie à la fois par le droit national et par le présent règlement, ce dernier prévaut ».

²⁴⁶⁸ « Il convient de déterminer les règles de procédure applicables aux activités du Parquet européen. Puisqu'il serait disproportionné de fournir des dispositions détaillées régissant la conduite de ses enquêtes et poursuites, le présent règlement devrait se borner à énumérer les mesures d'enquête auxquelles le Parquet européen peut être amené à recourir et laisser au droit national le soin de régler les autres questions, notamment de prévoir les dispositions relatives à leur exécution » ; V. ég., COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de règlement du Conseil portant création d'un Parquet européen, COM(2013)534 final, Exposé des motifs, point 3.3.3, p. 7 (« La section 3 (Mesures d'enquête) énumère chacune des mesures d'enquête auxquelles le Parquet européen pourra recourir et elle fixe les conditions dans lesquelles ces mesures pourront être demandées ou ordonnées. Le texte ne régleme pas en détail chacune de ces mesures et rend nécessaire l'application du droit national »).

²⁴⁶⁹ V. not., Article 19 (« Levée des privilèges ou des immunités ») ; Article 26 (« Mesures d'enquête », y compris placement sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire) ; Article 32§5 (« Portée des droits conférés aux suspects et aux personnes poursuivies ainsi qu'à d'autres personnes concernées ») ; Article 33 (« Droit de garder le silence et d'être présumé innocent ») ; Article 34 (« Droit à l'aide juridictionnelle ») ; Article 35 (« Droits en matière de preuve ») ...

(article 30), elle fixait certaines règles relatives à la conduite des investigations et des poursuites. Ainsi, arrêtaient-elle les principes généraux destinés à régir les activités du Parquet européen : principe de proportionnalité, de nécessité, de célérité et d'impartialité des enquêtes (article 11). De même elle précisait les mesures susceptibles d'être mises en œuvre par ses membres (article 26) et définissait le rôle du juge à ce stade (*ibid.*). Une vingtaine de mesures d'investigation que les membres du Parquet européen devaient nécessairement être habilités à mettre en œuvre étaient concrètement listées²⁴⁷⁰. Si elle renvoyait aux droits nationaux pour déterminer les règles techniques applicables à leur mise en œuvre (article 26§2), elle énonçait aussi certains principes, au premier rang desquels un principe d'exceptionnalité des mesures les plus intrusives. Ce n'était en effet qu'à la condition qu'aucune autre mesure ne permette l'obtention d'un même résultat que de telles mesures pouvaient être mises en œuvre (article 26§4). La proposition déterminait encore les mesures nécessairement soumises au contrôle préalable du juge (*ibid.*)²⁴⁷¹, les autres y étant soumises en fonction des droits nationaux. En revanche, à la différence du *Corpus juris*, elle ne définissait pas le rôle du juge à la clôture de l'enquête.

D'autres dispositions énuméraient les garanties offertes aux personnes concernées par la procédure. Si la proposition se référait alors aux directives de l'Union, et aux lois internes de transposition (article 32§5), elle apportait néanmoins certaines précisions. Indépendamment des garanties envisagées par les directives européennes déjà adoptées et ceux que confèrent les droits nationaux à la personne mise en cause, la proposition donnait d'importantes indications concernant les droits de se taire, de ne pas contribuer à sa propre incrimination, au respect de la présomption d'innocence (article 33) et à l'aide juridictionnelle (article 34). Elle envisageait encore le droit de toute « *personne suspectée et poursuivie [...] de présenter des preuves aux fins de leur examen par le Parquet européen* » et de lui demander « *de recueillir tous les éléments de preuve pertinents pour l'enquête, y compris de nommer des experts et d'auditionner des témoins* » (article 35). Ces règles qui définissaient « *de manière autonome d'autres droits sur lesquels l'Union n'avait pas encore légiféré* » devaient apporter, selon ses termes, « *un degré supplémentaire de protection par rapport à ce que*

²⁴⁷⁰ Perquisitions, injonction de produire des objets ou documents pertinents y compris des données relatives au trafic ou des coordonnées bancaires, apposition de scellés, gel de données informatiques, gel d'instruments et de produits du crime, interceptions de télécommunication, surveillance de transactions financières et gel de celles-ci, surveillance de lieux non publics, enquêtes discrètes ou encore des mesures d'identification (Article 26§1).

²⁴⁷¹ Sur le contrôle juridictionnel dans la proposition de la Commission, V. not., COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de règlement du Conseil portant création d'un Parquet européen, COM(2013)534 final, Exposé des motifs, point 3.3.5 ; V. ég., K. LIGETI et V. FRANSSEN, « Le contrôle juridictionnel dans les projets du parquet européen », préc., p. 148-149 ; J. TRICOT, « Le contrôle juridictionnel du parquet européen dans les projets législatifs. Observations critiques sur la proposition de règlement portant création du parquet européen », in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA et J. TRICOT (sous la dir.), *Le contrôle judiciaire du parquet européen. Nécessité, modèles, enjeux, op.cit.*, p. 155 ; P.-J. CSONKA, « Le choix du juge national par la Commission », *Ibid.*, p. 249 ; S. MANACORDA, « La localisation de la garantie juridictionnelle du Parquet européen », *Ibid.*, pp. 255 et s.

prévoit la législation nationale, de sorte que les suspects [pouvaient] bénéficier directement d'une protection conférée par le droit de l'Union »²⁴⁷².

1084. Le règlement conserve le principe de l'application complémentaire des droits internes et celui de la primauté du règlement européen lorsque la question est régie par celui-ci (Article 5§3). Différentes dispositions reflètent néanmoins un épuisement des règles communes européennes, au profit du jeu des droits nationaux tels qu'ils s'appliquent dans les procédures nationales similaires.

2) Le choix d'un haut degré de complémentarité

1085. Le règlement contient nécessairement un socle de règles invariables, car directement liées à l'organe lui-même. Ainsi de celles qui déterminent la composition du Parquet européen, la nomination, la révocation et le statut de ses membres, l'exercice de sa compétence par l'organe, son organisation et son fonctionnement, les principes généraux régissant ses activités, les règles relatives aux enquêtes transfrontières, à la clôture de l'enquête et à la mise en œuvre des poursuites ... Les dispositions relatives à la conduite effective des investigations manifestent en revanche un certain essoufflement des règles communes au profit de l'application des législations internes. Les dispositions relatives aux mesures d'enquête et aux garanties offertes à la personne mise en cause sont topiques de cette évolution du projet.

1086. L'essoufflement des règles communes européennes relatives aux mesures d'enquête -. L'article 30 du règlement, relatif aux mesures d'enquête et autres mesures, est une première illustration d'un épuisement des règles communes au profit des droits internes. Celui-ci énumère de façon plus limitative les mesures d'investigation que les procureurs européens délégués devront être habilités à ordonner ou à demander lorsque l'infraction qui fait l'objet de l'enquête est passible d'une peine maximale de quatre ans d'emprisonnement au moins (article 30§1), sous réserve des éventuelles conditions particulières et restrictions prévues par les droits nationaux (article 30§1²⁴⁷³ et 30§3). Par exemple, les mesures d'investigation les plus intrusives pourront être réservées à certaines « *infractions graves* » pour le droit interne. Si un Etat membre entend se prévaloir de cette limitation, il devra toutefois en avvertir le Parquet européen en

²⁴⁷² COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de règlement du Conseil portant création d'un Parquet européen, COM(2013)534 final, Exposé des motifs, point 3.4.4., p. 7.

²⁴⁷³ Celui-ci prévoit que la mise en œuvre des mesures d'enquête énumérées par l'article 30§1 pourront être assorties des conditions particulières, prévues par les droits nationaux, propres à certaines catégories de personnes ou de professionnels juridiquement tenus à une obligation de confidentialité.

précisant la liste des infractions concernées conformément à l'article 117 du règlement. Indépendamment de la détention provisoire, qui fait dorénavant l'objet d'une disposition particulière (article 33), cet article mentionne une dizaine de mesures.

Le règlement subordonne également leur mise en œuvre à l'existence de « *motifs raisonnables de croire que la mesure spécifique en question pourrait permettre d'obtenir des informations ou des éléments de preuve utiles à l'enquête* » (article 30§5), conformément au principe de proportionnalité qui constitue un principe général de l'action du Parquet européen (article 5§2). Dans le même ordre d'idée, il précise que toute mesure moins intrusive doit être préférée lorsqu'elle est susceptible d'aboutir au même résultat. Les règles techniques applicables seront déterminées « *par le droit national applicable* » (article 30§5), c'est-à-dire celui de l'Etat dont ressort le procureur européen délégué.

En plus des mesures envisagées par l'instrument, le procureur européen délégué aura la possibilité de recourir à toutes les mesures qui peuvent être mises en œuvre par les procureurs nationaux, « *conformément au droit national, dans le cadre de procédures nationales similaires* » (article 30§4)²⁴⁷⁴. Ce n'est là que la déclinaison du principe en application duquel les procureurs européens délégués doivent disposer de l'ensemble des pouvoirs dont les procureurs nationaux disposent dans le cadre des procédures nationales similaires (article 13§1).

Le règlement s'inscrit donc, pour partie, à contre-courant des préconisations du *Corpus juris* et de la proposition initiale de la Commission, tendant tous deux à garantir que les PED disposent, par principe, de prérogatives semblables dans le cadre de leurs enquêtes. Ce choix plus minimaliste laissera davantage place à des divergences. S'il remet en cause l'idée d'un « *organe indivisible [...] fonctionnant comme un Parquet unique* », il implique surtout, dans le cadre des enquêtes présentant un élément d'extranéité, l'existence de dispositions particulières pour remédier à l'inexistence d'une mesure d'enquête dans le droit de l'Etat membre sur le territoire duquel elle devrait être exécutée (article 31§§6 et s.)²⁴⁷⁵.

1087. L'épuisement des règles européennes communes relatives au contrôle judiciaire préalable de la mise en œuvre d'une mesure particulièrement intrusive -. Les dispositions relatives à l'autorisation judiciaire préalable à la mise en œuvre d'une mesure d'investigation intrusive sont un second exemple de l'essoufflement des règles européennes au profit de l'application des droits internes. Là encore, à la différence des projets antérieurs qui énuméraient les mesures d'enquête obligatoirement soumises à une autorisation du juge, le règlement n'évoque

²⁴⁷⁴ D'une manière générale, « *[l]es procureurs européens délégués [devront être] investis des mêmes pouvoirs que les procureurs nationaux dans le domaine des enquêtes, des poursuites et de la mise en état des affaires [...]* » (article 13§1).

²⁴⁷⁵ V. *Infra*, n°1092.

précisément ce point que dans le cadre des enquêtes transfrontières. En dehors de cette hypothèse, l'impératif d'une autorisation judiciaire dépendra entièrement des règles du droit national, conformément au principe général suivant lequel « [l]es procédures et les modalités d'adoption des mesures sont régies par le droit national applicable » (article 30§5). Dans le cadre des enquêtes transfrontières en revanche, la « rencontre » de droits susceptibles de diverger sur ce point a nécessité l'adoption de dispositions appropriées. Le règlement prévoit, à cet effet, que l'exigence d'une autorisation judiciaire préalable dépendra du droit de l'Etat du procureur européen délégué chargé de l'affaire ou du procureur européen délégué assistant (article 30§3)²⁴⁷⁶, c'est-à-dire celui dont l'assistance est sollicitée parce qu'une mesure d'investigation doit être mise en œuvre sur le territoire de son Etat (article 2§6).

1088. L'essoufflement des règles communes européennes relatives aux garanties procédurales des personnes concernées par une procédure diligentée par le Parquet européen -. Les dispositions relatives aux garanties procédurales des personnes concernées par une enquête diligentée par le Parquet européen reflètent également cet épuisement des règles européennes communes. Dans ce domaine, les propositions antérieures étaient en effet plus abouties. La version révisée du *Corpus juris*, dite « de Florence », avait précisé, de façon assez sommaire²⁴⁷⁷, les garanties qui devaient être reconnues à une personne mise en cause dans le cadre d'une procédure diligentée par le ministère public européen. La proposition de la Commission s'était partiellement inscrite dans ce sillon²⁴⁷⁸. A la différence de celle-ci, le règlement renvoie uniquement à la législation de l'Union (article 40§2) et aux législations des Etats membres (article 40§3). Il prévoit que, sans préjudice des droits procéduraux que leur accordera le droit national, les personnes impliquées dans les procédures pénales du Parquet européen devront bénéficier « *au minimum, des droits procéduraux prévus dans le droit de l'Union, y compris les directives concernant les droits des suspects et personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales, telles qu'elles ont été transposées en droit interne* » (article 40§2). Il vise donc les droits à l'interprétation et à la traduction²⁴⁷⁹, du droit à l'information et à l'accès aux pièces du dossier²⁴⁸⁰, à l'assistance d'un avocat, de communiquer avec des tiers en cas de

²⁴⁷⁶ Celui-ci prévoit que « [s]i la mesure requiert une autorisation judiciaire en vertu de la législation de l'Etat membre du procureur européen délégué assistant, ce dernier se charge de l'obtention de cette autorisation conformément à la législation de cet Etat membre ». En revanche, « lorsque la législation de l'Etat membre du procureur européen délégué assistant n'exige pas une telle autorisation judiciaire, mais que celle-ci est néanmoins requise par la législation de l'Etat membre du procureur européen délégué chargé de l'affaire, l'autorisation est obtenue par le procureur européen délégué chargé de l'affaire et présentée en même temps que la délégation ».

²⁴⁷⁷ M. DELMAS-MARTY et S. MANACORDA, « Rapport national français », préc., p. 338.

²⁴⁷⁸ V. *Supra.*, n°1082 et n°1083.

²⁴⁷⁹ Dir. 2010/64/UE, préc.

²⁴⁸⁰ Dir. 2012/13/UE, préc.

détention²⁴⁸¹, du droit de garder le silence, d'être présumé innocent²⁴⁸² et à l'aide juridictionnelle²⁴⁸³.

1089. Il est vrai que depuis la proposition de la Commission, la législation de l'Union en la matière s'est étoffée, de sorte que certaines des garanties reconnues de manière « autonome » par la proposition initiale ne s'imposent plus aujourd'hui. La méthode suivie par le règlement n'en traduit pas moins un relâchement des règles européennes au profit de l'application des droits nationaux. Songeons spécifiquement au droit pour la personne mise en cause de solliciter du Parquet européen des investigations complémentaires qui, prévu par la proposition de règlement de la Commission, n'a depuis lors fait l'objet d'aucune mesure de rapprochement des législations internes au niveau de l'Union. La reconnaissance de ce droit, qui aurait pu impliquer certaines adaptations du droit interne, sera dorénavant exclusivement dépendante de la législation de l'Etat membre du procureur européen délégué chargé de l'affaire.

1090. Le choix en faveur d'un haut degré de complémentarité des droits nationaux et d'un épuisement des règles communes européennes s'explique par sa plus grande acceptabilité sur le plan politique. Mécaniquement, moins le règlement contient de règles communes précises, plus il pourra être renvoyé aux droits internes tels qu'ils s'appliquent dans les procédures nationales similaires. Ce choix a simplifié, par là même, l'élaboration du règlement et l'obtention d'un consensus. Il n'en reste pas moins vrai que l'application subsidiaire des droits nationaux et le relâchement des règles européennes soulèvent certaines difficultés.

B. Les questions soulevées par l'application complémentaire des droits nationaux

1091. L'ensemble des questions posées ne portent pas sur le même plan. Une première interrogation concerne les conséquences de ce choix sur le fonctionnement du Parquet européen lui-même ; une autre, les implications de ces choix sur la mise en œuvre du règlement dans les droits internes, notamment français.

²⁴⁸¹ Dir. 2013/48/UE, préc.

²⁴⁸² Dir. 2016/343/UE, préc.

²⁴⁸³ Dir. 2016/1919/UE, préc.

1092. Les difficultés soulevées sur le plan du fonctionnement du Parquet européen -. Dans l'optique qui est la nôtre - envisager les implications possibles de la création de ce nouvel organe sur le droit interne -, la première question posée est la moins importante. L'inconvénient majeur de la solution retenue est de faire dépendre l'action du Parquet européen d'un cadre à géométrie variable. Le règlement a ainsi dû régler la question de la divergence des droits nationaux lorsqu'une mesure doit être réalisée ou ordonnée sur le territoire d'un Etat membre autre que celui dont ressort le procureur européen délégué chargé de l'affaire. Le principe est que la mesure déléguée est exécutée selon les formes prévues par le droit du procureur européen délégué assistant, celui-ci devant cependant faire cas des procédures et formalités indiquées par le procureur européen délégué chargé de l'affaire, pour autant « *qu'elles ne soient contraires aux principes fondamentaux du droit de l'Etat membre du procureur européen délégué assistant* » (article 32). Cette règle rappelle celle qui est généralement applicable, depuis la convention du 29 mai 2000²⁴⁸⁴, en matière d'entraide pénale entre les Etats membres de l'Union (article 4§1)²⁴⁸⁵, dorénavant reprise par la directive relative à la décision d'enquête européenne (article 9)²⁴⁸⁶. La procédure de délégation et les règles applicables en présence de telles divergences sont décrites à l'article 31 du règlement²⁴⁸⁷.

²⁴⁸⁴ Acte du Conseil du 29 mai 2000 établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, préc.

²⁴⁸⁵ Elle a été reprise dans le second protocole à la convention du Conseil de l'Europe relative à l'entraide judiciaire en matière pénale (article 8). Second protocole à la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, STE n°182, préc.

²⁴⁸⁶ Dir. 2014/41/UE, préc.

²⁴⁸⁷ Cette disposition rappelle d'abord le principe qui veut que « *[l]es procureurs européens délégués agissent en étroite coopération, en se prêtant mutuellement assistance et en se consultant régulièrement dans le cadre des affaires transfrontières* » (article 31§1). Elle précise ensuite les modalités applicables lorsqu'une mesure doit être prise dans un Etat membre autre que celui du procureur européen délégué chargé de l'affaire. Dans ce cas, ce dernier se prononce sur l'adoption de la mesure et la délègue à un procureur européen délégué situé dans l'Etat membre sur le territoire duquel la mesure doit être exécutée, sous réserve qu'il puisse lui-même y recourir (article 31§2). La justification et l'adoption de ces mesures sont régies par le droit de l'Etat membre du procureur européen délégué chargé de l'affaire. Lorsque le procureur européen délégué chargé de l'affaire délègue une mesure d'enquête à un ou plusieurs procureurs européens délégués d'un autre Etat membre, il en informe dans le même temps le procureur européen chargé de la surveillance de l'affaire dont il dépend. Outre les dispositions déjà évoquées concernant l'autorisation judiciaire de procéder à la mesure, l'article 31 définit les règles applicables à la délégation. S'il rappelle, en premier lieu, que le procureur européen délégué assistant est en principe tenu d'exécuter la mesure déléguée ou de charger les autorités nationales compétentes de la mettre en œuvre (article 31§4), il prévoit, en second lieu, les exceptions à l'exécution de la mesure et la procédure à suivre en cas de difficultés de cet ordre. L'article 31§5 précise, d'abord, les cas précis dans lesquels le procureur européen délégué assistant peut ne pas immédiatement mettre à exécution la mesure. Il en va ainsi lorsque « la délégation est incomplète ou comporte une erreur manifeste significative, ne peut pas être prise dans le délai fixé dans la délégation, pour des raisons objectives et justifiées ou qu'une autre mesure moins intrusive permettrait d'atteindre les mêmes résultats que la mesure déléguée. De même, lorsque la mesure déléguée n'existe pas, ou qu'il ne pourrait y avoir recours dans le cadre d'une procédure nationale similaire en vertu du droit de son Etat membre. Dans ces différentes circonstances, le procureur européen délégué assistant « *informe le procureur européen chargé de la surveillance de l'affaire dont il dépend et consulte le procureur européen délégué chargé de l'affaire en vue de régler la question au niveau bilatéral* ». Dans l'hypothèse spécifique où la mesure « *n'existe pas dans une situation purement interne, mais qu'il serait possible d'y avoir recours dans une situation transfrontière régie par les instruments juridiques en vigueur en matière de reconnaissance mutuelle ou de coopération transfrontière, les procureurs européens délégués concernés peuvent, en accord avec les procureurs européens chargés de la surveillance de l'affaire dont ils dépendent, recourir à ces instruments* » (article 31§6). En revanche, lorsque la question ne peut être résolue dans un délai de sept jours, le règlement organise une procédure particulière auprès de la chambre permanente compétente, précisée à l'article 31§7. La chambre permanente compétente entend, le cas échéant, les procureurs européens délégués

Si ces dispositions ont le mérite d'exister, elles pourront cependant s'avérer insuffisantes en cas d'inexistence de la mesure déléguée dans le droit de l'Etat membre du procureur européen délégué assistant. Aux termes du règlement, la difficulté peut être réglée de deux manières : soit, la mesure peut être mise en œuvre par application des « *instruments juridiques en vigueur en matière de reconnaissance mutuelle ou de coopération transfrontière* », auquel cas il peut y être recouru selon les conditions prévues par l'article 31§6 ; soit, une procédure de résolution des difficultés soulevées par la délégation est mise en œuvre devant la chambre permanente compétente. C'est alors à cette dernière que revient la charge de décider ce qu'il advient (article 31§7). Le règlement précise cependant que la chambre permanente se prononce « *conformément au droit national applicable* » notamment (article 31§7). Aussi la chambre permanente ne pourra probablement pas imposer la mise en œuvre d'une mesure inexistante dans le droit de l'Etat membre du procureur européen délégué assistant ou indisponible dans le cadre d'affaires nationales similaires. L'élaboration d'un *corpus* précis de règles procédurales applicables au Parquet européen aurait évité une telle situation, déjà observée dans le cadre de l'entraide judiciaire en matière pénale²⁴⁸⁸.

1093. Une difficulté du même ordre se profile en cas de divergences des droits internes à propos des garanties procédurales offertes aux personnes impliquées dans le cadre d'une procédure revêtue d'une dimension transfrontière. Elles pourraient concerner les droits couverts par les directives européennes – puisqu'elles ne prévoient que des règles minimales, il n'est pas exclu que les droits nationaux divergent s'agissant des garanties qu'elles couvrent – et des garanties qui ne le sont pas. L'exemple topique est celui du droit de la personne suspectée ou poursuivie de solliciter des investigations complémentaires.

Les difficultés découlant de telles disparités pourront se révéler au stade de l'appréciation de la régularité de la procédure. L'action publique étant portée devant les juridictions nationales, elles statueront logiquement selon leur propre droit. Le principe veut alors que la juridiction compétente pour statuer soit celle de l'Etat membre dont ressort le procureur européen délégué chargé de l'affaire (article 36§3). La situation sera relativement proche de celles dont la juridiction de jugement traite en dehors de toute

concernés par l'affaire. Elle décide ensuite « *sans retard indu [et] conformément au droit national applicable ainsi qu'au présent règlement, si et à quel moment au plus tard la mesure déléguée nécessaire ou une mesure de remplacement est prise par le procureur européen délégué assistant* ». Elle « *communique cette décision auxdits procureurs européens délégués par l'intermédiaire du procureur européen compétent* ».

²⁴⁸⁸ J. LELIEUR, « L'application de la reconnaissance mutuelle à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ? », *ZIS* 9/2010, spéc. p. 596.

intervention du Parquet européen. Le règlement prévoit cependant que lorsque l'affaire revêt une dimension transfrontière, la chambre permanente pourra décider, sur le fondement du rapport fourni par le procureur européen délégué chargé de l'affaire et compte tenu des critères permettant de déterminer quel procureur européen délégué doit diligenter l'enquête et la mener (articles 26§§4 et 5), que les poursuites seront exercées devant les juridictions d'un autre Etat membre concerné par l'affaire. Dans ce cas, elle enjoindra au procureur européen délégué de cet Etat d'agir en conséquence (article 36§3). Il s'ensuit qu'une juridiction nationale pourra être amenée à se prononcer à la suite d'une enquête conduite pour l'essentiel selon le droit national applicable d'un autre Etat membre.

L'article 37, relatif aux « éléments de preuve », précise, il est vrai, que « *[l]es éléments de preuve présentés à une juridiction par les procureurs du Parquet européen ou par la partie défenderesse ne peuvent être déclarés inadmissibles au seul motif qu'ils ont été recueillis dans un autre État membre ou conformément à la législation d'un autre État membre* » (article 37§1), ce qui ne doit cependant pas « *porte[r] atteinte au pouvoir dont dispose la juridiction du fond d'apprécier librement les éléments de preuve présentés par la partie défenderesse ou par les procureurs du Parquet européen* ». Le considérant 80 de l'exposé des motifs, qui reprend ce principe, prévoit que « *les éléments de preuve présentés par le Parquet européen devant la juridiction ne devraient pas être déclarés inadmissibles au simple motif qu'ils ont été recueillis dans un autre État membre ou conformément au droit d'un autre État membre* ». Il précise que le principe posé ne vaut que « *pour autant que la juridiction du fond considère que leur admission respecte l'équité de la procédure et les droits de la défense que la Charte confère au suspect ou à la personne poursuivie* » et ajoute que « *[l]e présent règlement respecte les droits fondamentaux et observe les principes inscrits à l'article 6 du TUE et dans la Charte, en particulier son titre VI, dans le droit international et dans les accords internationaux auxquels l'Union ou l'ensemble des États membres sont parties, y compris la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et dans les constitutions des États membres dans leur champ d'application respectif* ». Aussi, « *[c]onformément à ces principes, et dans le respect des différents ordres et traditions juridiques des États membres en vertu de l'article 67, paragraphe 1, du TFUE, aucune disposition du présent règlement ne saurait être interprétée comme interdisant aux juridictions d'appliquer les principes fondamentaux du droit national relatifs à l'équité de la procédure qu'elles appliquent dans leurs systèmes nationaux, y compris dans les systèmes de "common law"* ».

Il s'ensuit qu'une divergence entre les droits internes concernant les standards du procès équitable, tels que définis par la Cour européenne des droits de l'homme, pourrait conduire la juridiction de jugement à écarter un élément de preuve recueilli en application du droit d'un autre Etat membre parce qu'elle considère, au regard de sa propre perception des exigences européennes, que celles-ci ont été méconnues. La

détermination d'un socle commun et précis de garanties procédurales aurait ici évité une telle situation.

1094. Les questions posées dans la perspective de l'intégration de ces règles dans l'ordre juridique interne -. Dans la perspective qui est la nôtre, les questions soulevées par la mise en œuvre du règlement sont les plus importants. Une précision préalable s'impose néanmoins. Contrairement aux directives qui s'intègrent dans les droits nationaux par le biais de lois de transposition, les règlements européens, tels qu'ils sont définis par l'article 288 du TFUE, sont directement applicables dans tous les Etats membres. Il est certain que certaines dispositions du règlement relatif au Parquet européen auront vocation à s'appliquer directement parce qu'elles concernent la composition du Parquet européen, la nomination, la révocation ou le statut de ses membres, la répartition des prérogatives en son sein... D'autres feront en revanche appel aux droits nationaux compte tenu de l'incomplétude du règlement.

Deux questions en découlent. La première est étroitement liée à la particularité du système français, caractérisé par sa structure duale. Cette structuration implique des règles partiellement distinctes selon le cadre procédural : enquête ou information judiciaire. La question se pose donc de savoir à quel *corpus* de règles il sera renvoyé : celui de l'enquête, moins complet ou moins protecteur, ou celui de l'information judiciaire plus complet et plus protecteur ? Le modèle procédural qui semble s'imposer oriente la réponse à cette première interrogation.

Une autre question concerne l'adaptation du droit national en cas de disparités avec les règles communes européennes, étant rappelé que les procureurs européens délégués, et les procureurs européens lorsqu'ils s'y substituent, devront être investis des mêmes pouvoirs que les parquetiers nationaux « *en plus et sous réserve des pouvoirs et du statut particuliers qui leur sont conférés et dans les conditions prévues par le présent règlement* » (articles 13§1 et 28§4).

La question de la détermination des dispositions techniques concrètement applicables en complément des dispositions du règlement (1) et celle de l'adaptation du droit interne aux fins de l'application dudit règlement doivent être examinées successivement (2).

1) *La détermination des dispositions techniques applicables à titre complémentaire*

1095. Cette première interrogation procède de la particularité du système français qui comprend encore deux phases distinctes donnant lieu à deux ensembles normatifs

partiellement distincts. Cette spécificité invite à s'interroger sur les règles techniques auxquelles il sera effectivement renvoyé pour la mise en œuvre du règlement européen. Le modèle procédural qui paraît s'imposer au niveau européen (a) et certaines dispositions du règlement (b) orientent la réponse à cette question, laissant présager qu'il sera essentiellement renvoyé aux règles relatives à l'enquête.

- a) L'orientation donnée par le modèle procédural semblant s'imposer au niveau européen

1096. Le rappel de quelques éléments historiques du projet de création d'une autorité européenne d'enquête et de poursuite a ici son intérêt. L'article 4 du règlement déterminant les missions du Parquet européen²⁴⁸⁹ n'est autre qu'une déclinaison de l'article 86§2 du TFUE²⁴⁹⁰, lui-même inspiré de l'article III-274 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe²⁴⁹¹ et des termes de l'article 18 du *Corpus juris* : « le Ministère public européen est une autorité de la Communauté européenne, responsable pour la recherche, la poursuite, le renvoi en jugement et l'exercice de l'action publique devant la juridiction de jugement et l'exécution des jugements concernant les infractions [portant atteinte aux intérêts financiers européens] ». Ce texte reflétait le modèle procédural envisagé par les rédacteurs du projet initial.

1097. La vision des rédacteurs du projet initial -. La variété des systèmes nationaux avait conduit les rédacteurs du *Corpus juris* à ne pas imposer « un choix de type hégémonique »²⁴⁹², difficilement acceptable par les Etats membres dont le système était différent, mais à proposer des solutions « suffisamment pluralistes pour ne pas être assimilées à un nouvel impérialisme »²⁴⁹³. L'idée était donc d'élaborer un système de mise en état des affaires pénales « non pas par transplantation unilatérale d'un système dominant mais de façon pluraliste en combinant le meilleur de chaque tradition

²⁴⁸⁹ Il « est compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs et complices des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union qui sont prévues par la directive [PIF] et déterminées par le présent règlement. À cet égard, [il] diligente des enquêtes, effectue des actes de poursuite et exerce l'action publique devant les juridictions compétentes des États membres jusqu'à ce que l'affaire ait été définitivement jugée ».

²⁴⁹⁰ « Le Parquet européen est compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement, le cas échéant en liaison avec Europol, les auteurs et complices d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union [...] ».

²⁴⁹¹ « Le Parquet européen est compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement, le cas échéant en liaison avec Europol, les auteurs et complices d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union ».

²⁴⁹² M. DELMAS-MARTY et J.A.E. VERVAELE, *La mise en œuvre du Corpus juris dans les États membres*, op. cit., Vol. 1, p. 63.

²⁴⁹³ M. DELMAS-MARTY, « L'intégration pénale européenne », disponible à l'adresse www.ieim.uqam.ca, p. 3 ; V. ég., M. DELMAS-MARTY, « Réflexions sur l'hybridation en procédure pénale », disponible à l'adresse www.juridicas.unam.mx ; M. DELMAS-MARTY, « Réflexions sur l'hybridation en procédure pénale : nécessité du droit comparé à l'heure de l'internationalisation pénale », in F. ALT-MAES, J.-F. BARBIERI, P. BONFILS, R. BONHOMME (sous la coord.), *Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Ed. Dalloz-Sirey, Coll. « Etudes Mélanges », Paris, 2006, *Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, op. cit., p. 313.

nationale, par synthèse ou ‘hybridation’ »²⁴⁹⁴. Reposant sur des études de droit comparé²⁴⁹⁵, indispensables pour « repérer les convergences et les divergences et évaluer les principales évolutions en cours afin de proposer une synthèse ‘faisable’ »²⁴⁹⁶, l’« hybridation » proposée revenait à s’affranchir de certaines oppositions traditionnelles et à métisser les différents systèmes existants pour élaborer « une nouvelle grammaire hybride, ni accusatoire, ni inquisitoire »²⁴⁹⁷. Les rédacteurs du projet avaient observé que malgré les profondes divergences entre les différents systèmes européens, toute tentative d’hybridation n’était pas vouée à l’échec compte tenu du rapprochement qui s’opérait. Les uns répondaient, certes, à une « grammaire accusatoire reliant aux acteurs privés la plupart des pouvoirs, du signalement de l’infraction à la disposition de la procédure (*guilty plea* et *plea bargaining*) en passant par la recherche des preuves (au point d’exclure, sauf exception, la preuve par ouïe-dire ou *hearsay*) » ; les autres reposaient sur « grammaire inquisitoire qui favorise, de façon diamétralement opposée, les acteurs publics et en particulier l’emblématique juge d’instruction chargé de fonctions à la fois policières (investigations pour constituer à la phase préparatoire un dossier écrit transmis à la juridiction de jugement) et juridictionnelles (décidant notamment de la détention) »²⁴⁹⁸. Toutefois, par-delà leurs racines communes²⁴⁹⁹, un rapprochement de ces différents systèmes était observable²⁵⁰⁰. Les rédacteurs du projet en concluaient que ni la grammaire accusatoire, ni la grammaire inquisitoire n’existait encore dans toute leur pureté²⁵⁰¹.

²⁴⁹⁴ M. DELMAS-MARTY, « Réflexions sur l’hybridation en procédure pénale », préc., p. 1.

²⁴⁹⁵ M. DELMAS-MARTY (sous la dir.), *Procédures pénales d’Europe*, PUF, 1995 ; V. ég., M. DELMAS-MARTY et R. J. SPENCER (eds.), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, 1^e éd., 2002.

²⁴⁹⁶ M. DELMAS-MARTY et J.A.E. VERVAELE, *La mise en œuvre du Corpus juris dans les États membres*, op. cit., Vol. 1, p. 63.

²⁴⁹⁷ M. DELMAS-MARTY, « Réflexions sur l’hybridation en procédure pénale : nécessité du droit comparé à l’heure de l’internationalisation pénale », préc., p. 316.

²⁴⁹⁸ *Ibid.*

²⁴⁹⁹ M. DELMAS-MARTY et J.A.E. VERVAELE, *La mise en œuvre du Corpus juris dans les États membres*, op. cit., Vol. 1, p. 63 ; V. ég., J. R. SPENCER, « Introduction » in M. DELMAS-MARTY et R. J. SPENCER (eds.), *European Criminal Procedures*, op. cit., p. 1 ; J. R. SPENCER, « La procédure pénale en France et dans les pays de *common law* : les ressemblances », in L. VOGEL (sous la dir.), *Droit GLOBAL law. Unifier le droit : le rêve impossible*, Ed. Panthéon-Assas, Coll. « Droit comparé », 2001 ; J. R. SPENCER, « Fonctionnement du parquet européen : selon quel système ? », in COUR DE CASSATION (sous l’égide de.), *Quelles perspectives pour un ministère public européen ?*, op. cit., p. 214 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., pp. 37 et s.

²⁵⁰⁰ M. DELMAS-MARTY et J.A.E. VERVAELE, *La mise en œuvre du Corpus juris dans les États membres*, op. cit., Vol. 1, p. 63 ; M. DELMAS-MARTY, « Réflexions sur l’hybridation en procédure pénale : nécessité du droit comparé à l’heure de l’internationalisation pénale », préc., p. 315.

²⁵⁰¹ Cet « écroulement des dogmes » était également observé par l’Association internationale de droit pénal qui, en juin 1997, avait relevé que, sous la pression de facteurs « internes » - recherche d’efficacité, constitutionnalisation de la matière ... - et « externes » - comparatisme et transplants, européanisation ..., ces grammaires classiques avaient perdu de leur superbe. Plusieurs auteurs soulignaient les tentatives d’affranchissement à l’échelle nationale – le Rapport sur la mise en état des affaires pénales de la Commission Justice pénale et Droits de l’Homme en était un exemple – et internationale avec le projet de création d’une Cour pénale internationale. V. not., ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PENAL, « Inquisitoire-Accusatoire : Un écroulement des dogmes en procédure pénale, Colloque international, Aix-en-Provence, Juin 1997, *Revue internationale de droit pénal*, 68^e année, 1^e et 2^e trimestres 1997, et spécifiquement : F. CASORLA, « Le cas français : L’approche du magistrat », p. 83, spéc. pp. 90-91 ; J.-P. LABORDE, « Les apports des institutions et instruments internationaux aux systèmes de justice pénale », p. 139 ; R. OTTENHOF,

1098. Ils observaient notamment que plusieurs Etats avaient renoncé²⁵⁰² ou marginalisé²⁵⁰³ le juge d'instruction et donc confié la conduite des investigations et l'exercice des poursuites au ministère public, assisté par la police, sous le contrôle d'un juge neutre à l'égard de l'enquête²⁵⁰⁴. Dans les Etats dans lesquels le juge d'instruction était maintenu - comme en France ou en Belgique²⁵⁰⁵ - le maintien de celui-ci restait incertain. La saisine du juge d'instruction devenait de plus en plus résiduelle et la spécificité de ses pouvoirs plus ténue à la faveur du représentant du ministère public et d'une nouvelle combinatoire processuelle²⁵⁰⁶. Madame le Professeur Delmas-Marty rappelait notamment que la création du JLD avait conduit à déposséder le juge d'instruction d'une partie de ses pouvoirs et permis le développement des possibilités d'investigation dans le cadre d'une enquête de police²⁵⁰⁷. A l'inverse, dans les Etats de tradition accusatoire un organe de poursuite publique avait été créé²⁵⁰⁸.

1099. L'hybridation proposée par les rédacteurs du projet initial -. Cette convergence devait servir l'hybridation proposée par les rédacteurs du *Corpus juris*. Elle reposait sur trois axes principaux. Le premier tenait à l'instauration d'un organe de poursuite publique, compétent sur tout le territoire européen, pour mener les investigations à charge et à décharge, empruntée au modèle inquisitoire. Le deuxième à « la garantie judiciaire, confiée lors de la phase préparatoire non pas à un juge d'instruction mais à un 'juge des libertés' [n'ayant] aucun pouvoir d'investigation mais jou[ant] un rôle d'arbitre entre l'accusation et la défense »²⁵⁰⁹ ce qui se situait plutôt « dans l'esprit du modèle accusatoire »²⁵¹⁰. Le troisième axe proposé se rapportait au

« Le mouvement de réforme des systèmes de justice pénale », p. 195 ; F. CHOPIN, « Compte-rendu des tables rondes », p. 199 ; J. PRADEL, « Rapport de synthèse. Inquisitoire – accusatoire : une complexité redoutable », p. 213.

²⁵⁰² Ainsi de l'Allemagne ou de l'Italie. V. not., E. ZAPPALA, « Le procès pénal italien : entre système inquisitoire et système accusatoire », *Revue internationale de droit pénal*, 68^e année, 1^e et 2^e trimestres 1997, p. 11.

²⁵⁰³ Ainsi du Portugal. V. not., J. PRADEL, « Rapport de synthèse. Inquisitoire – accusatoire : une complexité redoutable », préc. p. 218.

²⁵⁰⁴ J. PRADEL, « Rapport de synthèse. Inquisitoire – accusatoire : une complexité redoutable », préc. p. 218.

²⁵⁰⁵ Sur le système belge, V. not., P. MANDOUX, « Introduction historique et questions actuelles », in *Qu'est devenu le juge d'instruction*, [En ligne], accessible à l'adresse : www.defi.eu/fdf/IMG/pdf/interieur_juge3.pdf, p. 3.

²⁵⁰⁶ J. PRADEL, « Rapport de synthèse. Inquisitoire – accusatoire : une complexité redoutable », préc., p. 217 et s. ; M. DELMAS-MARTY, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, op. cit., p. 93 ; V. ég., M. DELMAS-MARTY et J.A.E. VERVAELE, *La mise en œuvre du Corpus juris dans les États membres*, op. cit., Vol. 1, p. 81.

²⁵⁰⁷ V. not., M. DELMAS-MARTY, « Réflexions sur l'hybridation en procédure pénale : nécessité du droit comparé à l'heure de l'internationalisation pénale », préc., p. 315.

²⁵⁰⁸ J. PRADEL, « Rapport de synthèse. Inquisitoire – accusatoire : une complexité redoutable », préc., pp. 220 et s. ; M. DELMAS-MARTY, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, op. cit., p. 93 ; V. ég., M. DELMAS-MARTY et J.A.E. VERVAELE, *La mise en œuvre du Corpus juris dans les États membres*, op. cit., Vol. 1, p. 81 ; M. DELMAS-MARTY, « Réflexions sur l'hybridation en procédure pénale : nécessité du droit comparé à l'heure de l'internationalisation pénale », préc., p. 315.

²⁵⁰⁹ M. DELMAS-MARTY, « Réflexions sur l'hybridation en procédure pénale : nécessité du droit comparé à l'heure de l'internationalisation pénale », préc., p. 316.

²⁵¹⁰ *Ibid.*

« principe du débat ‘contradictoire’, défini comme une conception nouvelle de la procédure, en particulier de la preuve, combin[ant] un dossier écrit évitant à la juridiction de jugement de mener toute enquête à l’audience (modèle inquisitoire) avec des règles excluant des preuves établies de manière unilatérale (modèle accusatoire) »²⁵¹¹.

1100. Ces axes ont déterminé une conception unitaire du système de mise en état des affaires pénales, ce qui s’illustre dans différentes dispositions du projet européen. Elle s’éclaircit d’abord à la lecture de la définition de la phase préparatoire, entendue comme la phase s’étendant « *des premiers actes d’investigation conduits par le MPE à la clôture de l’enquête* » (article 25§1) par une décision de non-lieu ou de renvoi en jugement (article 21). Elle s’illustre encore dans les prérogatives reconnues aux membres du ministère public européen, compétent non seulement pour ordonner des mesures d’investigation mais aussi pour notifier les charges existantes à l’accusé (article 20§3 f.) et solliciter, après cette notification, un éventuel placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire (articles 20§3 e. et 25 *quater*). Elle se révélait enfin dans le rôle dévolu au « juge des libertés » au cours (articles 25 *bis*§1²⁵¹², 25 *bis*§2²⁵¹³ et 25 *quater*²⁵¹⁴) et à la clôture des investigations (article 25 *bis*§3). Les rédacteurs du projet avaient envisagé une audience devant le juge des libertés avant tout renvoi en jugement ce qui s’expliquait par « la logique du système proposé », substituant « le ministère public européen au juge d’instruction de la tradition inquisitoire et au couple police-*Crown prosecution service* de la tradition accusatoire »²⁵¹⁵. Il s’agissait en cela « de conserver le contrôle d’un juge sur la décision de renvoi de l’affaire en jugement » puisque « toutes les procédures nationales en vigueur [prévoient] l’intervention d’un juge pour décider du renvoi après vérification de la régularité de la procédure (par exemple en droit belge ou français le juge d’instruction, en droit allemand le juge de la phase intermédiaire, en droit anglais le juge des *Committal proceedings*, en droit italien le juge de l’audience préliminaire) »²⁵¹⁶.

1101. Le maintien de ce schéma dans le règlement -. Le projet a évolué depuis le *Corpus juris*. Différents éléments laissent cependant entendre que le schéma proposé n’a pas varié²⁵¹⁷. En dépit de l’absence de la création d’un juge d’instruction européen, les missions dévolues au Parquet européen l’illustrent probablement. Par analogie, le

²⁵¹¹ *Ibid.*

²⁵¹² Relatif aux mesures conservatoires nécessaires à la préservation des intérêts civils.

²⁵¹³ Relatif à l’autorisation de procéder à certaines investigations.

²⁵¹⁴ Relatif au placement en détention provisoire.

²⁵¹⁵ M. DELMAS-MARTY, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l’Union européenne*, op. cit., p. 95.

²⁵¹⁶ *Ibid.*

²⁵¹⁷ J. LEBLOIS-HAPPE, « L’eupéanisation du droit pénal français depuis le traité de Lisbonne », préc., p. 113.

schéma préconisé inviterait plutôt à un renvoi aux dispositions internes relatives à l'enquête qu'à celles qui concernent l'information judiciaire. Certaines dispositions du règlement, qui reflètent précisément le maintien du modèle initialement proposé, conduisent également à cette conclusion.

b) L'orientation donnée par certaines dispositions du règlement

1102. Le rappel de ces dispositions -. Indépendamment du schéma proposé, des dispositions du règlement orientent vers un renvoi aux règles applicables à l'enquête de police en France. Il va ainsi de celles qui imposent aux Etats membres d'investir les procureurs européens délégués et les procureurs européens, quand ils se substituent exceptionnellement à ces derniers, des mêmes pouvoirs que les procureurs nationaux dans le domaine des enquêtes, des poursuites et de la mise en état des affaires pénales (articles 13§1 et 28§4). Sauf à considérer que cette disposition embrasse également les pouvoirs du procureur dans le cadre d'une information judiciaire, la logique supposerait plutôt de veiller à ce que les PED et le procureur européen français disposent des pouvoirs des parquetiers nationaux en dehors d'une information judiciaire. La question reste toutefois posée.

1103. L'exclusion de la saisine du juge d'instruction -. Le règlement, dont les dispositions transcendent certaines spécificités internes, peut laisser matière à discuter de la possibilité de saisir le juge d'instruction et, partant, de l'application des dispositions relatives à celle-ci. En effet, imposer au législateur français de veiller à ce que les membres nationaux de l'organe européen disposent des mêmes pouvoirs que les procureurs internes dans le domaine des enquêtes, des poursuites et de la mise en état des affaires pénales ne paraît pas *ipso facto* exclure la saisine du juge d'instruction. En outre, si le règlement prévoit que le procureur européen délégué peut agir de sa propre initiative ou « *en charger les autorités compétentes de son Etat membre* » (article 28§1) – celles-ci étant alors tenues de lui prêter « *une assistance et un soutien actifs dans ses enquêtes et poursuites* » (article 5§6) et de veiller « *à ce que toutes les instructions [qu'il leur donne] soient suivies* » et donc de prendre « *les mesures qu'elles ont été chargées de prendre* » (article 28§1) -, il n'apporte aucune autre précision sur ce qu'il faut entendre par « *autorités compétentes de son Etat membre* ». Si on pense, en premier lieu, à l'assistance et au soutien que pourront lui apporter les services d'enquête et les parquets nationaux, rien ne paraît à première vue exclure que le procureur européen délégué puisse rechercher le concours des juges d'instruction.

1104. La mise en perspective du droit interne et des dispositions du règlement invite néanmoins à apprécier cette possibilité avec prudence.

D'abord, selon le droit interne, lorsque le juge d'instruction est saisi, il devient directeur fonctionnel des investigations²⁵¹⁸ et ne peut, conformément à l'indépendance à l'égard des parties qui le caractérise, se voir enjoindre par le procureur d'agir dans un sens ou dans un autre, ni donc de suivre ses sollicitations²⁵¹⁹. Or, les dispositions du règlement ne laissent aucune ambiguïté sur le fait que le procureur européen délégué national – ou le procureur européen, lorsqu'il se substitue exceptionnellement à celui-ci – devra rester responsable de la conduite des investigations et pourra, à ce titre, enjoindre aux autorités nationales dont il sollicite le concours d'agir dans le sens qu'il définit, le cas échéant sur instructions de la chambre permanente ou du procureur européen chargé de la surveillance de l'affaire²⁵²⁰.

Ensuite, en application du droit français, lorsque le juge d'instruction est saisi par le parquet, c'est à lui que revient la décision sur les suites à donner à la procédure à l'issue de son information (C.P.P., articles 177 et s.) quelles que soient les réquisitions du parquet. Il ne peut pas non plus être contraint par le parquetier de recourir à une procédure simplifiée, qu'il s'agisse d'une CRPC (C.P.P., article 180-1) ou, désormais, d'une CJIP (C.P.P., article 180-2). Là encore, le règlement ne laisse planer aucun doute sur le fait que ces décisions relèveront en principe de la compétence de la chambre permanente, sauf à ce que soit décidé d'un renvoi aux autorités nationales (article 34§§1 et 2)²⁵²¹.

1105. En définitive, la confrontation du droit interne au règlement expose à une situation inédite. Si le recours au juge d'instruction ne peut être pleinement exclue, ses attributions divergeront nécessairement de celles qui sont les siennes dans une procédure nationale. Cette situation rappelle, par certains aspects, celle qui s'observe, dans le cadre de l'entraide judiciaire en matière pénale, lorsque le magistrat instructeur est saisi aux seules fins de l'exécution d'un acte d'entraide sollicité par une autorité étrangère soit parce que le procureur de la République ne peut l'exécuter lui-même (C.P.P., article 694-1, al. 2), soit en application des règles propres à l'exécution d'une décision d'enquête européenne (C.P.P., article 694-30, al. 2). Celle-ci induit également une saisine parcellaire du magistrat instructeur, dans un but bien défini.

La similarité s'arrête cependant là. Dans le cadre des procédures diligentées par le Parquet européen, l'enquête demeurera sous la direction de l'un des procureurs

²⁵¹⁸ V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°1484, p. 1004.

²⁵¹⁹ *Ibid.*, n°1844 et s., pp. 1234 et s.

²⁵²⁰ V., *Supra*, n°1059, 1160 et s.

²⁵²¹ V., *Supra*, n°1051.

européens délégués français et conduite sur le territoire national, en application des règles propres aux enquêtes de police ; elles donneront en principe lieu à la saisine des juridictions de jugement françaises. Ces circonstances inédites encourageront probablement à ne pas recourir à un juge d'instruction dans le cadre des procédures conduites par le Parquet européen et, ce faisant, à renvoyer aux dispositions relatives à l'enquête. Ceci, d'autant, que l'option qui consisterait à saisir un juge d'instruction aux seules fins de la réalisation d'un acte d'investigation indisponible en enquête participerait à un engorgement des cabinets d'instruction, sans véritable plus-value compte tenu du caractère très relatif de son rôle.

Face à l'incomplétude des règles relatives aux enquêtes en comparaison de celles qui régissent l'information judiciaire, la question de l'inadaptation des règles nationales applicables à titre complémentaire devra être résolue.

2) L'adaptation éventuelle du droit interne en cas de divergences avec les dispositions du règlement

1106. S'il devait être exclusivement renvoyé aux dispositions régissant l'enquête de police, la question de l'inadaptation du droit français applicable en complément du règlement se posera inévitablement.

1107. L'évolution concomitante des dispositions du règlement, qui fait davantage appel aux droits internes, et du droit français, marqué par un rapprochement de l'enquête et de l'information judiciaire sur le plan des pouvoirs des autorités nationales d'investigation, circonscrit l'inadaptation des dispositions relatives à l'enquête de police²⁵²². Toute interrogation n'est pas levée pour autant.

1108. L'application des dispositions du règlement relatives à la détention provisoire illustre de manière topique les difficultés résultant du renvoi au droit interne. L'article 33 du règlement prévoit que « *[l]e procureur européen délégué chargé de l'affaire peut ordonner ou demander l'arrestation ou le placement en détention provisoire du suspect ou de la personne poursuivie, conformément au droit interne applicable dans le cadre de procédures nationales similaires* », étant précisé que ces dispositions devront « *s'appliquer sans préjudice des procédures spécifiques applicables dans les États membres dans lesquels une autorisation judiciaire n'est pas requise pour l'arrestation initiale d'un suspect ou d'une personne poursuivie* » (consid. 75). Certes, en application des dispositions du Code de procédure pénale, le procureur de la République peut être à l'initiative d'un placement en détention provisoire au stade de

²⁵²² V., *Infra*, n°1182 et s.

l'information judiciaire (C.P.P., article 137-4) ou en dehors d'une instruction. Il en va ainsi lorsque le prévenu sollicite le bénéfice du délai de réflexion dans le cadre d'une CRPC (C.P.P., article 495-10) ou que le tribunal saisi aux fins d'une comparution immédiate ne peut se réunir le jour même (C.P.P., article 396)²⁵²³. Il n'en reste pas moins vrai que la détention provisoire reste, au stade où les investigations sont encore en cours, un pré-carré de l'information judiciaire. La question de l'inadaptation du droit français applicable aux affaires nationales se posera nécessairement.

Si l'ouverture d'une information judiciaire semble devoir être écartée pour pallier l'inadaptation des règles internes aux pouvoirs des PED²⁵²⁴, l'application du règlement européen impliquera certains ajustements. Il conviendra d'en déterminer les modalités : les dispositions relatives à l'enquête devront-elles être adaptées pour pouvoir y renvoyer ou devra-t-on privilégier l'élaboration d'un *corpus* de règles spécifiquement applicable aux procédures diligentées par le Parquet européen ? Le même problème se posera à chaque fois que les pouvoirs dont disposent les procureurs français en application des règles relatives à l'enquête ne seront pas parfaitement adaptées à l'application du règlement²⁵²⁵.

1109. Conclusion de la première section -. En raison de l'organisation décentralisée du Parquet européen et de l'incomplétude du système de justice pénale proposé au niveau de l'Union, l'application complémentaire des droits nationaux était probablement l'option la plus aisée. Ce choix a également simplifié l'élaboration du règlement et l'aboutissement du projet puisqu'il a par définition écarté toute ambition en faveur de la détermination d'un *corpus* complet de normes techniques susceptibles d'accroître la résistance des Etats membres à l'égard de la création d'un Parquet européen. Toutefois, indépendamment des questions que suscite l'application complémentaire des droits nationaux sur le fonctionnement de celui-ci, ce choix expose à une éventuelle inadaptation de la législation nationale. Une réponse salvatrice pourrait être recherchée dans l'adaptation des dispositions du Code de procédure pénale relatives à l'enquête ou dans l'élaboration d'un *corpus* de normes spécifiquement

²⁵²³ A cette hypothèse s'ajoute celle prévue par l'article 397-3 du CPP, en application duquel lorsque le prévenu ne consent pas à être jugé séance tenante ou que l'affaire n'est pas en état d'être jugée, « le tribunal peut, conformément aux dispositions de l'article 141-1, placer ou maintenir le prévenu sous contrôle judiciaire. Cette décision est exécutoire par provision. Si le prévenu placé sous contrôle judiciaire se soustrait aux obligations qui lui sont imposées, les dispositions du deuxième alinéa de l'article 141-2 sont applicables. Dans les cas prévus par les articles 395 et suivants, le tribunal peut également placer ou maintenir le prévenu en détention provisoire par décision spécialement motivée. La décision prescrivant la détention est rendue suivant les modalités prévues par les articles 135, 137-3, premier alinéa et 464-1 et est motivée par référence aux dispositions des 1° à 6° de l'article 144. Elle est exécutoire par provision ».

²⁵²⁴ V., *Supra*, n°1103.

²⁵²⁵ V., *Infra*, n°1186 et s., n°1192 et s.

applicable aux enquêtes diligentées par le Parquet européen sur le sol français. Cette seconde option, qui s'avère sans doute préférable pour la pérennité de la structuration de la mise en état des affaires pénales, doit toutefois être envisagée avec une certaine prudence en raison de la porosité qui existera entre le système français et le système européen.

Section Seconde. La porosité entre le système interne et le système européen

1110. Le système imaginé au niveau européen présente une autre forme de porosité avec les systèmes des Etats membres. Celle-ci s'illustre par le choix d'une compétence partagée d'une part (§1^{er}), par un possible cumul des mandats de procureur européen délégué et de procureur national de l'autre (§2^d).

§1^{er} - Le choix d'une compétence partagée

1111. L'étendue de la compétence *ratione materiae* du Parquet européen a évidemment toute son importance. Celle de l'agencement de cette compétence avec celle des autorités internes est toute aussi fondamentale. Elle l'est, d'abord, par souci de cohérence puisque les règles en la matière ont vocation à limiter les hypothèses dans lesquelles un même comportement pourra faire l'objet de procédures parallèles et donc les doubles emplois. Elle l'est, encore, par égard pour la justice puisque de la détermination de ces règles dépendra la prévention des manquements au principe *ne bis in idem*, tout autant que les conflits négatifs de compétence²⁵²⁶. Elle l'est, enfin, par souci d'efficacité de l'action du Parquet européen, soit parce que le choix opéré favorise une centralisation des procédures et simplifie donc des recoupements entre différentes affaires, soit parce l'option retenue évite un engorgement de l'organe susceptible de nuire à son fonctionnement.

1112. Les options envisageables étaient diverses, allant de l'attribution d'une compétence exclusive au Parquet européen dans la recherche, la poursuite et le renvoi

²⁵²⁶ V. not., COMMISSION EUROPEENNE, Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, du 11 déc. 2001, COM(2001)715 final, spéc., point 6.2.2.2, p. 49.

en jugement des auteurs et complices d'infractions entrant dans son domaine de compétence au choix d'une compétence partagée et exercée à titre subsidiaire par l'autorité européenne. Le règlement opte pour une solution médiane, mêlant au partage des compétences l'exercice prioritaire de sa compétence par le Parquet européen. Le rappel des modalités retenues (A) n'est pas dénué d'intérêt puisqu'il permet de mettre en exergue la porosité induite par ce choix et les implications que celle-ci suscite (B).

A. Le compromis retenu

1113. Les modalités prévues par le règlement (2) illustrent le compromis retenu entre les différentes solutions extrêmes envisagées dans les réflexions ayant précédé la création du Parquet européen (1).

1) Les solutions extrêmes envisagées

1114. Une première option aurait consisté à attribuer au Parquet européen une compétence exclusive à l'égard des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union (a). A cette première solution, favorable à la centralisation de la lutte contre celles-ci, des auteurs avaient préféré celle d'une compétence exercée à titre subsidiaire (b), plus respectueuse des souverainetés nationales.

a) L'attribution d'une compétence exclusive

1115. La proposition de la Commission -. La proposition de règlement de la Commission avait fait le choix d'une compétence (en principe) exclusive du Parquet européen. Il devait être compétent à l'égard des infractions entrant dans son champ de compétence *ratione materiae* (article 12), commises « *en tout ou en partie a) sur le territoire d'un ou de plusieurs Etats membres, ou b) par un de leurs ressortissants, ou par des agents de l'Union ou des membres des institutions* » (article 14), « sans distinction entre les affaires nationales et les affaires transfrontières »²⁵²⁷, ainsi qu'à l'égard des infractions « *inextricablement liées* » à celles-ci, pour autant que l'infraction relevant sa compétence principale soit prépondérante et qu'elle « *repose[...] sur des faits identiques* » (Article 13).

²⁵²⁷ COMMISSION EUROPEENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et aux Parlements nationaux relative au réexamen de la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen au regard du principe de subsidiarité conformément au protocole n°2, COM(2013)851 final, préc., point 2.6, p. 12.

1116. La contestation de cette solution par les parlements nationaux -. Les parlements nationaux ont contesté le choix de la Commission, soulignant que l'article 86 du TFUE ne prévoyait ni l'attribution d'une compétence exclusive ni l'absence de toute distinction selon que l'affaire était purement nationale ou présentait une dimension transfrontière²⁵²⁸. La Commission avait cependant maintenu sa proposition qu'elle jugeait plus opportune sur le plan de l'efficacité de la répression des infractions portant atteinte aux intérêts financiers européens et la cohérence de l'action du Parquet européen. En plus de la limpidité de ce choix²⁵²⁹, elle a expliqué que l'attribution d'une compétence exclusive, quelle que soit la gravité de l'infraction ou le caractère transfrontière de l'affaire faciliterait l'application cohérente de la politique pénale en matière d'enquête et de poursuites sur l'ensemble du territoire de l'Union autant qu'elle favoriserait les interconnexions entre les affaires dans les différents Etats membres²⁵³⁰. Précisant, en outre, que l'article 86 du TFUE n'interdisait pas que le Parquet européen dispose d'une compétence à l'égard d'infractions ne présentant aucune dimension transfrontière²⁵³¹, la Commission a estimé que sa compétence à l'égard de celles-ci se justifiait par leur nature intrinsèquement européenne²⁵³².

A l'opposé de cette solution, d'autres observateurs avaient privilégié l'option d'une compétence exercée à titre subsidiaire en cas d'inaction ou d'impossibilité d'agir des autorités nationales.

b) L'attribution d'une compétence subsidiaire

1117. Monsieur le Professeur Satzger a défendu l'idée d'une compétence subsidiaire de l'organe européen sur le modèle du Statut de Rome de la Cour pénale

²⁵²⁸ *Ibid.*

²⁵²⁹ P.-J. CSONKA, « Le choix du juge national par la Commission », in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA et J. TRICOT (sous la dir.), *Le contrôle judiciaire du Parquet européen. Nécessité, modèles, enjeux, Société de législation comparée*, UMR de droit comparé de Paris, Paris, 2015, spéc. p. 254.

²⁵³⁰ COMMISSION EUROPEENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et aux Parlements nationaux relative au réexamen de la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen au regard du principe de subsidiarité conformément au protocole n°2, COM(2013)851 final, préc., point 2.6, p. 12. (La Commission a ajouté que, si l'article 86 du TFUE ne prévoyait pas l'attribution d'une telle compétence, il ne l'interdisait pas non plus).

²⁵³¹ *Ibid.*, p. 13.

²⁵³² *Ibid.*, p. 12 ; *Contra*. C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, *op. cit.*, n°138, p. 179 (Les auteurs ont estimé que si l'argumentation de la Commission était convaincante « sur le plan pénal [...], elle l'[était] moins, en revanche, du point de vue du droit de l'Union », l'ensemble des mesures liées à l'espace de liberté, de sécurité et de justice (TFUE, article 4§2) ou à la lutte contre les fraudes aux intérêts financiers de l'Union (TFUE, article 325) relevant d'une compétence partagée entre l'Union et les Etats membres »).

internationale du 17 juillet 1998²⁵³³.

1118. La subsidiarité de la compétence de la CPI en application du Statut de Rome -. La CPI ne peut agir à l'encontre des infractions relevant de sa compétence matérielle, telle qu'elle résulte des articles 5 à 8 dudit Statut, qu'à titre subsidiaire. Elle ne peut exercer sa compétence dans une « affaire [qui] fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un Etat ayant compétence [...], à moins que cet Etat n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites » (Article 17§1). Le manque de volonté de l'Etat s'apprécie alors au regard de différentes circonstances, énumérées à l'article 17§2 du Statut : la procédure n'a été engagée par l'Etat que dans « le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale », « a subi un regard injustifié qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée » ou « n'a pas été ou n'est pas menée de manière indépendante ou impartiale mais d'une manière qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée ». L'incapacité de l'Etat à mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites est, elle, appréciée au regard « de l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de [l']appareil judiciaire [de l'Etat partie normalement compétent] ou de l'indisponibilité de celui-ci » ou de son incapacité « de se saisir de l'accusé, de réunir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires ou de mener autrement à bien la procédure », conformément à l'article 17§3 du Statut de Rome²⁵³⁴.

1119. Les propositions formulées à propos du Parquet européen sous l'inspiration du Statut de Rome -. S'inspirant de ce modèle, Monsieur le Professeur Satzger a proposé que les autorités des Etats membres normalement compétentes pour enquêter et poursuivre les auteurs et les complices d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers européens le demeurent, sauf à ce qu'elles manifestent un manque de volonté, soient dans l'incapacité d'agir ou ne puissent efficacement mener la procédure à son terme²⁵³⁵. L'auteur reconnaissait que cet ordonnancement de l'exercice de la compétence supposait de déterminer des critères précis d'intervention du Parquet européen ou de créer une juridiction européenne compétente pour se prononcer sur la régularité de l'intervention de l'organe européen.

²⁵³³ H. SATZGER, « Chapter 4 : The future European Public Prosecutor and the National Prosecution : Potential Conflicts and how They Could be Avoided », préc., pp. 81 et s.

²⁵³⁴ V. not., O. BEAUVALLET, « Fasc. 15 : Cour pénale internationale », préc., spéc. n°163 et s. ; V. ég., A. ASHNAN, *Le principe de complémentarité entre la Cour pénale internationale et la juridiction pénale nationale*, Thèse dactyl., Université François Rabelais de Tours, 16 juin 2015.

²⁵³⁵ H. SATZGER, « Chapter 4 : The future European Public Prosecutor and the National Prosecution : Potential Conflicts and how They Could be Avoided », préc., p. 83.

1120. Ce choix présentait, selon Monsieur le Professeur Satzger, deux avantages majeurs. Il permettrait, d'une part, de préserver les systèmes nationaux d'interférences extérieures tout en contribuant à responsabiliser les autorités internes. L'intervention du Parquet européen étant particulièrement stigmatisante - car elle révélerait un manque de volonté ou l'incapacité de l'Etat²⁵³⁶ -, elle préviendrait l'inaction des autorités nationales. Le choix d'une compétence subsidiaire permettrait, d'autre part, d'éviter la création d'une « super-structure » européenne dont l'envergure justifierait à moyen terme l'extension de la compétence matérielle du Parquet européen pour le faire fonctionner à pleine capacité²⁵³⁷. L'attribution d'une compétence subsidiaire aurait donc pour avantage de prémunir les systèmes nationaux de nouvelles interférences tout en palliant l'inefficacité de la répression à l'encontre des infractions portant atteinte au budget européen.

1121. L'efficacité incertaine de cette proposition -. Confrontée aux raisons qui ont inspiré la création d'une autorité européenne d'enquête et de poursuite pénales, le choix d'une compétence simplement subsidiaire peut cependant s'avérer d'une efficacité incertaine.

En premier lieu, elle ne simplifierait pas les recoupements nécessaires à une action pleinement efficace contre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers européens, qui s'illustrent souvent par l'existence d'un élément d'extranéité et l'éclatement de la commission des faits en différents endroits.

En second lieu, l'efficacité d'une telle solution peut sembler douteuse au regard des considérations dans lesquelles ce projet européen a puisé sa justification. Celle-ci est liée au manque d'empressement des Etats membres dans la lutte contre des infractions affectant l'Union elle-même, qui s'explique autant par les aléas des « priorités politiques » déterminées à l'échelon des Etats²⁵³⁸ et le manque de moyens – manque de ressources²⁵³⁹ et absence d'autorités spécialisées²⁵⁴⁰ - que dans les difficultés singulières auxquelles se heurte la répression des infractions revêtues d'une dimension

²⁵³⁶ *Ibid.*, pp. 85-86.

²⁵³⁷ *Ibid.*, p. 86 (« *This argument is especially valid considering the status quo of the EPPO structure proposed by the Council Draft – with several layers of authority in the central office, a college with 28 Members and delegated prosecutors in all Member States. Is it realistic that the whole staff will be sufficiently and constantly busy ? Or, which seems more likely, will the existence of such a big institution simply create the necessity of transferring further competences to it, the only motive being to operate it at full capacity ?* »).

²⁵³⁸ COMMISSION EUROPEENNE, Fiche financière législative, annexée Proposition de règlement du Conseil portant création d'un Parquet européen, COM(2013)534 final, p. 55, point 1.5.1.

²⁵³⁹ COMMISSION EUROPEENNE, Communication sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne par le droit pénal et les enquêtes administratives, « Une politique intégrée pour protéger l'argent des contribuables », COM(2011)293 final, préc., point 2.2 ; COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de règlement du Conseil portant création d'un Parquet européen, COM(2013)534 final, Exposé des motifs, point 1.

²⁵⁴⁰ COMMISSION EUROPEENNE, Communication sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne par le droit pénal et les enquêtes administratives, « Une politique intégrée pour protéger l'argent des contribuables », COM(2011)293 final, préc., point 2.2.

transfrontière : diversité des législations qui complique l'aboutissement des procédures²⁵⁴¹, complexité et incertitudes de l'entraide pénale encourageant parfois les praticiens à ne s'intéresser qu'aux aspects nationaux d'une affaire en dépit de leur apparente dimension européenne²⁵⁴² ...

Au cœur du *Corpus juris*²⁵⁴³ et du Livre vert de 2001²⁵⁴⁴, ces difficultés demeurent d'actualité²⁵⁴⁵, malgré les améliorations du cadre juridique au sein de l'Union²⁵⁴⁶, et ont été au centre de la relance de ce projet²⁵⁴⁷. C'est dire que si la création du Parquet européen puise sa justification dans la volonté de faire échapper la protection du budget commun à la seule compétence des Etats membres, parfois insuffisamment diligents, elle ambitionne surtout de simplifier les procédures existantes et, ainsi, de remédier aux lourdeurs et lenteurs de l'entraide judiciaire. Les dispositions du règlement imposant aux procureurs européens délégués d'agir en étroite collaboration « *en se prêtant mutuellement assistance et en se consultant régulièrement dans le cadre des affaires transfrontières* » (article 31§1) et créant un mécanisme *sui generis* « *[L]orsqu'une mesure doit être prise dans un Etat membre autre que l'Etat membre du procureur européen délégué chargé de l'affaire* »²⁵⁴⁸ sont le reflet de cette ambition.

Or la logique d'une compétence subsidiaire à celle des Etats membres est de pallier l'inaction volontaire ou l'incapacité des autorités nationales à enquêter et à poursuivre les fraudes complexes. Elle laisse en revanche de côté les difficultés liées à

²⁵⁴¹ COMMISSION EUROPEENNE, Communication sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne par le droit pénal et les enquêtes administratives, « Une politique intégrée pour protéger l'argent des contribuables », COM(2011)293 final, préc., point 3.2.2.

²⁵⁴² COMMISSION EUROPEENNE, Fiche financière législative, annexée Proposition de règlement du Conseil portant création d'un Parquet européen, COM(2013)534 final, point 1.5.3, p. 56 ; V. ég., M. WADE, « EuroNEEDs, Evaluating the need for and the needs of a European Criminal Justice System », Max Planck Institute für ausländisches und internationales Strafrecht, Rapport préliminaire, pp. 19 et s. ; COMMISSION EUROPEENNE, Commission staff working paper to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, accompanying the document Communication from the Commission on the protection of the financial interests of the European Union by criminal law and by administrative investigations : An integrated policy to safeguard taxpayers' money, Bruxelles, 26 mai 2011, SEC(2011) 621 final, spéc. pp. 19 et s.

²⁵⁴³ M. DELMAS-MARTY (sous la dir.), *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, op. cit., pp. 87-89.

²⁵⁴⁴ COMMISSION EUROPEENNE, Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, du 11 déc. 2001, COM(2001)715 final, pp. 52 et s. ; V. ég., A. RENE et J. LE FLOCH, Rapport d'informations n°442 sur la création d'un procureur européen, préc. ; G. GEOFFROY, Rapport n°565, sur la création d'un procureur européen [COM (2001) 715 final / E 1912 et COM (2001) 272 final / E 1758], préc.

²⁵⁴⁵ M. WADE, « EuroNEEDs, Evaluating the need for and the needs of a European Criminal Justice System », préc.

²⁵⁴⁶ V. not., L. PAPRZYCKI, « Le renforcement des dispositifs existants », in Cour de Cassation (sous l'égide), *Quelles perspectives pour un ministère public européen ? protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, op. cit., p. 93 ; M. CONINSX, « Le renforcement des dispositifs existants et la protection des intérêts fondamentaux de l'Union européenne. Eurojust et le Parquet européen », *ibid.*, p. 113 ; L. DE MATTEIS, « Les améliorations récentes des dispositifs de lutte contre la fraude au budget de l'Union et contre les atteintes aux intérêts financiers de l'Union », *ibid.*, p. 125.

²⁵⁴⁷ COMMISSION EUROPEENNE, Communication sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne par le droit pénal et les enquêtes administratives, « Une politique intégrée pour protéger l'argent des contribuables », COM(2011)293 final, préc. ; COMMISSION EUROPEENNE, Fiche financière législative, annexée Proposition de règlement du Conseil portant création d'un Parquet européen, COM(2013)534 final, préc. ; V. ég., F. FALLETTI, « Un Parquet européen, enfin ? », *Revue du Grasco*, avr. 2017, p. 44.

²⁵⁴⁸ V., *Supra*, n°1092.

la dimension fréquemment transfrontière de ces infractions. Aussi, pouvons-nous nous demander si l'exercice de sa compétence par le Parquet européen ne s'imposera pas, en pratique, pour surmonter les difficultés d'un espace pénal encore morcelé. Le risque que présenterait alors le choix d'une compétence subsidiaire serait la perte de temps en résultant²⁵⁴⁹. Le règlement a finalement opté pour une voie médiane.

2) *Les modalités retenues par le règlement*

1122. Le règlement a opté pour une compétence partagée qui, lorsqu'elle reviendra au Parquet européen, sera exercée prioritairement par ce dernier. Ce double choix s'est expliqué par la volonté de préserver l'organe européen d'un engorgement préjudiciable à son bon fonctionnement et de prévenir l'impossibilité de procéder à d'éventuels recoupements et jonctions de procédures²⁵⁵⁰. Les modalités du partage de cette compétence seront rappelées (a) avant que ne soient précisées les implications d'une compétence exercée à titre prioritaire par l'organe européen (b).

a) Le partage de la compétence

1123. Ce partage de la compétence entre le Parquet européen et les autorités des Etats membres se décline différemment selon que l'infraction visée relève de la compétence principale (α) ou accessoire (β).

α) L'exercice par le Parquet européen de sa compétence principale

1124. La définition du champ de la compétence principale du Parquet européen -. L'article 22 du règlement précise le champ de compétence matérielle du Parquet européen. Celle-ci concernera principalement les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union telles qu'elles seront définies par la directive

²⁵⁴⁹ En outre, compte tenu du champ de compétence *ratione materiae* du Parquet européen, qui concerne des infractions ne pouvant faire d'autres victimes que l'Union elle-même, il est permis de se demander si un mécanisme calqué sur celui de la CPI (en matière de génocide, de crime contre l'humanité, de guerre ou d'agression) aboutirait aux mêmes résultats. En effet, un mécanisme de « remontée de l'information », tel qu'il est organisé par le règlement, ne s'explique que par la compétence prioritairement dévolue au Parquet européen. En définitive, si sa compétence n'avait été que subsidiaire, aurait-il été informé des infractions constatées au sein des Etats membres et, ce faisant, été en mesure de faire valoir sa compétence en cas de carence de ces derniers ?

²⁵⁵⁰ CONSEIL, Proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen - Rapport sur l'état d'avancement des travaux et questions adressées aux ministres, Doc. 6490/1/14 REV 1, Bruxelles, 27 février 2014, p. 6 ; V. ég., CONSEIL, Proposition de règlement portant création du Parquet européen- État d'avancement des travaux/Débat d'orientation, Doc. 9834/1/14 REV 1, Bruxelles, 21 mai 2014, p. 3.

européenne s'y rapportant²⁵⁵¹. Cette dernière vise les fraudes portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union qu'elles concernent les dépenses ou les recettes (article 4) ainsi que différentes infractions liées portant atteinte à ces intérêts : la corruption active ou passive ainsi que le détournement de fonds européens, pour autant qu'ils soient commis intentionnellement (article 5). Le Parquet européen sera également compétent à l'égard des infractions relatives à la participation à une organisation criminelle, lorsque les activités criminelles visées ont essentiellement consisté à commettre une infraction relevant de son champ de compétence principale. Sont en revanche explicitement exclues de son domaine de compétence « [les] infractions portant sur les impôts nationaux directs » (article 22§4).

1125. L'exercice de sa compétence principale par le Parquet européen -.

L'article 25 définit les modalités de l'exercice de sa compétence principale par le Parquet européen, opérant un partage de celle-ci avec les autorités nationales dans le but de ne pas encombrer l'autorité européenne d'affaires ne nécessitant pas son intervention et d'assurer ainsi sa pérennité et son efficacité.

1126. Les autorités nationales conserveront leur propre compétence lorsque le préjudice causé ou susceptible de l'être par l'une des infractions relevant de la compétence principale du Parquet européen est inférieur à 10 000 euros, sauf à ce que « les répercussions du dossier à l'échelle de l'Union [soient] de nature à rendre nécessaire la conduite d'une enquête par le Parquet européen » (article 25§2 a)) ou à ce que « des fonctionnaires ou d'autres agents de l'Union, ou des membres des institutions de l'Union, [puissent] être soupçonnés d'avoir commis l'infraction » (article 25§2 b)). L'article 25§3 précise que le Parquet européen s'abstiendra également d'exercer sa compétence à l'égard de toute infraction relevant de l'article 22, et après consultation des autorités nationales compétentes, leur renverra l'affaire sans retard indu, lorsqu'« il y a [ura] lieu de supposer que le préjudice causé ou susceptible d'être causé aux intérêts financiers de l'Union [...] n'excède pas le préjudice causé ou susceptible d'être causé à une autre victime » (article 25§3 b))²⁵⁵². Dans ce dernier cas, les autorités nationales pourront toutefois consentir à ce que le Parquet européen exerce sa compétence lorsqu'il leur apparaîtra qu'il « est mieux placé pour ouvrir une enquête ou engager des poursuites » (article 25§4). Les conflits relatifs à l'exercice de sa compétence entre le Parquet européen et les autorités nationales seront tranchés par les autorités internes

²⁵⁵¹ V. *Infra*, n°295.

²⁵⁵² Sauf à ce que l'infraction visée correspondent à une fraude aux dépenses de l'Union ou en matière de recettes issues des ressources propres provenant de la TVA (article 25§3 *in fine*), étant précisé qu'à l'encontre de ces dernières, le Parquet européen ne sera compétent que lorsque les actes ou omissions intentionnels relatives à la TVA ont un lien avec le territoire de plusieurs Etats membres et entraînent un préjudice au moins également à 10 000 000 d'euros (article 22§1).

compétentes pour statuer sur la réparation des compétences en cas de poursuites à l'échelle nationale, désignées par les Etats membres (article 25§6).

1127. Le renvoi aux autorités nationales -. Lorsque l'enquête menée par le Parquet européen relèvera que les faits qui en font l'objet ne constituent pas une infraction à l'égard de laquelle il est compétent ou que les conditions particulières relatives à l'exercice de sa compétence ne sont plus remplies, la chambre permanente compétente décidera du renvoi de l'affaire aux autorités nationales sans retard indu (article 34§§1 et 2). L'article 34 prévoit également qu'en présence d'une infraction qui a causé ou est susceptible de causer aux intérêts financiers de l'Union un préjudice inférieur à 100 000 euros, le collège pourra décider qu'il n'est pas nécessaire de diligenter une enquête ou d'engager des poursuites au niveau de l'Union et, en conséquence, de renvoyer l'affaire aux autorités nationales lorsque cela peut contribuer à l'efficacité de l'enquête ou des poursuites (article 34§3). Il se prononce alors aux vues de la gravité de l'infraction et de la complexité de l'affaire (*ibid.*). Le Parquet européen recouvrera sa compétence lorsque les autorités nationales auxquelles l'affaire sera renvoyée n'accepteront pas de s'en charger dans un délai de trente jours au plus (article 34§5). L'article 25 ajoute à cette répartition un autre critère imposant au Parquet européen de s'abstenir d'exercer sa compétence qui concerne spécifiquement sa compétence accessoire.

β) L'exercice par le Parquet européen de sa compétence accessoire

1128. La proposition initiale de la Commission -. La proposition de la Commission avait prévu que lorsque les infractions relevant de la compétence principale étaient inextricablement liées à d'autres infractions et qu'il était dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice qu'elles fassent l'objet d'enquêtes et de poursuites conjointes, le Parquet européen était également compétent à l'égard de celles-ci à la double condition que les premières soient prépondérantes et que toutes reposent sur des faits identiques (article 13).

1129. La mise en cause de cette proposition par les parlements nationaux -. Plusieurs parlements nationaux ont contesté le principe de cette compétence accessoire estimant qu'elle conduisait à une extension indirecte de la compétence matérielle du Parquet européen contraire à l'article 86 du TFUE²⁵⁵³. L'absence de

²⁵⁵³ COMMISSION EUROPEENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et aux Parlements nationaux relative au réexamen de la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen au regard du principe de subsidiarité conformément au protocole n°2, COM(2013)851 final, préc., point 2.6, p. 12.

définition harmonisée, faute de directive déterminant les éléments constitutifs de ces infractions inextricablement liées, pouvait également être au cœur de nouvelles difficultés.

1130. Les dispositions du règlement -. Le règlement reprend néanmoins le principe d'une compétence accessoire du Parquet européen à l'égard d'infractions inextricablement liées à une infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union (article 22§3). Celles-ci devront être appréciées « *à la lumière de la jurisprudence pertinente [de la Cour de Justice] qui, aux fins de l'application du principe ne bis in idem, retient comme critère pertinent l'identité des faits matériels (ou des faits qui sont en substance les mêmes), compris comme l'existence d'un ensemble de circonstances concrètes indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace* » (consid. 54).

1131. Ce choix s'est justifié, dès la proposition de la Commission, par le souci d'éviter l'ouverture de procédures parallèles et partielles, préjudiciant tant aux intérêts des personnes concernées qu'à l'efficacité de celles-ci²⁵⁵⁴ : « les fraudes au budget de l'Union ne peuvent être abstraites de la criminalité de façon plus globale. [Elles] n'apparaîtront pas de façon isolée mais iront le plus souvent de pair avec la commission d'autres infractions, de nature diverse » et « se manifesteront fréquemment dans la cadre de la criminalité organisée »²⁵⁵⁵. Restreindre la compétence matérielle du Parquet européen aux seules infractions visées par la directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal aurait donc eu pour effet d'interdire au Parquet européen d'appréhender un phénomène délictueux dans son intégralité²⁵⁵⁶ et impliqué l'instauration d'un mécanisme de consultation entre l'organe européen (compétent pour les infractions visées par la directive) et les autorités nationales (compétentes pour les infractions liées à celles-ci excédant le champ de la directive), insuffisamment efficace et peu favorable à la personne mise en cause²⁵⁵⁷.

1132. La délimitation particulière de l'exercice de sa compétence par le Parquet européen en présence d'une infraction indissociablement liée à une infraction relevant de sa compétence matérielle principale -. Le souci de ménager

²⁵⁵⁴ *Ibid.*, point 2.6.2, p. 13 ; V. ég., N. BITZILEKIS, « Chapter 6 : The definition of ancillary competence according to the proposal for an EPPA-regulation », in P. ASP (sous la dir.) *The European Public Prosecutor's Office, Legal and Criminal Policy Perspectives*, *op. cit.*, pp. 112 et s., spéc. p. 113.

²⁵⁵⁵ D. FLORE, Avec la collaboration de S. BOLSY, *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, *op. cit.*, n°1369, pp. 789-790.

²⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 790.

²⁵⁵⁷ Le considérant 54 de l'exposé des motifs du règlement reprend cette justification en précisant que « [l']efficacité des enquêtes relatives à des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et le principe ne bis in idem peuvent nécessiter, dans certains cas, d'élargir l'enquête à d'autres infractions prévues en droit interne lorsque celles-ci sont indissociablement liées à une infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union ».

les souverainetés nationales et, par conséquent, de rendre le projet de règlement plus acceptable a toutefois impliqué l'élaboration de dispositions spécifiques afin de régir l'exercice de cette compétence accessoire. Celles-ci s'ajoutent aux règles précédemment décrites.

L'article 25§3, point a) précise que le Parquet européen devra s'abstenir d'exercer sa compétence et, donc, renvoyer l'affaire aux autorités nationales normalement compétentes lorsque la peine maximale prévue par le droit national pour une infraction relevant de sa compétence principale « *est équivalente à la peine maximale encourue pour une infraction indissociablement liée [...] ou moins sévère* ». Le Parquet européen ne pourra donc exercer sa compétence à l'égard d'infractions qui ne sont pas explicitement visées par la directive relative à la lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal que lorsque l'infraction relevant de sa compétence principale « *est prépondérante au regard de la gravité de l'infraction concernée, telle qu'elle ressort de la peine maximale susceptible d'être infligée* » (consid. 55). L'article 25§3 du règlement, précisé par le considérant 56, assouplit toutefois cette règle en prévoyant que le Parquet européen pourra néanmoins exercer sa compétence lorsque l'infraction indissociablement liée est réputée « *accessoire par nature* », c'est-à-dire « *lorsque cette [...] infraction a été commise dans le but principal de créer les conditions permettant de commettre l'infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union* » : se procurer les moyens matériels ou légaux nécessaires à la commission d'une fraude aux intérêts financiers de l'Union, en tirer profit ou en obtenir le produit (consid. 56).

1133. Certains observateurs se sont déjà inquiétés de ces dispositions, estimant qu'elles entamaient *de facto* l'objectif au cœur de la création de cette autorité : lutter efficacement contre les fraudes aux intérêts financiers de l'Union²⁵⁵⁸. Cette observation nous apparaît d'autant plus convaincante qu'à défaut d'une harmonisation de la peine maximale encourue pour ces « *infractions indissociablement liées* », c'est le risque que la compétence du Parquet européen se trouve insidieusement écartée qui croît et donc, l'objectif d'une politique cohérente en la matière qui faiblit.

Lorsque l'infraction constatée entrera dans le champ de compétence du Parquet européen, celui-ci l'exercera, par contre, à titre prioritaire.

²⁵⁵⁸ F. FALLETTI, « Un Parquet européen, enfin ? », préc., p. 46.

b) L'exercice prioritaire de sa compétence par le Parquet européen

1134. Le règlement opte pour une compétence exercée prioritairement par le Parquet européen dès lors que les conditions prévues par son article 25 sont remplies. En témoignent les dispositions relatives à l'information du Parquet européen (article 24) et à son droit d'évocation (article 27).

1135. L'information du Parquet européen -. L'article 24 du règlement prévoit l'obligation d'information du Parquet européen mise à la charge des institutions, organes et organismes de l'Union et des autorités des Etats membres qui sont compétentes en vertu du droit national. En particulier, les autorités nationales seront tenues de signaler à l'organe européen tout comportement délictueux à l'égard duquel celui-ci pourrait exercer sa compétence « *sans retard indu* » (article 24§1), même lorsque ces éléments apparaissent au cours d'une enquête qu'elles conduisent (article 24§2). L'information communiquée doit au minimum comprendre « *une description des faits, y compris une évaluation du préjudice causé ou susceptible d'être causé, la qualification juridique possible et toute information disponible sur les victimes potentielles, les suspects et toute autre personne impliquée* » (article 24§4). Il s'agit de permettre au Parquet européen d'apprécier s'il peut ou non exercer sa compétence. Lorsqu'il ne le peut ou décide de ne pas l'exercer, il en informe l'autorité qui lui a signalé le comportement délictueux ainsi que, le cas échéant, les victimes de l'infraction (article 24§7).

1136. A l'inverse, lorsque le Parquet européen acquerra la connaissance de la commission d'une infraction à l'égard de laquelle il ne peut exercer sa compétence, il en informera les autorités nationales compétentes et leur transmettra tout élément de preuve pertinent (article 24§8).

1137. L'ouverture d'une enquête par le Parquet européen et l'exercice de son droit d'évocation -. L'information du Parquet européen doit lui permettre d'apprécier la nécessité de diligenter une enquête au niveau de l'Union, le cas échéant en exerçant son droit d'évocation. Les règles applicables sont précisées aux articles 26 et 27 du règlement.

Le premier détermine les règles qui régissent l'ouverture d'une enquête par le Parquet européen et les critères d'attribution d'une affaire à un procureur européen délégué (article 26§4) ou, le cas échéant, de sa réattribution par la chambre permanente (article 26§5).

Le second définit les règles applicables à l'exercice de son droit d'évocation. Dès la réception des informations communiquées en application de l'article 24, le Parquet européen décidera dans les meilleurs délais et, sauf exception, au plus tard cinq jours après leur réception d'exercer ou non son droit d'évocation (article 27§1), après avoir consulté les autorités nationales compétentes s'il y a lieu (article 27§4) et sauf à ce que l'« *enquête nationale* » soit achevée et qu'un acte d'accusation ait été soumis à une juridiction (article 27§7). Durant ce délai, les autorités nationales devront s'abstenir de prendre toute décision susceptible d'empêcher le Parquet européen d'évoquer et ne pourront prendre que « *les mesures urgentes nécessaires [...] pour assurer l'efficacité de l'enquête ou des poursuites* » (article 27§2)²⁵⁵⁹.

Lorsqu'il décidera d'exercer son droit d'évocation, les autorités nationales lui transmettront le dossier et devront s'abstenir de procéder à tout nouvel acte d'instruction portant sur la même infraction (article 27§5), sauf instruction en ce sens du Parquet européen (article 28§1)²⁵⁶⁰.

Il restera à déterminer les conditions d'application de ce droit d'évocation lorsque les faits entrant dans le champ de compétence du Parquet européen apparaîtront à l'occasion d'une information judiciaire conduite en France. Cependant imposer au juge d'instruction français de suivre d'éventuelles instructions du Parquet européen heurterait l'une de ses principales qualités : sa liberté d'action. Les difficultés auxquelles pourraient confronter cette situation²⁵⁶¹ encourageront peut-être les procureurs nationaux à conserver la maîtrise des affaires dans lesquelles une infraction susceptible de donner lieu à l'exercice de sa compétence par le Parquet européen peut apparaître.

Si le choix des rédacteurs du règlement est probablement le plus judicieux en termes d'efficacité du Parquet européen, il suscite des interrogations en raison de ce qu'il induit.

²⁵⁵⁹ Des règles semblables s'appliqueront lorsque le Parquet européen acquerra la connaissance de la commission d'une infraction pour laquelle il pourra exercer sa compétence par tout autre moyen que l'information prévue par l'article 24 (article 27§3).

²⁵⁶⁰ En revanche, si après communication des informations appropriées (article 24§2), le procureur européen délégué estime ne pas devoir exercer son droit d'évocation, il en informera obligatoirement la chambre permanente par l'intermédiaire du procureur européen de son Etat membre afin que celle-ci puisse décider des suites à donner (article 27§6).

²⁵⁶¹ Outre la question de l'entorse à la liberté d'action du juge d'instruction, elle posera également la question de l'articulation des droits des personnes impliquées, V. *Infra*, n°1217.

B. Les implications du choix en faveur d'une compétence partagée

1138. Outre les implications qu'elle induit sur l'application d'une politique pénale cohérente à l'égard des fraudes portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union – le maintien de la compétence des autorités nationales ne permettant pas d'exclure que les axes d'une telle politique puissent être, pour partie, définis au sein des Etats membres –, le choix en faveur d'une compétence partagée n'est pas sans incidence sur la manière de concevoir l'intégration du Parquet européen dans l'ordre juridique interne.

1139. Sur la manière de concevoir l'intégration du Parquet européen dans l'ordre juridique national -. Il résulte des choix opérés par le législateur européen que deux comportements susceptibles d'une même qualification juridique pourront *in fine* donner lieu, selon les critères prévus par le règlement, à l'exercice de sa compétence par le Parquet européen ou au maintien de la compétence des autorités nationales. La gravité de l'infraction, déterminée en fonction du préjudice subi par l'Union, ne sera pas le seul critère de détermination de la compétence de l'un ou des autres ; celle-ci pourra également dépendre de l'existence d'une infraction indissociablement liée plus sévèrement sanctionnée qu'une fraude aux intérêts financiers européens selon la législation d'un Etat membre ou de l'ampleur du préjudice subi par une autre victime. De cet agencement des compétences découlera la détermination des règles applicables aux enquêtes et aux poursuites diligentées ou exercées. En effet, selon que le Parquet européen exercera ou non sa compétence, celles-ci seront régies le règlement complété par les droits nationaux ou par la législation nationale. Ceci ne peut être, à nos yeux, sans répercussion sur la manière d'adapter le droit français en cas de disparité avec les dispositions du règlement européen.

1140. Sous réserve que l'ouverture d'une information judiciaire ne puisse remédier, comme nous le pensons²⁵⁶², à une éventuelle inadaptation des dispositions relatives à l'enquête de police aux fins de l'application du règlement européen, deux solutions semblent envisageables. La première consisterait à adapter les dispositions du Code de procédure pénale relatives à l'enquête afin qu'il puisse y être renvoyé dans le cadre des enquêtes diligentées par le Parquet européen ; la seconde, d'élaborer un *corpus* de normes adaptées et spécifiquement applicable à celles-ci. La seconde solution préconisée présenterait l'avantage de prémunir la législation applicable aux enquêtes « strictement » nationales d'adaptations nombreuses et certainement génératrices de

²⁵⁶² V. *Supra*, n°1103.

perturbations importantes²⁵⁶³. Elle aurait en revanche pour effet, compte tenu du partage de compétences opéré, que deux ensembles de normes différents seraient appliqués sur le même territoire à l'égard de comportements susceptibles d'une même qualification juridique et, pour partie au moins, par les mêmes autorités²⁵⁶⁴. Dans ces circonstances, le souci de cohérence pourrait conduire à privilégier la voie d'une adaptation des dispositions du Code de procédure pénale relatives à l'enquête. Ce choix pourrait être conforté par la perspective d'un cumul des mandats de procureur européen délégué et de procureur national, ouverte par le règlement.

§2^d - *La perspective d'un cumul des mandats national et européen par les procureurs européens délégués*

1141. Il est acquis, en raison de l'inachèvement et de l'hybridité du système européen, que l'action du Parquet européen reposera largement sur les autorités nationales extérieures à sa structure européenne et exerçant leurs fonctions au sein des Etats membres. Les réflexions relatives à la création d'une telle autorité ont également conduit à s'interroger sur la possibilité du cumul, par un même magistrat, des fonctions de procureur national et de procureur européen délégué. Si les différents projet et propositions qui ont jalonné les réflexions sur la création du Parquet européen ont varié sur cette question, le règlement opte pour la possibilité d'un tel cumul (A), ce qui suscite certaines questions (B).

A. La possibilité d'un cumul des fonctions de procureur européen délégué et de procureur national

1142. L'admission d'un cumul des mandats dans le règlement -. L'article 13§3 du règlement, qui reprend la proposition de la Commission²⁵⁶⁵, dispose qu'« [u]n procureur européen délégué peut [...] exercer les fonctions de procureur national, pour autant que cela ne l'empêche pas de s'acquitter des obligations qui lui incombent en application du présent règlement ».

²⁵⁶³ V. *Supra*, n°1108.

²⁵⁶⁴ Le Parquet européen s'appuiera, au moins, sur les autorités de police nationales et, faute de juridiction européenne de jugement, les enquêtes diligentées par celui-ci ne pourront, le cas échéant, aboutir qu'à un jugement devant les juridictions internes.

²⁵⁶⁵ L'article 6§6 de la proposition précisait que « [l]es procureurs européens délégués peuvent également exercer leur fonction en qualité de procureurs nationaux. En cas de conflit d'attributions, les procureurs européens délégués en informent le procureur européen qui, après consultation des autorités nationales compétentes chargées des poursuites, peut enjoindre à celles-ci, dans l'intérêt des enquêtes et des poursuites menées par le Parquet européen, de donner la priorité aux fonctions qui leur sont dévolues par le présent règlement. En pareils cas, le procureur européen en informe sans délai les autorités nationales compétentes chargées des poursuites ».

Dans ce cas, il devra en aviser le procureur européen chargé de la surveillance de l'affaire qui pourra décider, après consultation des autorités nationales chargées des poursuites, « *si le procureur européen délégué doit donner la priorité aux fonctions qu'il exerce au titre du [...] règlement* » ou non et, le cas échéant, initier son remplacement ou conduire lui-même l'enquête.

1143. Les avantages et les inconvénients d'un tel cumul -. Les avantages et inconvénients de ce cumul des fonctions européenne et nationale expliquent la variation des projet et proposition sur ce point²⁵⁶⁶.

Les uns l'avaient justifié par des considérations pratiques tenant essentiellement aux affaires dites « mixtes »²⁵⁶⁷, c'est-à-dire mêlant des infractions portant atteinte aux intérêts financiers européens et des infractions préjudiciant aux intérêts des Etats membres. Faute de prévoir une compétence accessoire du procureur européen, lui permettant de saisir des faits dans leur globalité, le Livre vert de la Commission de 2001 avait imaginé la mise en œuvre d'un mécanisme inédit de consultation mutuelle susceptible de donner lieu, le cas échéant, à des « poursuites conjointes, associant procureur européen délégué et autorités nationales »²⁵⁶⁸. Dans ces circonstances, le cumul des fonctions de procureur européen délégué et de procureur national avait tout son intérêt. Il simplifiait nécessairement les choses puisqu'une même autorité endossait la « double casquette ». Plusieurs contributeurs au Livre vert y avaient également vu un moyen de faciliter l'intégration du Parquet européen dans les ordres juridiques nationaux et, ce faisant, un gage de l'efficacité de l'action de l'autorité créée²⁵⁶⁹.

D'autres observateurs avaient, en revanche, dès l'origine relevé les inconvénients de ce cumul, estimant, d'une part, que l'exclusivité du mandat européen constituait le seul moyen d'assurer « la spécialisation pleine et entière » des procureurs européens délégués²⁵⁷⁰ et soulignant, d'autre part, qu'elle était l'unique manière de « prévenir, à la source, les conflits d'intérêts et de priorités » et de garantir la pleine indépendance des membres délégués à l'égard des Etats membres et de leur éventuelle hiérarchie

²⁵⁶⁶ Ce cumul avait été exclu par les rédacteurs du *Corpus juris*. Il avait, en revanche, obtenu les faveurs du Livre vert de la Commission publié en 2001 (COMMISSION EUROPEENNE, Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, COM(2001)715 final, préc., spéc. point 4.2.1.1., pp. 30 et 31) avant d'être repris par la proposition de la Commission en 2013 (V. *Infra*).

²⁵⁶⁷ COMMISSION EUROPEENNE, Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, COM(2001)715 final, préc., spéc. point 4.2.1.1., p. 31.

²⁵⁶⁸ *Ibid.*, point 6.2.2.2, p. 50 et s.

²⁵⁶⁹ V. not., COLLEGE D'EUROPE, Département des études juridiques, « La protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen Réponses au Livre vert présenté par la Commission des Communautés européennes le 11.12.2001 », p. 2.

²⁵⁷⁰ COMMISSION EUROPEENNE, Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, COM(2001)715 final, préc., spéc. point 4.2.1.1., p. 30.

interne²⁵⁷¹. Dans sa contribution au Livre vert, l'Institut Max-Planck avait ainsi pointé le risque d'instructions hiérarchiques divergentes²⁵⁷², ajoutant que si, théoriquement, cette problématique devait être résolue « par la priorité du mandat européen et donc de l'instruction donnée par le procureur européen » prévue par le Livre vert²⁵⁷³, cette solution était incertaine en pratique : « en raison de la structure décentralisée proposée et de la durée fixe de son mandat auprès du ministère public européen [...], le procureur européen délégué entretiendra[it] des liens plus étroits avec son propre droit national et avec son supérieur national »²⁵⁷⁴, ce qui le conduirait probablement à privilégier les instructions de ce dernier. C'était, d'ailleurs, « précisément dans les affaires mêlant intérêts nationaux et communautaires qu'il [pouvait] être difficile de distinguer si une activité de recherche [avait] été ordonnée dans le cadre des fonctions nationales ou du mandat européen »²⁵⁷⁵, ce qui risquait d'accroître les suspicions à l'égard d'une immixtion illégitime de la hiérarchie nationale et, ce faisant, de mettre en cause l'indépendance du procureur européen délégué dans l'exercice de son mandat européen. L'Institut Max-Planck avait donc appelé de ses vœux une franche séparation entre les procureurs européens délégués et les procureurs nationaux²⁵⁷⁶. Et, d'une manière générale, la plupart des contributeurs au Livre vert s'y opposait en raison de l'atteinte à l'indépendance de l'autorité européenne qui pouvait en résulter²⁵⁷⁷.

1144. Le choix en faveur d'un cumul des mandats ne se justifie plus exactement de la même manière aujourd'hui. Comme nous l'avons relevé, le règlement a opté pour l'attribution d'une compétence accessoire du Parquet européen à l'égard d'infractions liées à une infraction portant atteinte aux intérêts financiers de telle sorte que l'organe européen pourra, le cas échéant, se saisir de l'intégralité des faits sans qu'il soit

²⁵⁷¹ V. not., M. DELMAS-MARTY et J.A.E. VERVAELE, *La mise en œuvre du Corpus juris dans les États membres, op. cit.*, Vol. 1, p. 41 ; Livre vert, COM(2001)715 final, préc., spéc. point 4.1, p. 28 ; Rapport du Parlement européen sur le Livre vert de la Commission concernant la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen (COM(2001) 715 – C5-0157/2002 – 2002/2065(COS)), 24 fév. 2003.

²⁵⁷² MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES, « Analyse du Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen », Etude pour la commission du contrôle budgétaire du Parlement européen réalisée par A. BIEHLER, S. GLEB, N. PARRA, H. E. ZEITLER, avril 2002, p. 16.

²⁵⁷³ COMMISSION EUROPEENNE, Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, COM(2001)715 final, préc., spéc. point 4.2.1.1., pp. 30-31 (Livre vert indiquait que « pour d'évidentes raisons de cohérence et d'unité d'action, le procureur européen devrait demeurer hiérarchisé. Placé à son sommet, le procureur européen aurait la responsabilité de diriger et coordonner l'action des procureurs délégués, en fonction des besoins des recherches et des poursuites. Les procureurs délégués seraient placés, pour la durée de leur mandat, dans la hiérarchie du ministère public européen [...] et tenus d'obéir aux instructions, générales aussi bien que particulières, du procureur européen. En toute hypothèse, ils ne pourraient recevoir aucune instruction de leurs autorités nationales, en ce qui concerne la protection des intérêts financiers communautaires »)

²⁵⁷⁴ MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES, « Analyse du Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen », préc., p. 16.

²⁵⁷⁵ *Ibid.*

²⁵⁷⁶ *Ibid.*

²⁵⁷⁷ COMMISSION EUROPEENNE, Rapport de suivi, COM(2003)128 final, préc., p. 2.

nécessaire de prévoir un mécanisme particulier de consultation. Le cumul des fonctions européenne et nationale se justifie dorénavant par la volonté de simplifier l'intégration du Parquet européen au sein des Etats membres et par la difficulté éprouvée par certains d'entre eux d'affecter spécifiquement des magistrats aux fonctions de procureur européen délégué²⁵⁷⁸.

La porosité supplémentaire qu'il induit entre le système européen et les systèmes nationaux suscite toutefois des questions dans la perspective de l'intégration du Parquet européen dans l'ordre juridique français.

B. Les interrogations induites par ce cumul dans l'optique de l'intégration du Parquet européen dans l'ordre juridique français

1145. Parce qu'il accroît la perméabilité entre le système européen et les systèmes nationaux, le choix en faveur d'un tel cumul multiplie les questions que suscite l'intégration du Parquet européen. Certaines sont d'ordre statutaire, d'autres d'ordre fonctionnel. Les premières, qui ne seront qu'esquissées²⁵⁷⁹, ne pourront que conforter certaines évolutions actuellement plébiscitées en France²⁵⁸⁰. Les secondes guideront certainement le choix en faveur de l'une ou l'autre des solutions envisagées en cas d'inadaptation du droit interne à l'application des dispositions du règlement.

1146. Les interrogations d'ordre statutaire -. Le choix d'un cumul des mandats de procureur européen délégué et de procureur national aura pour effet de faire endosser à un même magistrat deux statuts qui, selon les droits nationaux, seront divergents voire difficilement conciliables. Comme le soulignait déjà l'Institut Max-Planck dans sa contribution précitée, à défaut d'une parfaite indépendance fonctionnelle du magistrat dans l'exercice de ses fonctions de procureur national, un tel cumul multipliera les doutes sur sa pleine autonomie dans l'exercice de ses fonctions de procureur européen délégué²⁵⁸¹. Nous ne pouvons qu'adhérer à cette opinion et estimer que si, au même titre que le Chef du Parquet européen et les procureurs européens, les procureurs européens délégués ne devront ni solliciter, ni accepter d'instructions d'aucune autre personne extérieure au Parquet européen (article 6§1) et « *bénéficiaire [à cet effet] d'un statut fonctionnellement et juridiquement indépendant* » dans l'exercice

²⁵⁷⁸ V. not., F. FALLETTI, « Un Parquet européen, enfin ? », préc., p. 46.

²⁵⁷⁹ Ces questions seront plus largement abordées dans le second chapitre de ce titre, V. *Infra*, n°1152 et s.

²⁵⁸⁰ En ce sens, V., J. LEBLOIS-HAPPE et F. WINCKELMULLER, « Chap. 13 : Impact of the setting up of an European Public Prosecutor's Office on national judicial system », préc., spéc. p. 282.

²⁵⁸¹ MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES, « Analyse du Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen », préc., p. 16.

de leurs fonctions européennes (consid. 32), le risque d'« interférences » des autorités étatiques dépendra largement, en cas de cumul, du statut dont il dispose en tant que procureur national.

1147. Les interrogations d'ordre fonctionnel -. L'hypothèse d'un cumul suscite également des interrogations d'ordre fonctionnel qui pourrait rejaillir sur la manière de penser l'adaptation du droit interne en cas de divergences entre celui-ci et les dispositions du règlement. Le règlement prémunit certes contre le risque de divergences trop importantes entre les pouvoirs du procureur européen délégué et les pouvoirs d'un procureur national en précisant que le premier devra être investi des mêmes fonctions que le second dans le domaine des enquêtes, des poursuites et de la mise en état des affaires pénales (article 13§1). Ce principe ne vaut toutefois qu'en plus et sous réserve des pouvoirs qui devront être reconnus au procureur européen au titre du règlement européen (*ibid.*). Il s'ensuit donc que toute divergence entre les pouvoirs de l'un et de l'autre ne peut être pleinement exclue.

Selon les modalités retenues par le législateur pour s'assurer que le procureur européen délégué dispose de l'ensemble des pouvoirs qui doit lui être reconnu en application du règlement – adapter les pouvoirs des procureurs nationaux ou élaborer un *corpus* de normes spécifiquement applicable aux enquêtes « européennes » -, ce cumul pourrait avoir pour conséquence qu'un même magistrat dispose de pouvoirs partiellement différents selon qu'il agit dans le cadre de ses fonctions nationales ou européennes. En cas de cumul, la cohérence voudrait probablement que l'on préfère à l'idée de l'élaboration de normes applicables aux seules enquêtes diligentées en France par le Parquet européen, celle d'une adaptation des pouvoirs des procureurs nationaux.

1148. Conclusion de la seconde section -. Le partage des compétences et la possibilité d'un cumul des fonctions de procureur européen délégué et de procureur national participent à la perméabilité entre le système européen et les ordres juridiques nationaux. Ils confortent par là même certaines questions que pouvaient déjà susciter le concours qu'apporteront les autorités nationales à l'action du Parquet européen et l'application complémentaire des droits nationaux.

Conclusion du premier chapitre

1149. Indépendamment des précisions qu'il permet d'apporter sur ce que sera le Parquet européen, le rappel des dispositions du règlement permet surtout de mettre en lumière la perméabilité entre ce nouvel organe et les ordres juridiques nationaux. Le règlement, qui ne le conçoit pas comme un système pleinement autonome, tisse au contraire des liens nombreux entre l'un et les autres. C'est sur cette porosité que se fonde la réflexion sur les adaptations du droit interne que pourra impliquer la mise en œuvre effective du règlement européen.

Chapitre Second.

Les adaptations suggérées par l'intégration du parquet européen dans l'ordre juridique français

1150. Le règlement a presque invariablement fait le choix des solutions les plus acceptables en termes de respect des souverainetés nationales, ce qui se reflète en particulier dans le caractère incomplet et hybride du système envisagé à l'échelon européen, l'affaiblissement des règles européennes communes en comparaison des premiers projet ou propositions ou encore le partage de la compétence qu'il établit. Les principes de proportionnalité de l'action de l'Union européenne et de respect des identités nationales encourageaient certainement à de tels choix²⁵⁸² ; le consensus unanime normalement requis a également contribué à un affaiblissement des ambitions initiales. Reste que de ces choix résultent une importante perméabilité entre le système envisagé à l'échelon européen et les ordres juridiques des Etats membres, qui ne permet pas d'exclure que les droits nationaux doivent s'adapter à la mise en œuvre de ce nouvel organe.

1151. Les adaptations qu'elle peut suggérer sont de deux ordres. D'une part, l'obligation pour les Etats membres de veiller à l'autonomie fonctionnelle du Parquet européen, qui fut une constante des projet et propositions de création de ce nouvel organe, viendra probablement aviver le débat que nourrit encore aujourd'hui l'insuffisante indépendance des membres du ministère public français et, en

²⁵⁸² V. *Infra*, n°226 et n°228.

conséquence, conforter la perspective d'une réforme statutaire. D'autre part, si l'affaiblissement des règles communes européennes au profit de l'application des droits nationaux circonscrit les ajustements normatifs indispensables à la mise en œuvre du règlement européen, le maintien de certaines d'entre elles invite néanmoins à s'interroger sur les adaptations du droit interne nécessaires à celle-ci. Si, en cas d'inadaptations du droit français, plusieurs solutions paraissent s'offrir au législateur, toutes conforteront, selon nous, à terme, la perspective d'une restructuration d'ensemble de la mise en état des affaires pénales.

A la perspective d'une réforme statutaire (Section Première) s'ajoute donc celle d'une réforme structurelle (Section Seconde).

Section Première. La perspective d'une réforme statutaire

1152. Si le problème a essentiellement trait à l'indépendance fonctionnelle des autorités internes intégrées à la structure du Parquet européen, il déborde néanmoins ce seul cas. La crainte, en l'état du droit positif, que le manque d'autonomie des autorités nationales concourant à l'action du Parquet européen rejaille sur les enquêtes conduites par celui-ci invite à s'interroger plus largement sur la perspective d'une réforme statutaire que pourrait conforter la mise en œuvre du règlement européen et donc, à envisager tant le cas des autorités internes intégrées à la structure européenne (§1^{er}) que celui des autorités nationales qui concourent à son action (§2^d).

§1^{er} - Le cas des autorités françaises intégrées à la structure européenne le temps de leur mandat

1153. Le respect de l'exigence cardinale de l'indépendance fonctionnelle des membres du Parquet européen dans l'exercice de leurs fonctions européennes suscite, pour l'heure, des interrogations. Cette exigence doit être rappelée (A) avant que ne soient envisagées les questions qu'inspire son respect en l'état du droit français positif (B).

A. L'exigence d'indépendance fonctionnelle des membres du Parquet européen

1154. L'exigence d'indépendance fonctionnelle des membres du Parquet européen est une constante des projets et propositions ayant envisagé sa création (1). Le règlement la reprend, en l'assortissant de garanties indispensables à son respect (2).

1) *La constance de cette exigence*

1155. L'autonomie des membres du Parquet européen à l'égard des institutions et des Etats membres a toujours été érigée en condition *sine qua non* de sa légitimité et de son efficacité. Cette exigence se justifiait d'autant mieux qu'elle s'inscrivait, au moment de la première formalisation du projet, dans une tendance généralement observée aux échelons international²⁵⁸³, européen²⁵⁸⁴ et national²⁵⁸⁵. Inscrite dans l'ensemble des projets et propositions ayant jalonné la création du Parquet européen, elle a naturellement été reprise par le règlement.

1156. Du *Corpus juris* et au Livre vert de 2003 -. Puisant alors son inspiration dans le statut des tribunaux et cours pénaux internationaux ou des avocats généraux près la Cour de Justice des Communautés européennes, le *Corpus juris* s'était déjà attaché à l'indépendance de l'autorité européenne alors projetée. Celle-ci devait pouvoir exercer ses fonctions en toute indépendance, c'est-à-dire sans ne solliciter, ni être soumise à aucune instruction d'un organisme européen ou Etat membre (article 18). De la même manière, le Livre vert de la Commission avait fait de l'indépendance du « procureur européen », entendu comme l'organe, « une caractéristique essentielle »²⁵⁸⁶ et un élément de la légitimité de son action, celle ne devant être guidée que par le souci du respect de la légalité²⁵⁸⁷.

1157. De la proposition au règlement -. Comme la proposition initiale de la Commission (article 5), le règlement conserve naturellement cette exigence, précisant que « [l]e Parquet européen est indépendant » (article 6§1) et, qu'en conséquence, « [l]e chef du

²⁵⁸³ Ainsi, du statut des procureurs institués près les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* de La Haye (Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, art. 16§2) et d'Arusha (Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, art. 15§2) ou de celui du procureur institué près la Cour pénale internationale (Statut de Rome, art. 42) dont le Statut était discuté concomitamment aux réflexions sur l'institution d'un ministère public européen.

²⁵⁸⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DES MINISTRES, Rec. (2000)19, préc., Recommandation n°11 (laquelle a encouragé les Etats membres du Conseil de l'Europe à s'assurer que les parquetiers nationaux « bénéficient de l'indépendance et de l'autonomie nécessaires à l'exercice de leurs fonctions » et « soient [donc] en mesure de remplir leurs missions sans ingérence injustifiée »). V. *Supra*, n°573.

²⁵⁸⁵ Ainsi, par exemple, le rapport allemand sur la mise en œuvre du *Corpus juris* faisait mention de discussions délicates tendant à donner davantage d'indépendance aux représentants du ministère public (M. DELMAS-MARTY et J.A.E. VERVAELE, *La mise en œuvre du Corpus juris dans les Etats membres*, op. cit., Vol. 1, p. 45). De même, le rapport français faisait état de l'encadrement des instructions individuelles du Ministre de la Justice et des discussions relatives au renforcement des garanties statutaires des parquetiers français (M. DELMAS-MARTY et S. MANACORDA, « Rapport national français », in M. DELMAS-MARTY et J.A.E. VERVAELE, *La mise en œuvre du Corpus juris dans les Etats membres*, op. cit., Vol. 2, pp. 318-319).

²⁵⁸⁶ COMMISSION EUROPEENNE, Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, COM(2001)715 final, préc., spéc. point 4.1, p. 28 ; V. ég., PARLEMENT EUROPEEN, Rapport du Parlement européen sur le Livre vert de la Commission concernant la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen (COM(2001) 715 – C5-0157/2002 – 2002/2065(COS)), 24 fév. 2003.

²⁵⁸⁷ *Ibid.*

Parquet européen, ses adjoints, les procureurs européens, les procureurs européens délégués, le directeur administratif ainsi que le personnel du Parquet européen, dans l'exercice des fonctions qui leur sont dévolues par le présent règlement, agissent dans l'intérêt de l'Union dans son ensemble [...] et ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucune personne extérieure au Parquet européen, d'aucun État membre, d'aucune institution, d'aucun organe ou organisme de l'Union » (Ibid.). Les États membres et les institutions, organes ou organismes de l'Union sont consécutivement astreints à l'obligation de respecter l'indépendance du Parquet européen et, par conséquent, à ne pas chercher à l'influencer dans l'exercice de ses missions. Le règlement accompagne l'énoncé de cette exigence de garanties statutaires indispensables à son effectivité.

2) *Les garanties de cette exigence*

1158. Le règlement contient différents garde-fous statutaires, jugés nécessaires pour garantir l'effectivité de l'exigence d'indépendance des membres du Parquet européen. Ces garanties statutaires concernent les modalités de nomination et de révocation de ses membres. La durée de leur mandat est également imprégnée par cette exigence. Ces garde-fous sont déclinés selon qu'ils concernent le chef du Parquet européen, les procureurs européens ou les procureurs européens délégués.

1159. Les garanties statutaires du chef du Parquet européen -. Les conditions de nomination du chef du Parquet européen sont imprégnées par l'idée de garantir son indépendance fonctionnelle et de s'assurer que le candidat à cette fonction présente toutes les qualités et l'expérience requises pour l'exercice de celle-ci. Il sera nommé par « *[l]e Parlement européen et le Conseil [...] d'un commun accord* » parmi des personnalités offrant notamment « *toutes les garanties d'indépendance* » (article 14§2), à la suite d'une « *procédure de sélection* » dont les modalités sont précisées à l'article 14§3. Ce dernier prévoit que la procédure de sélection sera fondée sur un appel ouvert à candidatures publié au *Journal officiel de l'Union européenne*, suivi de l'établissement d'une liste restreinte de candidats qualifiés pour l'exercice de ces fonctions par un comité de sélection « *composé de douze personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice et de la Cour des comptes, d'anciens membres nationaux d'Eurojust, des membres des juridictions nationales suprêmes, des procureurs de haut niveau et des juristes possédant des compétences notoires* ». Cette liste sera ensuite soumise au Parlement européen et au Conseil aux fins de la nomination du candidat.

La durée de son mandat – de sept années et non renouvelable (article 14§1) – de même que les conditions dans lesquelles il pourra être révoqué – c'est-à-dire par la Cour

de Justice de l'Union, saisie par le Parlement européen, le Conseil ou la Commission, à la condition qu'elle constate qu'il n'est plus en mesure d'exercer ses fonctions ou qu'il a commis une faute grave (article 14§5) – manifestent également la volonté du législateur européen de s'assurer de l'autonomie fonctionnelle du Parquet européen. Outre les conditions encadrant la révocation du chef du Parquet européen, la durée de son mandat – supérieure à celle d'une législature du Parlement européen – et le caractère non renouvelable de celui-ci, tous deux inspirés des propositions du Livre vert de 2001, sont en effet perçus comme autant de moyens de le prémunir de pressions extérieures susceptibles d'influencer son action²⁵⁸⁸.

1160. Les garanties statutaires des procureurs européens -. Le règlement précise également les garanties statutaires des procureurs européens. Ces derniers seront choisis sur la base d'une liste de trois candidats désignés par chaque Etat membre, parmi « *des membres actifs du ministère public ou du corps judiciaire [de celui-ci]* » et offrant « *toutes les garanties d'indépendance* » et d'expérience requise (article 16§1 a)). Ils seront nommés par le Conseil après un avis motivé du comité de sélection visé à l'article 14§3 précité (article 16§2), un avis négatif de celui-ci liant le Conseil (*ibid.*).

Ils exerceront leur mandat pour une durée de six années, en principe non renouvelable (article 16§3), le règlement prévoyant toutefois une possibilité de prorogation pour trois années supplémentaires sur décision du Conseil (*ibid.*).

Comme le chef du Parquet européen, seule la Cour de Justice, saisie à cette fin par le Parlement européen, la Commission et le Conseil, sera compétente pour révoquer un procureur européen, sous réserve qu'elle constate qu'il n'est plus en mesure d'exercer ses fonctions ou a commis une faute grave (article 16§5).

1161. Les garanties statutaires des procureurs européens délégués -. L'article 17 du règlement assortit la nomination et la révocation des procureurs européens délégués de certains garde-fous. Ils seront nommés par le collège, sur proposition du chef du Parquet européen parmi les candidats désignés par les Etats membres. Le collège pourra s'opposer à la nomination du candidat désigné, lorsque celui-ci ne remplit pas l'indépendance et l'expérience requises pour l'exercice de ces fonctions.

Ils les exerceront pour une durée de cinq années renouvelables, cette possible prorogation s'expliquant par la nécessité de tenir compte du vivier de recrutement au

²⁵⁸⁸ COMMISSION EUROPEENNE, Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, COM(2001)715 final, préc., spéc. point 4.1, p. 28.

sein des Etats membres et la volonté de permettre une spécialisation des candidats nommés dans le domaine des intérêts financiers de l'Union²⁵⁸⁹.

Les PED pourront être révoqués par le collège dans les conditions prévues par l'article 17§3, c'est-à-dire lorsqu'ils ne rempliront plus les qualités exigées par l'article 17§2 - l'appartenance au ministère public ou au corps judiciaire de l'Etat membre qui l'a désigné, l'indépendance, les qualifications et l'expérience requises – ou qu'il n'est plus en mesure d'exercer ses fonctions ou a commis une faute grave.

L'article 17§4 prévoit cependant que les Etats membres auront la faculté de révoquer ou de prendre une sanction disciplinaire à l'encontre des procureurs européens délégués qu'ils ont désignés pour des raisons liées aux responsabilités qu'ils exercent au titre du règlement, sous réserve toutefois d'obtenir le consentement du chef du Parquet européen. En cas de désaccord, le collège du Parquet européen pourra être saisi aux fins d'examen. Cette disposition précise en outre les conditions de la révocation ou d'une sanction disciplinaire d'un procureur national nommé en tant que PED par un Etat membre « *pour des raisons qui ne sont pas liées aux responsabilités qu'il exerce au titre du règlement* ». Ces conditions particulières auront, par essence, vocation à s'appliquer lorsque le procureur européen délégué cumulera ces fonctions avec celles de procureur national (consid. 46)²⁵⁹⁰. Elles s'expliquent par les répercussions de telles décisions sur le mandat de PED, le candidat nommé à cette fonction devant appartenir « *à compter de leur nomination et jusqu'à [...] révocation* » au ministère public ou au corps judiciaire de l'Etat membre qui l'a désigné (article 17§2). Elles prévoient que le chef du Parquet européen devra en être préalablement informé. Le dispositif instauré doit assurer la transparence des raisons justifiant la révocation ou une sanction disciplinaire d'un procureur qui exerce parallèlement les fonctions de procureur européen délégué et, partant, prémunir l'institution contre toute ingérence inique des Etats dans son fonctionnement.

L'exigence d'indépendance des membres du Parquet européen soulève toutefois certaines difficultés au regard du droit positif français, celle-ci s'articulant difficilement avec celui-là.

²⁵⁸⁹ Telle était du moment la justification avancée dans le Livre vert de 2001, dont le règlement s'inspire sur ce point. V., *Ibid.*, point 4.2.1.1, p. 30.

²⁵⁹⁰ L'exclusivité du mandat européen le met, par hypothèse, davantage à l'abri d'une révocation ou d'une sanction disciplinaire pour des raisons qui ne tiennent pas aux responsabilités qu'il exerce en application du règlement.

B. La difficile articulation de cette exigence avec le droit français positif

1162. Confronté au statut actuel des magistrats du ministère public français, l'exigence d'indépendance des membres désignés aux fonctions de procureur européen ou de procureur européen délégué suscite certaines interrogations. Certes, l'autonomie fonctionnelle des membres du ministère public français a été renforcée par la suppression des instructions ministérielles individuelles²⁵⁹¹. Toutefois, le soupçon d'interférences officieuses demeure en l'absence du renforcement de leurs garanties statutaires²⁵⁹². Quelle que soit l'illégalité de l'instruction donnée, le processus de nomination et le régime disciplinaire des magistrats du parquet entretiennent en effet un doute regrettable sur leur pleine autonomie fonctionnelle à l'égard du pouvoir exécutif. Certes, les procureur européen et procureurs européens délégués devront bénéficier d'un statut distinct des procureurs nationaux (considérants 32²⁵⁹³ et 33²⁵⁹⁴), assurant l'indépendance requise au titre de leurs fonctions européennes, et cela, même si les PED appartiendront au même corps que les magistrats du ministère public français durant leur mandat européen (article 17§2). Le silence du règlement sur les conditions de désignation des candidats proposés par l'Etat membre pour l'exercice de ses fonctions (1) de même que la vocation des personnalités nommées à réintégrer leur corps d'origine à l'issue de leur mandat européen (2) inspirent toutefois certaines inquiétudes sur la satisfaction effective de l'obligation européenne.

1) L'indétermination des modalités de désignation des membres français du Parquet européen

1163. Le silence du règlement -. Les premières interrogations concernent les modalités de désignation des membres français du Parquet européen, qu'il s'agisse du procureur européen ou des procureurs européens délégués. Le premier sera nommé à partir d'une liste de trois candidats désignés par l'Etat membre concerné (article 14§1) ;

²⁵⁹¹ V. *Supra*, n°386 et s.

²⁵⁹² V. *Supra*, n°396 et s.

²⁵⁹³ Il prévoit que « [I]es procureurs européens délégués devraient faire partie intégrante du Parquet européen et, en cette qualité, lorsqu'ils mènent des enquêtes et des poursuites visant des infractions qui relèvent de la compétence du Parquet européen, ils devraient agir exclusivement pour le compte et au nom de celui-ci sur le territoire de leur État membre respectif. Ils devraient dès lors bénéficier, au titre du présent règlement, d'un statut fonctionnellement et juridiquement indépendant, distinct de tout statut conféré par le droit national ».

²⁵⁹⁴ Il précise qu'« [i]ndépendamment du statut spécial dont ils bénéficient au titre du présent règlement, les procureurs européens délégués devraient également être, pendant la durée de leur mandat, des membres du ministère public de leur État membre, à savoir des procureurs ou des membres du corps judiciaire, et se voir conférer par leur État membre au minimum les mêmes pouvoirs que les procureurs nationaux ».

les seconds le seront par le collège, sur proposition du chef du Parquet européen, parmi les candidats désignés par l'Etat membre²⁵⁹⁵. Si la désignation par les Etats est donc prévue, le règlement n'en précise pas les conditions.

1164. Les modalités envisageables -. En raison de l'appartenance des candidats à de telles fonctions au corps des magistrats français (articles 16§1 et 17§1) plusieurs modalités paraissent envisageables :

- une désignation par le Gouvernement, comme il en va pour le juge français près le tribunal de l'Union²⁵⁹⁶ ;
- une désignation par le ministre de la Justice, comme c'est le cas du membre français d'Eurojust (C.P.P., article 695-8) ;
- une désignation suivant les modalités prévues pour les magistrats du parquet, qui préservent le pouvoir de proposition de la Chancellerie et ne prévoient qu'un avis simple du CSM.

Le maintien du pouvoir de proposition des candidats désignés, comme il en va pour les parquetiers nationaux, se justifierait plus difficilement cependant s'agissant des membres français du Parquet européen. Celui-ci trouve classiquement sa principale justification dans la nécessité de s'assurer que « les conditions de la nomination [des procureurs français] permett[ent] au garde des Sceaux de mener la politique pénale décidée par le Gouvernement »²⁵⁹⁷. Or, la politique pénale relative aux enquêtes diligentées et poursuites décidées par le Parquet européen sera déterminée par le collège (consid. 24²⁵⁹⁸ et article 9§2²⁵⁹⁹), ce qui fait consécutivement perdre au pouvoir de proposition sa justification principale.

1165. Plus généralement, toutes les modalités précédemment envisagées témoignent de la prépondérance du pouvoir exécutif dans le processus de désignation,

²⁵⁹⁵ V. *Supra*, n°1160 et s.

²⁵⁹⁶ V. not., La nomination des juges français à la CJUE, interview du juge Stéphane GERVASONI, accessible à l'adresse : <https://blogdroiteuropeen.com/2016/10/28/la-nomination-des-juges-francais-a-la-cjue-interview-du-juge-stephane-gervasoni-part-1/>.

²⁵⁹⁷ Rapport n°1050 déposé par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n°815) portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature et présenté par D. RAIMBOURG, Assemblée nationale, XIVe législature, 22 mai 2013.

²⁵⁹⁸ « *Le collège devrait prendre des décisions sur des questions stratégiques, notamment la définition des priorités et de la politique du Parquet européen en matière d'enquêtes et de poursuites, ainsi que sur des questions générales soulevées par des dossiers particuliers, concernant par exemple l'application du présent règlement, la bonne mise en œuvre de la politique du Parquet européen en matière d'enquêtes et de poursuites ou des questions de principe ou revêtant une importance significative pour le développement d'une politique cohérente du Parquet européen en matière d'enquêtes et de poursuites* ». (Nous soulignons).

²⁵⁹⁹ « *Le collège se réunit régulièrement et est chargé du suivi général des activités du Parquet européen. Il adopte des décisions sur des questions stratégiques, ainsi que sur des questions générales soulevées par des dossiers particuliers, notamment en vue d'assurer la cohérence et l'efficacité, dans l'ensemble des États membres, de la politique du Parquet européen en matière de poursuites, ainsi que sur d'autres questions visées dans le présent règlement* ».

ce qui alimente la crainte de « partisanisme ». La question est connue s'agissant du maintien du pouvoir de proposition de la Chancellerie dans le processus de nomination des membres du ministère public français²⁶⁰⁰. Elle a déjà justifié des recommandations visant à aligner, sur ce point, le statut de chefs de parquet sur celui des juges du siège et donc à transférer le pouvoir de proposition au CSM afin de circonscrire le risque d'une nomination partisane²⁶⁰¹. Seules de telles modalités permettraient de garantir plus sûrement la satisfaction de l'obligation européenne ou, en d'autres termes, d'apaiser le soupçon d'interventions officieuses du pouvoir politique, contraire à l'exigence d'autonomie fonctionnelle du Parquet européen.

Le recours à de telles modalités pour garantir l'indépendance des procureur européen et procureurs européens délégués français risque toutefois de rendre d'autant plus visible la fragilité des garanties statutaires des membres du parquet français. De surcroît, puisque les PED devront être des membres actifs du ministère public le temps de leur mandat, l'application de modalités différentes impliquera une rupture entre les garanties statutaires de différents membres d'un même corps. Si le règlement ne s'oppose à une telle équation – son unique ambition étant de s'assurer que les membres de l'organe européen disposent de l'autonomie requise –, de telles divergences poseront sans doute question sur le plan de la cohérence et aiguïseront certainement le débat sur l'amélioration des garanties statutaires des membres du ministère public français²⁶⁰². La difficulté ne peut être que confortée par la perspective d'un cumul des fonctions de PED et de procureur national, qui confinerait à une « "schizophrénie" institutionnelle »²⁶⁰³. Le fait qu'un même magistrat endosse une « double-casquette » et donc, le cas échéant, un double statut ne pourra qu'accroître le soupçon que la faiblesse de ses garanties statutaires en tant que procureur national rejaillisse sur l'autonomie fonctionnelle dont il doit disposer en tant que PED.

La vocation des membres français du Parquet européen à réintégrer leur corps d'origine à l'issue de leur mandat européen donne à ces questions une acuité accrue.

²⁶⁰⁰ GROUPE PENAL DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, *Contribution à la réforme du parquet*, préc., p. 41 ; J.-L. NADAL (sous la dir.), *Refonder le ministère public*, préc., pp. 9 et s. (proposition n°2).

²⁶⁰¹ V. *Supra*.

²⁶⁰² Dans un sens voisin, V. not., J. LEBLOIS-HAPPE, « L'eupéanisation du droit pénal français depuis le traité de Lisbonne », préc. ; L. CADIET, « Statut du parquet : le retour. Mais lequel ? », *Procédures* 2017, rep. 8 ; C. CUTAJAR, « Pour un Parquet européen indépendant », *Dalloz actualité*, 19 octobre 2017.

²⁶⁰³ J. LEBLOIS-HAPPE et F. WINCKELMULLER, « Impact of the setting up of a European Public Prosecutor's Office on national system – A french perspective », préc., spéc. pp. 282-283.

2) *L'effet de la réintégration des membres français dans leur corps d'origine à l'issue de leur mandat*

1166. La vocation des membres français du Parquet européen à réintégrer leur corps d'origine à l'issue de leur mandat -. Les procureur européen et procureurs européens délégués français seront désignés parmi les magistrats français (articles 16§1 et 17§1) et auront donc vocation, à l'issue de leur mandat européen, à réintégrer leur corps d'origine. Cette perspective alimente nécessairement les interrogations sur leur pleine autonomie fonctionnelle à l'égard de l'Etat français durant l'exercice de leur mandat européen.

1167. Les interrogations soulevées -. La mise en perspective de cette situation avec celle des magistrats du siège français et les questions qu'inspirent leur appartenance au même corps que les membres du ministère public n'est pas intéressante pour entrevoir le débat qui pourrait se nouer.

Si l'indépendance des juges à l'égard du pouvoir politique est mieux affirmée que celle des magistrats du parquet parce qu'ils bénéficient de garanties statutaires appropriées, cette indépendance est cependant sujette à interrogation. Pour certains, l'unité du corps des magistrats ne serait qu'« une astuce permet[tant] au gouvernement de “tenir” l'ensemble de la magistrature assise et debout parce que la carrière étant unique, elle se fait, depuis deux cent ans, en échelle de perroquet »²⁶⁰⁴. En d'autres termes, le dessein d'un juge d'exercer ultérieurement des fonctions de procureur pourrait, compte tenu des conditions de nomination de ces derniers, avoir une influence sur son attitude.

En outre, la relation qu'entretiennent les magistrats du parquet avec le pouvoir politique, conjuguée avec l'unité du corps judiciaire au sein duquel procureurs et juges partagent le même statut de magistrat, laisserait perdurer dans l'opinion publique une tendance à étendre aux juges du siège le soupçon de dépendance à l'égard du pouvoir exécutif qui pèse sur les magistrats du parquet²⁶⁰⁵.

A la lumière de ce débat, on comprend que l'indépendance du juge et les garanties statutaires dont il dispose n'excluent aucunement les interrogations sur sa pleine autonomie à l'égard du pouvoir politique.

1168. Le débat se pose dans les mêmes termes pour les membres français du Parquet européen. Dissiper le soupçon qu'induit leur vocation naturelle à réintégrer leur

²⁶⁰⁴ D. SOULEZ-LARIVIERE, « Le problème du ministère public français », préc.

²⁶⁰⁵ P. TRUCHE (sous la dir.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la justice, op.cit.*, p. 34.

corps d'origine à l'issue de leur mandat européen supposerait soit de remettre en cause l'unité du corps qui caractérise la magistrature française et légitime le rôle, néanmoins circonscrit, du procureur de la République sur les mesures portant atteinte aux droits et libertés protégés, soit de renforcer les garanties statutaires des membres du ministère public. Cette seconde option, généralement privilégiée, ne pourrait être que confortée par l'intégration du Parquet européen et le respect des obligations que le règlement formule.

Au-delà de la question de l'indépendance fonctionnelle des membres du Parquet européen, la pleine autonomie de son action pourrait également être troublée par le concours que lui apporteront les autorités nationales, extérieures à sa structure.

§2^d- Le cas des autorités extérieures à la structure du Parquet européen mais concourant à son action

1169. L'ambition du règlement européen ne peut être d'imposer une réforme du statut des autorités internes. Toutefois, le soutien qu'elles apporteront nécessairement au Parquet européen invite à s'interroger sur l'impact que pourra avoir leur statut sur l'autonomie de l'action de celui-ci. Ces interrogations peuvent porter sur les autorités judiciaires (A) et policières (B). Si les questions posées le sont dans des termes partiellement différents, les implications du statut des autorités nationales sur l'autonomie de l'action du Parquet européen ne sont toutefois pas fondamentalement différentes.

A. Les autorités judiciaires

1170. Le rappel des dispositions du règlement -. Le règlement précise que dans le cadre des enquêtes dont ils seront responsables, les PED pourront agir d'initiative ou en charger « *les autorités compétentes de [leur] Etat* » (article 28§1), qui seront alors tenues de lui apporter « *une assistance et un soutien actifs* » (article 5§6) et de veiller à ce que les instructions qu'ils leurs adresseront soient suivies « *conformément au droit national* » (article 28§1).

Le fait que le règlement ne soit pas plus précis lorsqu'il évoque « *les autorités compétentes* » de l'Etat dont ressort le PED ne permet pas d'exclure qu'il pourra solliciter le concours des procureurs nationaux. Cette possible collaboration des magistrats du

parquet français avait d'ailleurs été envisagée lors des travaux préparatoires à la loi organique n°2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier²⁶⁰⁶, celui-ci étant alors envisagé comme « un interlocuteur adapté »²⁶⁰⁷ ou « tout désigné pour le futur procureur européen »²⁶⁰⁸.

1171. Les questions soulevées -. Compte tenu des soupçons qui demeurent aujourd'hui sur la pleine autonomie fonctionnelle des procureurs français, ne peut-on pas craindre que le concours susceptible d'être apporté par ces derniers puisse être à l'origine d'une immixtion illégitime du pouvoir politique dans les enquêtes diligentées par le Parquet européen ? Le seul moyen de dissiper de tels risques serait, là encore, de renforcer les garanties statutaires des parquetiers français. La question se pose dans des termes analogues pour les autorités policières.

B. Les autorités policières

1172. Les implications de l'incomplétude du système élaboré à l'échelon européen -. Il est acquis, en raison de l'inachèvement du système européen, que l'action du Parquet européen impliquera le concours des services de police nationaux dans le cadre des enquêtes diligentées par celui-ci. De même que les parquetiers susceptibles de soutenir l'action de l'autorité européenne en application de l'article 28§1 du règlement, ceux-ci seront tenus de lui prêter un soutien et une assistance actifs et de respecter, « conformément au droit national », les instructions que le procureur européen délégué leur adressera.

1173. Les questions soulevées -. Le débat noué en droit interne invite à apprécier le concours des autorités policières françaises à l'action du Parquet européen avec une certaine prudence²⁶⁰⁹ et à ne pas exclure d'emblée toute interrogation sur

²⁶⁰⁶ L. organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier, *JORF* 7 déc. 2013, p. 19939, V. not., C. CUTAJAR, « Le futur parquet financier : quels enjeux ? », *D.* 2013, p. 1400 ; C. CUTAJAR, « Vers une plus grande efficacité de la justice financière ? », *Bulletin Joly Bourse et produits financiers*, janv. 2014, p. 8 ; I. BUFLIER, « Servitude et grandeur du nouveau procureur de la République financier », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, 2014, n°14, p. 22 ; V. ég., R. GAUTHIER, « Premier bilan du parquet national financier », *Dr. pén.* juil. 2015, p. 5.

²⁶⁰⁷ Rapport n°1130 et 1331 sur le projet de loi (n°1011 et 1021) relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et le projet de loi organique (n°1019) relatif au procureur de la République financier, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 juin 2013, Présenté par Y. GALUT, spéc. p. 27.

²⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 111.

²⁶⁰⁹ V. not., G. ROUSSEL, « Le rattachement de services de police judiciaire au ministère de la Justice », *AJ pén.* 2013, p. 378 ; CERCLE DES JURISTES, *Pour une administration de la justice*, mai 2012, pp. 60 et s. ; CNDCH, *Avis sur l'indépendance de la justice*, préc., n°30 ; Sur ces questions, V. ég., C. MOUHANNA, « Les limites effectives du pouvoir du parquet sur la police », *AJ pén.* 2013, p. 388 et s. *comp.* C. MIANSONI, « Le procureur de la République dirige-t-il la police judiciaire ? », *AJ pén.* 2013, p. 374 et s.

l'impact de leur statut sur l'autonomie des enquêtes diligentées à l'échelon européen.

En dépit de la direction qu'exerce le procureur de la République en application de l'article 12 du CPP et du contrôle qu'opèrent le procureur général et la chambre de l'instruction aux termes des articles 13 et 224 du même Code, les services de police judiciaire demeurent en effet soumis à l'autorité administrative du ministre de l'Intérieur. Cette circonstance alimente des discussions sur les conséquences qui peuvent en résulter sur l'autonomie fonctionnelle de la justice à l'égard du pouvoir exécutif, des affaires médiatisées venant, si besoin est, rappeler comment l'indépendance de la magistrature à l'égard du pouvoir politique peut être entravée tant que ce dernier garde à sa disposition la « seconde courroie de transmission : la police judiciaire »²⁶¹⁰.

Le débat en la matière n'est pas nouveau. Dans sa contribution aux travaux de la Commission Truche, Monsieur Nallet s'était déjà interrogé sur les justifications qui conduisaient les partisans de l'indépendance du parquet à s'intéresser si peu à la rupture du lien entre le ministre de l'Intérieur et la police judiciaire, « qui fait [en définitive] du membre du Gouvernement le contrôleur effectif de l'enquête préliminaire et le participant intéressé à l'instruction »²⁶¹¹.

Les voix appelant de leur vœu un rattachement des services de police judiciaire au ministère de la Justice pour mettre fin à toute possibilité d'interférences du ministre de l'Intérieur avec les instructions du procureur de la République ou du juge d'instruction se sont depuis multipliées²⁶¹². Des auteurs ont encore récemment fait remarquer qu'en dépit de l'affirmation de l'indépendance des parquetiers, le débat demeure entier « tant que le bras armé de la justice » est rattaché au ministère de l'Intérieur²⁶¹³ parce que le pouvoir exécutif dispose, par ce biais, de différents leviers : « orienter les investigations, être informé de leur évolution avant même les magistrats ou encore affecter les moyens d'enquête au gré de ses intérêts »²⁶¹⁴.

1174. Ce débat a conduit la Commission de modernisation de l'action publique à se saisir de cette question complexe. Elle a relevé que certains Etats européens, tel que l'Italie, ont fait le choix d'un rattachement organique de la police judiciaire à la Justice. La Commission « Nadal » a toutefois exclu cette perspective, en raison de

²⁶¹⁰ L'expression est empruntée à Jean-Pierre Boucher, lors de sa contribution à la Commission Truche (*in* P. TRUCHE (sous la dir.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la justice*, *op.cit.*, p. 280), l'auteur – alors Président du Syndicat de la Magistrature – rappelant comment les affaires Schuller Maréchal et Foll étaient « venues rappeler qu'en manipulant la police, le pouvoir exécutif pouvait sérieusement entraver les investigations judiciaires ».

²⁶¹¹ H. NALLET, « Contributions écrites demandées par la Commission », *préc.*, spéc. p. 39.

²⁶¹² G. ROUSSEL, « Le rattachement de services de police judiciaire au ministère de la Justice », *préc.* ; CERCLE DES JURISTES, *Pour une administration de la justice*, *préc.*, spéc. pp. 60 et s. ; CNDCH, *Avis sur l'indépendance de la justice*, *préc.*, n°30.

²⁶¹³ P. LYON-CAEN, « Vers un parquet indépendant ? », *D.* 2013, p. 1359.

²⁶¹⁴ SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, « Pour une révolution judiciaire. Refonder la justice au service de la démocratie. Elections 2012, Le projet du Syndicat de la Magistrature », Ed. Syndicat de la Magistrature, mars 2012, pp. 38-39.

l'interpénétration des missions de police judiciaire et de police administrative au sein de la plupart des entités et de l'imbrication des missions de police judiciaire et d'autres activités de renseignement ou de coopération internationale au sein des services de la direction centrale de la police judiciaire. Elle a en revanche promu un renforcement de l'autorité du ministère public sur la police judiciaire, préconisant à cette fin de soumettre les projets de nomination des principaux responsables des services de police judiciaire à l'avis du procureur général (proposition n°41), d'associer le ministère public à la répartition des moyens et des effectifs au sein des services d'enquête (proposition n°43) ou de parvenir à une meilleure prise en compte de la notation judiciaire dans l'avancement de carrière des officiers de police judiciaire (proposition n°44)²⁶¹⁵. La Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme avait toutefois regretté la timidité de ces propositions et recommandé « qu'il soit procédé à une consultation des syndicats de policiers et des représentants de la gendarmerie aux fins de déterminer les conditions dans lesquelles un certain nombre d'officiers de police judiciaire pourrait être mis à la disposition des chambres de l'instruction et des procureurs généraux »²⁶¹⁶.

1175. Le débat peut être rapporté à la question qui nous occupe. L'autonomie de l'action du Parquet européen ne risque-t-elle pas d'être obérée par l'intervention du pouvoir exécutif, non plus par le canal du ministère de la Justice mais par celui du ministère de l'Intérieur ? Si de telles questions se posent dans les affaires nationales, rien ne permet d'exclure qu'elles se posent également dans les enquêtes diligentées par le Parquet européen. Relevons d'ailleurs que, dans son étude sur l'institution d'une autorité européenne d'enquête et de poursuite pénales, le Conseil d'Etat les a évoquées à demi-mot en rappelant que, d'une manière générale, quel que soit le système observé, l'action de toute autorité d'accusation publique « dépend[ait] de la diligence de ses services d'enquête »²⁶¹⁷. Il avait alors estimé que « la création d'un service d'enquête européen spécialisé en matière d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union pourrait [dans ces circonstances] être légitimement envisagée », cette option présentant l'immense « avantage de ne pas faire dépendre le Parquet européen, pour l'exécution de ses enquêtes, des services [...] des Etats membres »²⁶¹⁸.

1176. Conclusion de la première section -. Compte tenu de la perméabilité qui existera entre le système européen et les ordres juridiques nationaux, et en particulier du concours qu'apporteront des autorités ayant vocation à rejoindre leur corps d'origine

²⁶¹⁵ *Ibid.*

²⁶¹⁶ CNDCH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, préc., n°24 et s., spéc. n°26, pp. 10-11.

²⁶¹⁷ CONSEIL D'ETAT, *Réflexion sur l'institution d'un parquet européen*, *op.cit.*, p. 78.

²⁶¹⁸ *Ibid.*

à l'issue de leur mandat et de l'assistance que prêteront des autorités nationales extérieures à sa structure, les questions qui se posent dans un contexte national rejailliront probablement. En l'état, rien ne permet d'exclure que le statut des autorités nationales puisse interférer avec l'exigence d'indépendance fonctionnelle du Parquet européen. La création de celui-ci et le respect des obligations formulées par le règlement constituent pour cette raison un nouvel argument en faveur d'une évolution statutaire des magistrats du ministère public, voire du renforcement du pouvoir judiciaire sur les services de police nationaux. Indépendamment des questions statutaires, l'intégration de la nouvelle autorité européenne dans l'ordre juridique français ouvre la perspective d'une réforme structurelle de la mise en état des affaires pénales.

Section Seconde. La perspective d'une réforme structurelle de la mise en état des affaires pénales

1177. Présager que la création du Parquet européen pourrait avoir un impact sur la structuration de la mise en état des affaires pénales peut apparaître surprenant. Comment la création d'une autorité supranationale d'enquête et de poursuite pénales, dont le champ de compétence matérielle est au surplus circonscrit et qui ne sera potentiellement saisie que d'un nombre limité d'affaires en lien avec la France, pourrait-elle avoir une incidence sur l'architecture de celle-ci dans des affaires nationales et, cela, quelle que soit l'infraction en cause ? La question mérite d'être posée en considération des équilibres que propose le système européen et des liens tissés entre celui-ci et l'ordre juridique national. La question est moins celle de la délimitation des compétences du Parquet européen ou du nombre d'affaires restreint concernant la France qu'il aura à traiter que celles des adaptations normatives que son intégration suggèrera.

1178. Les termes du débat -. Les termes du débat peuvent être préalablement rappelés et résumés.

Le modèle envisagé à l'échelon européen, fidèle sur ce point au projet fondateur²⁶¹⁹, repose sur une structuration unitaire de la mise en état des affaires pénales ce qui se perçoit dans la concentration des fonctions d'investigation et de poursuite entre les mains du Parquet européen : les enquêtes ouvertes par celui-ci seront placées sous la responsabilité des PED (ou, par exception, du procureur européen) et sous la surveillance et la supervision d'un procureur européen et de la chambre permanente

²⁶¹⁹ V. *Supra*, n°1097 et s.

compétente. L'action du Parquet européen s'appuiera donc sur les autorités nationales mais ce dernier conservera nécessairement la direction des investigations. Les suites à donner seront en principe décidées par la chambre permanente sur la base des rapports du procureur européen délégué et, le cas échéant, du procureur européen.

Il en résulte que si le règlement européen ne paraît pas exclure qu'un PED français puisse le cas échéant solliciter le concours d'un juge d'instruction, la saisine du magistrat instructeur n'apparaît pas naturelle. Son rôle serait nécessairement plus relatif que dans les instructions françaises, le juge d'instruction ne pouvant disposer ni de la direction fonctionnelle des investigations, ni du pouvoir de décider des suites à donner à une procédure « européenne »²⁶²⁰. Tout laisse donc à penser, sauf à admettre un encombrement des juridictions d'instruction plus-value réelle, que la saisine du magistrat instructeur sera écartée lors des procédures conduites par le Parquet européen.

En parallèle, le règlement ne définit pas un *corpus* complet de normes techniques régissant les pouvoirs des membres du Parquet européen, ni le régime des actes susceptibles d'être réalisés. Il ne détermine pas non plus les garanties reconnues aux personnes concernées par la procédure. Il se contente de quelques règles communes dont le maintien a été jugé essentiel au fonctionnement de cette nouvelle autorité et renvoie, pour le reste, aux droits nationaux qui sont applicables à titre complémentaire²⁶²¹. Le maintien de certaines de ces règles communes implique toutefois, pour les Etats membres, l'obligation de veiller à ce que les PED (ou, par exception, le procureur européen) disposent, en plus des pouvoirs reconnus aux procureurs nationaux, de ceux prévus par le règlement.

De la mise en perspective de ces deux observations émergent certaines interrogations sur l'adaptation du droit interne nécessitée par la mise en œuvre du règlement. Si, comme nous le pensons, l'ouverture d'une information judiciaire telle qu'on la connaît encore en France sera exclue dans les affaires « européennes », l'application du règlement impliquera de faire appel à un droit qui reste imprégné par la structuration dualiste de son système de mise en état des affaires pénales pour le fonctionnement d'un système d'enquête et de poursuite reposant sur une conception unitaire de l'avant-procès pénal.

La logique d'une exclusion de la saisine d'un magistrat instructeur voudrait qu'il soit renvoyé, aux fins de l'application du règlement européen, aux dispositions relatives à l'enquête de police.

²⁶²⁰ V. *Supra*, n°1150 et s.

²⁶²¹ V. *Supra*, n°1085 et s.

Or, si le rapprochement matériel de celle-ci avec l'information judiciaire est indéniable, le droit de l'enquête présente encore certaines divergences avec celui qui s'applique à l'instruction que ce soit sur le plan des pouvoirs ou sur celui des garanties procédurales des personnes concernées.

Dans ces circonstances, faire reposer l'application du règlement européen sur les dispositions relatives à l'enquête mettra au jour certaines inadaptations - que le législateur devra combler - et le risque d'une régression difficilement acceptable des droits procéduraux.

1179. Deux options paraissent s'offrir au législateur français pour pallier les carences éventuelles de la législation nationale et assurer l'équilibre de la procédure. L'une, qui préserverait *prima facie* le droit applicable aux affaires nationales d'ajustements nombreux, consisterait à élaborer un ensemble de normes spécifiquement applicables aux procédures conduites par le Parquet européen. L'autre consisterait à adapter le droit de l'enquête afin qu'il puisse y être directement renvoyé. Cette seconde option aurait pour conséquence d'accentuer le rapprochement des cadres procéduraux de l'investigation. La porosité entre le système européen et l'ordre juridique national – qui se manifeste spécifiquement dans le concours apporté par les autorités internes à l'action du Parquet européen que dans le partage des compétences que le règlement opère et la possibilité d'un cumul des fonctions – pourrait cependant conduire à privilégier cette seconde option à celle de l'éclatement des règles applicables à des enquêtes conduites en France.

Les adaptations nécessitées par le règlement et les implications qui pourraient en résulter peuvent être mesurées en ayant d'abord égard à celles qui concernent les pouvoirs des procureurs européens délégués (§1^{er}). Seront ensuite envisagées celles qui sont relatives aux garanties des personnes concernées par la procédure (§2^d).

§1^{er}- *L'adaptation du droit interne aux pouvoirs des procureurs européens délégués*

1180. Il convient d'opérer une distinction entre l'adaptation du droit national impliquée par les dispositions du règlement relatives aux pouvoirs d'investigation des PED et celle nécessitée par les pouvoirs de contrainte qui devront leur être reconnus. En effet, l'évolution du projet européen et, concomitamment, de la législation française a simplifié l'adaptation de celle-ci aux pouvoirs d'investigation dont devront disposer les procureurs européens délégués français (A). Il n'en va pas de même s'agissant de leurs pouvoirs de contrainte compte tenu des divergences qui persistent, en droit français positif, entre l'enquête et l'information judiciaire en la matière (B).

A. L'adaptation aisée des pouvoirs d'investigation

1181. La mise en œuvre du règlement européen ne soulèvera pas autant de difficultés, en l'état du droit français, que celles qu'aurait engendré l'application des projet et proposition antérieurs, il y a quelques années.

Cette simplification résulte de l'évolution convergente du projet européen – caractérisée par l'« essoufflement » des normes européennes communes au profit de l'application des droits nationaux – et de la législation française – qui s'est illustrée par le renforcement continu des possibilités d'investigation hors instruction et donc l'amenuisement des divergences entre les différents cadres procéduraux sur ce point -.

La simplification résultant de cette double évolution peut être brièvement rappelée pour en prendre la mesure (1) avant que ne soit envisagé le besoin persistant d'adaptations de la législation nationale à la mise en œuvre du règlement adopté (2).

1) La simplification résultant de l'évolution convergente du projet européen et du droit interne

1182. S'il ne peut être question de détailler qu'elles auraient été les adaptations impliquées par la mise en œuvre des projets passés, percevoir leur ampleur permet cependant de mettre en lumière la simplification résultant de l'évolution convergente décrite.

1183. L'étendue des difficultés soulevées par la mise en œuvre du *Corpus juris* en l'état du droit français en vigueur -. La mise en œuvre du *Corpus juris* se serait heurtée à d'importantes difficultés tant en raison du degré de l'uniformisation proposée par le projet²⁶²² que de l'état du droit en vigueur à la fin des années 1990. Madame le Professeur Delmas-Marty et Monsieur Manacorda, rédacteurs du rapport français sur la mise en œuvre du *Corpus juris*, les avaient détaillées. Elles concernaient, d'abord, l'inadaptation de la législation française relative aux investigations susceptibles d'être décidées en enquête – trop limitées pour correspondre aux dispositions du projet²⁶²³ - et donc, des articles y afférents, auxquels il devait être renvoyé, à titre complémentaire, pour déterminer précisément le régime de ces mesures. Elles concernaient aussi l'impossibilité, en l'état de la législation française, de déterminer à quel juge attribuer la fonction de « juge des libertés », telle qu'envisagée par le projet²⁶²⁴, celle-ci étant inexistante en droit interne. Les auteurs relevaient en effet que cette fonction ne correspondait ni à celles du juge d'instruction – qui avait des fonctions à la fois plus restrictives, puisqu'il ne pouvait intervenir que dans le cadre d'une information judiciaire, et plus étendues, car il était également enquêteur -, ni à celles du président du TGI - qui intervenait de façon sporadique pour autoriser la mise en œuvre de mesures d'investigation exorbitantes de droit commun dans le cadre d'enquête portant sur des faits de terrorisme ou de trafics de stupéfiants notamment et n'avait ni le pouvoir d'apprécier la régularité de la procédure ni celui de confirmer les charges avant tout renvoi en jugement²⁶²⁵. Les rapporteurs faisaient toutefois remarquer à plusieurs occasions que les équilibres proposés par le *Corpus juris* n'était pas incompatible avec les exigences constitutionnelles françaises et que, d'ailleurs, le rapport de la Commission Delmas-Marty proposait une refonte d'ensemble de la mise en état des affaires pénales reposant sur des équilibres semblables à ceux du système envisagé à l'échelon européen²⁶²⁶.

1184. L'étendue des difficultés soulevées en l'état de la proposition initiale de la Commission -. La mise en œuvre de la proposition initiale de la Commission ne

²⁶²² V. *Supra*, n°1081 et s.

²⁶²³ Le *Corpus juris* avait établi une liste des pouvoirs que le procureur général européen et les procureurs européens délégués devaient être habilités à mettre en œuvre ou à subdéléguer à une autorité nationale, tenues de lui prêter assistance, parmi lesquels « la collecte de documents et/ou de données informatisées nécessaires à l'enquête », les « perquisitions, saisies ou écoutes téléphoniques », à l'« interrogatoire de l'accusé ... Les auteurs du rapport français soulignaient notamment qu'en l'état du droit français les perquisitions en enquête, hors flagrance, ne pouvaient être décidées qu'à l'occasion d'enquêtes portant sur certains faits et que les interceptions de télécommunications ne pouvaient être réalisées que dans le cadre d'une information judiciaire (M. DELMAS-MARTY et S. MANACORDA, « Rapport national français », préc., pp. 326-327).

²⁶²⁴ V. *Supra*, n°1082.

²⁶²⁵ M. DELMAS-MARTY et S. MANACORDA, « Rapport national français », préc., p. 332 ; V. ég., M. DELMAS-MARTY et J.A.E. VERVAELE, *La mise en œuvre du Corpus juris dans les États membres*, op. cit., p. 93.

²⁶²⁶ *Ibid.*, p. 332.

se serait pas heurtée à des difficultés d'une telle ampleur en raison de l'évolution du droit français depuis la fin des années 1990 et de celle du projet européen.

La consolidation des possibilités d'investigation dans le cadre des enquêtes de police portant notamment sur la délinquance économique et financière (C.P.P., articles 706-1-1 et 706-1-2) et la création du JLD auraient facilité le renvoi à la législation française ou rendu bon nombre d'ajustements peu perturbants. Par exemple, les interceptions de télécommunications, dont les PED devaient pouvoir solliciter la mise en œuvre auprès d'un juge dans le cadre des enquêtes diligentées par le Parquet européen (article 26§1 f)), étaient désormais disponibles lors des enquêtes portant sur des faits de corruption, de trafic d'influence ou encore de fraudes fiscales, sous réserve de l'autorisation préalable du JLD (C.P.P., article 706-1-1). S'il n'était pas exclu que la mise en œuvre de la proposition puisse impliquer une extension du domaine d'application de ces mesures, les adaptations suggérées n'étaient pas particulièrement contrariantes.

L'application d'autres dispositions de la proposition relatives aux mesures d'enquête (article 26) aurait suggéré des ajustements plus importants.

Certaines mesures que les PED devaient être habilités à ordonner ou à demander en application de l'article 26§1 de la proposition relevaient encore, selon le droit français, du monopole du juge d'instruction. Le cas des mesures de surveillance vidéo ou audio envisagées à l'article 26§1 i) de la proposition était topique. Les adaptations impliquées par la mise en œuvre de ces dispositions se seraient, il est vrai, inscrites dans le sens de l'histoire, l'indisponibilité de certaines mesures d'investigation en enquête s'analysant plutôt comme un stigmate d'un système à bout de souffle. La loi du 3 juin 2016 en a d'ailleurs attesté depuis.

En revanche, l'article 26§4 de la proposition, qui imposait l'autorisation préalable d'un juge pour toute une série de mesures d'investigation, aurait supposé des adaptations plus contrariantes. Il y obligeait pour des actes d'investigation pouvant être mis en œuvre d'initiative par les enquêteurs en cas de flagrance - ainsi, des perquisitions (C.P.P., article 56) et des réquisitions adressées à certains établissements en vue d'obtenir tout document pertinent (C.P.P., article 60-1) - ou, à défaut de flagrance, réalisés sur la seule autorisation du procureur de la République - à l'image des réquisitions précitées (C.P.P., article 77-1-1) -. La mise en œuvre de la proposition aurait donc pu impliquer une redistribution des pouvoirs entre le juge et le procureur voire égratigner les distinctions persistantes entre l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire.

1185. L'évolution salvatrice du règlement issu des négociations -. S'agissant des mesures d'enquête et autres mesures énumérées, le règlement se démarque de la proposition de la Commission sur deux points particuliers.

D'une part, la liste des mesures que les procureurs européens délégués devront être habilités à ordonner ou à demander est plus circonscrite. L'article 30§1 vise dorénavant :

- les perquisitions en tous lieux, les fouilles et les mesures conservatoires nécessaires afin de préserver l'intégrité des preuves, de prévenir leur perte ou leur contamination ;
- la production d'objets ou de documents pertinents ;
- la production de données informatiques stockées, qu'elles soient cryptées ou non, y compris des coordonnées bancaires ;
- le gel des instruments ou des produits du crime destinés à faire l'objet d'une confiscation ;
- l'interception de communications électroniques reçues ou passées par le suspect ou la personne poursuivie, sur tout support de communication électroniques utilisé ;
- et enfin, le repérage et le traçage d'un objet par des moyens techniques, y compris les livraisons contrôlées de biens.

Notons d'ailleurs qu'il laisse davantage de marges de manœuvre aux Etats membres puisqu'il ne leur impose de veiller à ce que les PED puissent les solliciter ou décider de leur mise en œuvre que « *dans le cas où l'infraction qui fait l'objet de l'enquête est passible d'une peine maximale d'au moins quatre années d'emprisonnement* » (article 30§1). Il est cependant vrai que cela devrait être le plus souvent le cas eu égard aux peines minimales encourues pour les infractions relevant de la compétence du Parquet européen et des peines applicables, selon le droit français²⁶²⁷, à des infractions comparables à celles envisagées par la directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal. Le règlement prend également davantage en considération les conditions prévues par les droits nationaux pour la mise en œuvre des mesures d'investigation que l'article 30§1 formule (article 30§§2 et 3).

D'autre part et surtout, alors que la proposition de règlement de la Commission précisait les mesures nécessairement soumises à l'autorisation préalable d'une autorité

²⁶²⁷ Ainsi, de l'escroquerie, punie de cinq ans d'emprisonnement (C.P, article 313-1), en l'absence de circonstance aggravante (C.P, art. 313-2), de la corruption passive (C.P, article 432-11) et active (C.P, article 433-1) d'agent public passibles de dix années d'emprisonnement ...

judiciaire, le règlement renvoie désormais exclusivement aux législations des Etats membres sur ce point²⁶²⁸.

Ces deux évolutions délimitent le risque de distorsions entre les dispositions du règlement et la législation française en vigueur. Elles n'excluent toutefois pas certaines disparités, qui supposeront différents ajustements.

2) *Le besoin persistant d'adaptations*

1186. Les adaptations néanmoins suggérées -. Ces distorsions résident, par hypothèse, dans les distinctions persistantes entre l'enquête et l'information judiciaire sur le plan des pouvoirs d'investigation. Deux viennent à l'esprit à la lecture de l'article 30§1 susmentionné, concernant pour l'une les perquisitions, pour l'autre les interceptions de télécommunications. Une autre adaptation probable ressort des principes généraux concernant la mise en œuvre de ces mesures, en particulier celui de la nécessité stricte de la mesure envisagée, conformément à l'article 30§5 du règlement.

1187. L'adaptation du régime des perquisitions -. En application de l'article 30§1 du règlement, les PED devront être habilités à demander ou à ordonner « *la perquisition de tous locaux, terrains, moyens de transport, domicile privé, vêtements et de tous autres biens personnels ou système informatique, et l'adoption de toute mesure conservatoire qui serait nécessaire afin de préserver leur intégrité ou d'éviter la perte ou la contamination de preuves* ». Or, si comme nous le pensons, il devrait être renvoyé aux dispositions relatives aux enquêtes de police, la mise en œuvre de ces mesures pourrait se heurter, hors flagrance, à l'exigence du consentement de l'occupant des lieux (C.P.P., article 76). La difficulté est toutefois à relativiser compte tenu de l'exception formulée par l'article 76, alinéa 4, du CPP, substituant à l'acquiescement de l'occupant des lieux l'autorisation du JLD lorsque l'infraction sur laquelle porte l'enquête est punie d'une peine de cinq ans d'emprisonnement au moins.

Rappelons en effet qu'en application de la directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, les Etats membres devront prendre les mesures nécessaires pour que les infractions entrant dans le champ de compétence matérielle du Parquet européen « *soient passible d'une peine maximale d'au moins quatre ans d'emprisonnement lorsqu'elles entraînent un préjudice important ou un avantage considérable* » - c'est-à-dire, en principe, « *lorsqu'il se monte à plus de 100 000 EUR* » (article 7§3).

²⁶²⁸ V. *Supra*, n°1087.

Vu l'échelle des peines correctionnelles en droit français (C.P., article 131-4), les infractions visées seront en principe punies d'une peine de cinq ans d'emprisonnement au moins, de telle sorte que l'exception prévue à l'article 76, alinéa 4, du CPP pourra trouver à s'appliquer.

1188. L'adaptation du régime des interceptions de télécommunications -. L'hypothèse des interceptions de télécommunications, que les PED devront être habilités à demander en application de l'article 30§1, est en revanche plus délicate. Certes, ces mesures sont disponibles dans le cadre des enquêtes de police portant sur des faits relevant de la délinquance économique et financière (C.P.P., article 706-1-1). Toutefois, leur mise en œuvre est circonscrite dans sa durée. Aux termes de l'article 706-95, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale, auquel renvoie l'article 706-1-1 précité, elles peuvent être décidées par le JLD pour une durée d'un mois, renouvelable un fois. En application des dispositions du Code de procédure pénale, la prorogation de ces mesures au-delà d'une durée de deux mois implique donc l'ouverture d'une information judiciaire. Or, si comme nous le pensons, la saisine du magistrat instructeur devait être exclue dans le cadre des enquêtes diligentées par le Parquet européen, la mise en œuvre du règlement et l'efficacité des investigations menées par les procureurs européens délégués français impliqueront très certainement une adaptation du droit interne. Il nous semble en effet exclu que les interceptions de télécommunications soient nécessairement aussi circonscrites dans leur durée.

Pour y pallier, le législateur devra soit adapter les dispositions du CPP relatives aux interceptions de télécommunications en enquête pour permettre leur prorogation au-delà de cette durée, soit élaborer des dispositions spécifiquement applicables aux enquêtes diligentées par le Parquet européen. La première option aurait pour effet de rapprocher davantage encore l'enquête de l'information judiciaire et, par conséquent, d'accroître le risque d'une « collusion » des acteurs de l'investigation dans le cadre des procédures strictement nationales précédemment souligné²⁶²⁹. L'autre solution, qui aurait pour avantage de préserver le droit applicable dans les affaires nationales de nouvelles perturbations aurait en revanche pour inconvénient d'engendrer un éclatement des normes applicables que l'affaire est traitée par le Parquet européen ou non. La perméabilité entre le système européen et l'ordre juridique français rend sans doute cette solution peu opportune.

1189. L'appropriation d'un principe de nécessité stricte -. La mise en œuvre

²⁶²⁹ V. *Supra*, n°1001.

du règlement suggèrera également que les autorités françaises intégrées à la structure du Parquet européen ou concourant à son action s'approprient un principe encore méconnu du droit interne résidant dans celui de l'appréciation de la nécessité stricte de la mesure envisagée. En effet, si le projet soumet, de façon assez classique, la mise en œuvre des mesures d'investigations qu'il énumère à l'existence de « *motifs raisonnables de croire que la mesure spécifique [...] pourrait permettre d'obtenir des informations ou des éléments de preuves utiles à l'enquête* » (article 30§5), il la subordonne également, conformément au principe de proportionnalité qu'il formule (article 5§2²⁶³⁰), à la condition « *qu'il n'existe aucune autre mesure moins intrusive qui permettrait d'atteindre le même objectif* » (article 30§5).

Cette disposition, qui rappellerait le standard énoncé par la Recommandation Rec(2005)10 du Comité des Ministres aux Etats membres relative aux « techniques spéciales d'enquête » en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme (point 6 : « *Les Etats membres devraient assurer que les autorités compétentes appliquent des méthodes d'enquête moins intrusives que les techniques spéciales d'enquête si de telles méthodes permettent de découvrir l'infraction, de la prévenir ou d'en poursuivre l'auteur, avec une efficacité adéquate* ») impliquera sans doute que le JLD appelé à autoriser les mesures les plus intrusives s'assure du respect de cette condition et motive, en conséquence, sa décision en vue d'un éventuel contrôle ultérieur de celle-ci.

Selon la méthode choisie par le législateur français, l'application des dispositions du règlement européen pourra, là encore, être à l'origine d'une évolution des textes en vigueur et, par-là même, d'une normalisation de l'obligation de motivation mise à la charge du juge des libertés et de la détention ou d'un éclatement du droit.

1190. Si, compte tenu de la porosité qui existera entre le système imaginé à l'échelon européen et l'ordre juridique interne, l'objectif de cohérence du droit applicable lors des investigations conduites en France devait conduire à privilégier l'option de l'adaptation, il n'est pas exclu que la création du Parquet européen puisse troubler la législation en vigueur. Ces perturbations s'inscriraient toutefois, pour une large part, dans le sens de l'histoire, les ajustements envisagés étant, d'ailleurs, parfois préconisés dans une perspective strictement nationale²⁶³¹.

L'application des dispositions du règlement relatives aux pouvoirs de contrainte du Parquet européen sera probablement à l'origine d'une évolution plus perturbatrice puisque portant sur l'un des derniers vestiges de la distinction entre l'enquête de police et l'information judiciaire.

²⁶³⁰ « Dans toutes ses activités, le Parquet européen est lié par les principes d'état de droit et de proportionnalité ».

²⁶³¹ V. *Supra*, n°992.

B. L'adaptation perturbatrice de son pouvoir de solliciter un placement en détention provisoire

1191. Comme les propositions qui l'ont précédé²⁶³², le règlement prévoit que « [l]e procureur européen délégué chargé de l'affaire peut ordonner ou demander l'arrestation ou le placement en détention provisoire du suspect ou de la personne poursuivie, conformément au droit interne applicable dans le cadre de procédures nationales similaires » (article 33). Il est à relever que ces dispositions « devraient s'appliquer sans préjudice des procédures spécifiques applicables dans les États membres dans lesquels une autorisation judiciaire n'est pas requise pour l'arrestation initiale d'un suspect ou d'une personne poursuivie » (consid. 75).

La consécration au profit des PED français du droit de solliciter, dans le cadre des enquêtes qu'il dirige, le placement en détention provisoire « du suspect ou de la personne poursuivie » interroge davantage. En effet, au stade où les investigations sont encore en cours²⁶³³, cette mesure, qui constitue l'*ultima ratio* (C.P.P., articles 137, 137-3 et 144)²⁶³⁴, reste, en l'état de la législation nationale, un pré-carré de l'information judiciaire et ne peut être décidée qu'à l'encontre d'une personne préalablement mise en examen (C.P.P., article 137). L'application de cette disposition soulèvera deux interrogations majeures qui concernent, pour l'une, le nécessaire ajustement du droit français au pouvoir du PED de solliciter un placement en détention provisoire, pour l'autre, sa possibilité de demander un placement sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence sous surveillance électronique (ARSE).

²⁶³² Compte tenu de l'hybridation préconisée (M. DELMAS-MARTY, « Réflexions sur l'hybridation en procédure pénale : nécessité du droit comparé à l'heure de l'internationalisation pénale », préc., p. 316), le *Corpus juris* avait logiquement fait le choix de permettre aux représentants du ministère public européen de solliciter, durant la phase préparatoire mais « après notification des charges », le placement de l'accusé, « arrêté[...] ou poursuivi[...] » sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire (article 25^{quater}§§1 et 2). Le juge était alors tenu d'en apprécier la nécessité (article 25^{quater}§2). La détention provisoire, constituant l'*ultima ratio*, elle ne pouvait être décidée « que dans le cas où toute autre mesure de contrôle [s'avérait] insuffisante », pour une durée de six mois, renouvelable une fois (article 25^{quater}§3). Reposant sur un équilibre assez semblable, consistant à confier au Parquet européen la direction et la surveillance des enquêtes ainsi que la compétence pour effectuer des actes de poursuites (article 4), la proposition initiale de la Commission avait également prévu que le Parquet européen était autorisé à « demander à l'autorité judiciaire compétente d'arrêter le suspect ou de le placer en détention provisoire conformément au droit interne » (article 26§7).

²⁶³³ Nous entendons ici insister sur le fait que nous n'omettons pas les hypothèses dans lesquelles un procureur de la République peut être à l'initiative de la saisine du JLD aux fins d'un placement en détention provisoire en dehors d'une information judiciaire à l'occasion d'une CRPC ou d'une comparution immédiate.

²⁶³⁴ La chambre criminelle impose que toute décision de placement en détention provisoire ou de prolongation relève l'insuffisance des obligations du contrôle judiciaire et de l'assignation à résidence sous surveillance électronique (Cass. crim., 18 août 2010, *Bull. crim.* n°123 et 124, RSC 2011, chron. n°147, obs. J. DANET ; *Ibid.*, p. 862, obs. D. BOCCON-GIBOT ; *AJ pén.* 2011, p. 37, obs. L. ASCENCI ; *Dr. pén.* 2010, comm. 128, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Crim.*, 12 oct. 2010, *Bull. crim.* n°155, D. 2010, Actu. 2708 ; *Ibid.* Pan. 2223, obs. J. PRADEL ; *Dalloz actualité*, 16 nov. 2010, obs. S. LAVRIC ; *Procédures* 2011, comm. 34, obs. J. BUISSON ; Cass. crim., 13 oct. 2010, *Bull. crim.* n°161 ; RSC 2011, p. 862, obs. D. BOCCON-GIBOD). Sur la subsidiarité de la détention provisoire, V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°2651, p. 1815 et n°2711, p. 1850.

1192. L'ajustement impérieux du droit interne au pouvoir du procureur européen délégué français de solliciter un placement en détention provisoire -.

Si l'ouverture d'une information judiciaire doit être exclue et dès lors qu'il est, en l'état du droit français, impossible de renvoyer à des dispositions existantes, la mise en œuvre du règlement impliquera nécessairement des ajustements afin de préciser le régime applicable aux détentions provisoires demandées par un PED. La précision suivant laquelle cette mesure pourra être décidée « conformément au droit interne applicable dans le cadre de procédures nationales similaires » ne saurait être interprétée comme excluant que le procureur européen délégué puisse solliciter un placement en détention provisoire. Comme nous l'avons déjà souligné, si les PED doivent être investis des mêmes pouvoirs que les procureurs nationaux, ce n'est cependant que sous réserve des pouvoirs que lui confère le règlement (article 13§1).

1193. L'adaptation du droit interne pourrait se réaliser en suivant l'une des deux méthodes précédemment évoquées. La première consisterait à élaborer des dispositions applicables aux seules procédures diligentées par le Parquet européen. Le régime se calquerait probablement sur les dispositions à l'information judiciaire lorsque le juge d'instruction²⁶³⁵ – ou, dans des cas exceptionnels, le procureur de la République (C.P.P., article 137-4, al. 2) – saisit le juge des libertés et de la détention aux fins d'un placement en détention provisoire.

Telle a d'ailleurs été l'option préconisée par le Conseil d'Etat dans son étude relative à l'institution du Parquet européen. Il a estimé que « [p]our ce qui est de la France, le juge des libertés et de la détention serait alors saisi, dans cette hypothèse de réquisitions de placement en détention provisoire prise par le Parquet européen »²⁶³⁶. L'adaptation supposerait alors, selon les conseillers d'Etat, une réécriture des articles 143-1 et suivants du CPP afin d'y inclure les procédures diligentées par le Parquet européen²⁶³⁷. La seconde, qui pourrait être privilégiée compte tenu de la perméabilité entre le système européen et l'ordre juridique français, consisterait à adapter les dispositions applicables dans le cadre des affaires internes. Cette seconde méthode rappellerait les propositions présentées par Messieurs Buffet, Rétailléau et plusieurs de leurs collègues en novembre 2016²⁶³⁸, écartées par la commission des lois parce qu'elles « conduirai[en]t à une modification profonde de l'équilibre du code de procédure

²⁶³⁵ Sur ces conditions, V. not., F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, op. cit., n°2701 et s., pp. 1840 et s. ; V. ég., *Répert. Dalloz, Droit pénal et procédure pénale*, v° « Détention provisoire », par C. GUERY, fév. 2017 ; *J.-Cl. Procédure pénale*, v° « Fasc. 30 : Contrôle judiciaire et détention provisoire. – Détention provisoire », par D. CARON, actualisé par K. GACHI, fév. 2017.

²⁶³⁶ CONSEIL D'ETAT, *Réflexion sur l'institution d'un parquet européen*, op.cit., p. 83.

²⁶³⁷ *Ibid.*

²⁶³⁸ V., Proposition de loi n°126 tendant à renforcer l'efficacité de la justice pénale, présentée par MM. F.-N. BUFFET, B. RETAILLEAU et autres, préc., article 4. V. *Supra*, n°961.

pénale, entre les enquêtes conduites par le parquet et l'information judiciaire »²⁶³⁹ et impliquerait donc d'importantes adaptations en termes de garanties procédurales²⁶⁴⁰.

1194. Les répercussions sur son pouvoir de solliciter un placement sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence sous surveillance électronique -. L'application de cette disposition soulèvera également des difficultés en matière de contrôle judiciaire ou sous contrôle judiciaire ou sous ARSE. Si ces mesures restrictives de liberté ne sont pas expressément mentionnées par l'article 33 du règlement, le fait que la détention provisoire soit l'*ultima ratio* impliquera que le PED puisse solliciter l'une d'entre elles.

1195. Le problème est ici plus important car, si la loi du 15 juin 2000 a transféré au JLD le pouvoir de décider un placement en détention provisoire – et a donc dépossédé le juge d'instruction de ces attributions –, le Code de procédure pénale a en revanche maintenu le pouvoir du magistrat instructeur de décider d'un placement sous contrôle judiciaire (C.P.P., article 137-2) ou d'une assignation à résidence sous surveillance électronique (C.P.P., article 142-6). En raison du degré de coercition qu'impliquent ces mesures, seul un juge pourrait en décider. La possibilité pour un PED français de solliciter du juge le placement sous contrôle judiciaire ou sous ARSE du suspect supposera donc l'adoption de dispositions appropriées.

1196. Là encore, le législateur sera invité à faire un choix entre l'ajustement du droit de l'enquête ou l'élaboration de dispositions spécifiquement aux procédures diligentées par le Parquet européen. Si la cohérence des règles applicables lors des enquêtes menées en France peut conduire à privilégier la première de ces options, le rapprochement matériel de l'enquête et de l'instruction induit par celle-ci viendrait davantage affecter la pérennité de la structuration actuelle de la mise en état des affaires pénales.

A l'ajustement du droit interne aux pouvoirs d'investigation et de contrainte des procureurs européens délégués français, s'ajouteront inmanquablement des interrogations sur les garanties procédurales des personnes concernées.

²⁶³⁹ F. PILLET, Rapport n°331, préc., pp. 28-29.

²⁶⁴⁰ V. *Infra*, n°961.

§2^d- Les répercussions sur les droits procéduraux des personnes concernées par la procédure

1197. La question des répercussions de la création du Parquet européen sur les droits procéduraux des personnes concernées par une procédure diligentée par celui-ci se dédouble. La consécration au profit des procureurs européens délégués du pouvoir de solliciter, durant leurs enquêtes, un placement en détention, comme le prévoit l'article 33, rendra impérative l'adaptation des droits procéduraux de la personne provisoirement détenue (A). La nécessité d'assurer l'équilibre des procédures conduites par un PED français soulèvera plus généralement la question des garanties procédurales de toutes les personnes concernées (B).

A. L'adaptation impérieuse des droits de la personne détenue

1198. Les termes du débat -. La consécration au profit des procureurs européens délégués de la possibilité de solliciter un placement en détention provisoire au stade des investigations pose finalement moins la question du juge compétent pour en décider ou des conditions auquel il sera soumis que celle des garanties procédurales corrélativement reconnues à la personne provisoirement détenue. La détermination du juge compétent est aisée puisque, en application du CPP, la décision de placement en détention provisoire appartient invariablement au JLD, à l'exception de l'hypothèse dans laquelle le tribunal correctionnel en décide lorsque le prévenu refuse d'être jugé séance tenante ou que l'affaire n'est pas en état d'être jugée lors d'une comparution immédiate (C.P.P., article 397-3). De même, il est constamment renvoyé aux dispositions relatives au placement en détention provisoire d'une personne mise en examen pour définir les conditions de fond applicables.

1199. La détermination des garanties procédurales de la personne provisoirement détenue est plus délicate. En l'état du droit français, quelle que soit l'hypothèse visée, un placement en détention provisoire ne peut être décidé qu'à l'égard d'une personne mise en examen ou à l'encontre de laquelle des suites sont déjà envisagées et bénéficiant donc de garanties procédurales plus étendues. Elle dispose en particulier du droit d'avoir connaissance, par elle-même ou par l'intermédiaire de son avocat, de l'ensemble des éléments du dossier.

Il en va ainsi lorsque le procureur de la République est exceptionnellement autorisé à saisir le JLD aux fins du placement en détention provisoire d'une personne

mise en examen en application de l'article 137-4, alinéa 2, du CPP : si l'initiative de la saisine du JLD échappe au juge d'instruction²⁶⁴¹, il n'en reste pas moins vrai que la mesure concerne une personne mise en examen et disposant donc des garanties procédurales attachées à ce statut.

Il en va de même lorsqu'un placement en détention provisoire est sollicité quand la personne mise en cause demande à bénéficier du délai de réflexion prévu par l'article 495-8, dernier alinéa, du CPP dans le cadre d'une CRPC (C.P.P., article 495-8, al. 4²⁶⁴²) ou quand le tribunal correctionnel saisi selon la procédure de comparution immédiate ne peut se réunir le jour même, par application des dispositions relatives au défèrement (C.P.P., article 393). Le droit français positif maintient donc un équilibre entre la mesure privative de liberté et les garanties procédurales de la personne mise en cause, en particulier son droit à l'information.

1200. L'application de l'article 33 du règlement expose à une situation différente. En effet, si comme nous le pensons, l'ouverture d'une information judiciaire sera exclue dans le cadre des investigations conduites par un PED français parce que la direction des investigations (articles 10§2, 12§1, 14§1 et 28§1) et la décision sur les suites à donner à la procédure devront demeurer aux mains du Parquet européen (article 10§3 a) à c))²⁶⁴³, il restera à déterminer la consistance des garanties procédurales du suspect à l'encontre duquel un placement en détention provisoire sera sollicité et décidé.

Exclure l'ouverture d'une information judiciaire dans le cadre des procédures diligentées par le Parquet européen impliquerait de renvoyer aux droits procéduraux du suspect dans le cadre d'une procédure nationale. Certaines dispositions du règlement s'opposent toutefois, explicitement, à ce que les garanties procédurales de la personne provisoirement détenue soient aussi restrictivement conçues que le sont celles du simple suspect à l'occasion d'une procédure nationale.

1201. L'impératif d'adapter les droits de la personne provisoirement détenue en application du règlement -. Le règlement est moins précis sur le plan des garanties procédurales que les propositions qui l'ont précédé. Il procède pour l'essentiel - sans préjudice des droits accordés aux personnes concernées par les législations nationales (article 40§3)-, par renvoi aux directives de l'Union (article 40§2)²⁶⁴⁴. Il vise, entre autres, la directive 2012/13/UE relative au droit à l'information

²⁶⁴¹ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°2713, p. 1851 ; V. ég. D. CARON, « Fasc. 30 : Contrôle judiciaire et détention provisoire - Détention provisoire », préc. n°117.

²⁶⁴² La personne mise en cause ne peut renoncer à son droit d'être assistée par un avocat, lequel peut consulter « *sur le champ* » le dossier de la procédure.

²⁶⁴³ V. *Supra*, n°1103.

²⁶⁴⁴ V. *Supra*, n°1088.

des personnes suspectées ou poursuivies dans le cadre d'une procédure pénale, dont l'article 7§1 prévoit que les Etats membres doivent veiller à ce que les documents relatifs à l'affaire qui sont essentiels pour contester de manière effective la légalité de l'arrestation ou de la détention soient mis à la disposition de la personne arrêtée ou de son avocat.

1202. Si cet article, qui reprend les exigences égrainées par la Cour européenne sur le fondement de l'article 5§4 de la Convention²⁶⁴⁵, n'impose pas, selon nous, de reconnaître à une personne gardée à vue le droit d'accéder à l'ensemble des documents détenus par les autorités compétentes²⁶⁴⁶, la perspective d'un placement en détention provisoire pose nécessairement la question dans des termes différents. Le respect de cette disposition et des garanties procédurales découlant de la Convention européenne des droits de l'homme – le Parquet européen sera naturellement tenu de le respecter (consid. 80) – imposera d'assurer à la personne provisoirement détenue lors d'une enquête « européenne », la possibilité d'introduire avec un degré suffisant de certitude et à des intervalles réguliers, un recours devant un juge afin qu'il statue sur la régularité de la détention et ordonne, le cas échéant, sa remise en liberté. Elle devra disposer, à ce titre, de l'accès à l'ensemble des documents détenus par les autorités compétentes nécessaires à sa contestation²⁶⁴⁷.

1203. Or, en l'état de la législation française, l'accès aux éléments du dossier de la procédure par le mis en cause ne dépend pas tant de sa condition de personne détenue que du statut acquis par celui-ci. Elle dépend donc, au stade des investigations, du cadre procédural : enquête ou information judiciaire. Dès lors, exclure l'ouverture d'une information judiciaire, et donc toute possibilité d'acquérir le statut de mis en examen et les garanties qui y sont attachées, mettra en lumière l'inadaptation des dispositions nationales subsidiairement applicables. L'application du règlement impliquera donc que le législateur adapte le droit interne afin de satisfaire aux exigences européennes précédemment rappelées.

1204. La mesure des ajustements induits -. Il faut mesurer l'ampleur des adaptations induites par l'application de cette disposition et de leurs répercussions, quelles que soient les modalités retenues par le législateur français.

²⁶⁴⁵ V. *Supra*, n°718 et s.

²⁶⁴⁶ V. *Supra*, n°726.

²⁶⁴⁷ V. *Supra*, n°137 et n°719.

1205. S'il devait opter pour l'adaptation des dispositions du Code de procédure pénale afin de pouvoir opérer par renvoi dans le cadre des procédures menées par un PED français, l'ajustement devrait concerner, en plus des pouvoirs du procureur européen délégué, les garanties du mis en cause à l'encontre duquel un placement en détention provisoire est requis. La question s'est posée dans les mêmes termes à la suite de la proposition de loi préconisant d'étendre à l'enquête la possibilité d'un placement sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire, précédemment envisagée²⁶⁴⁸.

Les implications de ce choix doivent être mesurées. Il aurait pour effet de rapprocher davantage les attributions du procureur de la République de celles du juge d'instruction et, par là même, de remettre en cause l'une des principales distinctions qui demeurent entre l'enquête de police et l'information en termes de pouvoirs. Il aurait consécutivement pour effet d'opérer un nouveau rapprochement entre le statut de suspect et celui de mis en examen, le premier devant nécessairement disposer, parce qu'il est provisoirement détenu, d'un accès à l'ensemble des pièces du dossier en possession des autorités compétentes qui sont essentiels pour contester la légalité de la mesure privative de liberté. Ces nouveaux rapprochements troubleraient l'architecture actuelle de la mise en état des affaires pénales et soulèveraient probablement, à court ou moyen terme, la question d'une restructuration d'ensemble.

1206. Si le législateur devait opter pour l'élaboration d'un *corpus* de normes spécifique aux enquêtes diligentées par le Parquet européen en France, celui-ci devra donc également comprendre des dispositions relatives aux droits procéduraux du mis en cause à l'encontre duquel un placement en détention provisoire est requis et décidé. Se profilerait alors la coexistence de deux ensembles normatifs, tous deux applicables en France, le cas échéant par les mêmes autorités et dans le cadre de procédures susceptibles de porter sur des faits revêtant une même qualification juridique.

1207. L'adaptation du droit interne au pouvoir des PED français de solliciter un placement en détention provisoire conduirait donc à faire un choix entre la coexistence de deux procédures répondant de deux modèles distincts et reposant sur des équilibres différents ou d'un nouveau rapprochement des cadres procéduraux existants en France, posant à terme la question de la pérennité du système actuel de mise en état des affaires pénales.

²⁶⁴⁸ V. *Supra*, n°961.

La difficulté est confortée si l'on réfléchit aux adaptations suggérées par l'application du règlement européen concernant les garanties procédurales accordées à toutes les personnes concernées par la procédure, indépendamment de toute détention.

B. L'adaptation latente des droits de toutes les personnes concernées par la procédure

1208. Les termes de la problématique soulevée -. Il convient ici de prendre quelque hauteur pour apprécier l'effet de l'application du règlement européen en France et envisager les éventuelles adaptations auxquelles pourrait conduire l'observation de certains déséquilibres.

1209. Le règlement se distingue, concernant les garanties procédurales des personnes concernées par une procédure traitée par le Parquet européen des projets antérieurs et notamment de la proposition initiale de la Commission. A la différence de celle-ci, et malgré les incitations du Parlement européen²⁶⁴⁹, il ne prévoit aucune garantie autonome. Le règlement procède exclusivement par renvoi aux directives de l'Union, telles qu'elles ont été transposées (article 41§2) et aux législations des Etats membres (article 41§3), se contentant pour le reste d'indications plus générales. Il prévoit, par exemple, que « *[L]es enquêtes et poursuites menées par le Parquet européen devraient être guidées par les principes de proportionnalité, d'impartialité et d'équité envers le suspect ou la personne poursuivie* », ce qui implique « *l'obligation de rechercher tous les types de preuve, à charge et à décharge, d'office ou à la demande de la défense* » (consid. 65) ; ou encore, que les activités du Parquet européen devront être exercées dans le respect des droits des suspects et personnes poursuivies, tels que consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union et la Convention européenne des droits de l'Homme, notamment le droit à un procès équitable et les droits de la défense (consid. 80, article 41§1). Il s'ensuit que les garanties procédurales des personnes concernées seront, pour une large part, déterminées par les droits nationaux en vigueur (article 5§3).

1210. Or, si l'ouverture d'une information devait être exclue, la logique voudrait qu'il soit renvoyé, au stade des investigations, aux droits du suspect et de la victime dans l'enquête.

²⁶⁴⁹ PARLEMENT EUROPEEN, Résolution du Parlement européen du 5 octobre 2016 sur le Parquet européen et Eurojust (2016/2750(RSP)), Strasbourg, spéc. point 7 (Celui-ci avait invité le Conseil à s'assurer que les personnes suspectées ou poursuivies bénéficient de « droits de la défense supplémentaires, notamment le droit à l'aide juridictionnelle, à l'information et à l'accès aux pièces du dossier, celui de présenter des preuves et de demander au Parquet européen de réunir des éléments de preuve pour le compte du suspect »).

Il est vrai que la transposition des directives de l'Union, et notamment celles auxquelles renvoie le règlement, ont impliqué un certain renforcement des garanties procédurales de ces derniers²⁶⁵⁰. Pour autant, le législateur a procédé à leur transposition en maintenant certaines divergences avec les droits procéduraux accordés aux parties privées dans le cadre d'une information, préservant ainsi l'équilibre global qu'entend - théoriquement - assurer le système français. Cet équilibre théorique s'effrite, en pratique, à mesure que l'information judiciaire décline au profit de l'enquête de police. Les interrogations que suscite aujourd'hui la mise en état des affaires pénales au regard des standards européens sur le plan des droits procéduraux des personnes concernées par la procédure, notamment le suspect, inviteraient déjà à envisager l'application du règlement européen avec une certaine prudence. La réserve que suscite ce seul renvoi s'impose à plus forte raison, si l'ouverture d'une information judiciaire devait, comme nous le pensons, être exclue compte tenu des attributions qui devraient nécessairement demeurer celles du Parquet européen.

Une première question concerne les garanties procédurales de la personne contrainte autrement que par une détention provisoire (1) ; l'autre, celles de toute personne concernée par une procédure « européenne », indépendamment de toute contrainte exercée sur elle (2).

1) Les garanties procédurales offertes à la personne soumise à une mesure restrictive de liberté

1211. La possibilité, pour un procureur européen délégué français, de solliciter un placement sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence sous surveillance électronique -. Par « personne autrement contrainte », nous entendrons la personne qui, mise en cause dans le cadre d'une enquête conduite par un procureur européen délégué français, ferait l'objet d'un contrôle judiciaire ou d'une assignation à résidence. Comme nous l'avons indiqué, le fait que les PED nationaux puissent solliciter du juge un placement en détention provisoire devrait impliquer, puisque cette mesure constitue l'*ultima ratio*, qu'ils puissent également demander un placement sous contrôle judiciaire ou sous ARSE, lorsque ces autres mesures s'avèrent suffisantes. A défaut, ce serait remettre en cause, le caractère exceptionnel du recours à la détention provisoire, tel qu'il ressort de l'article 144 du CPP. Une lecture aussi restrictive des dispositions du règlement doit être écartée, tant en considération du déséquilibre qui pourrait en résulter entre la situation de la personne mise en cause dans

²⁶⁵⁰ V., *Supra*, n°82 et s.

le cadre d'une procédure européenne et celle impliquée dans le cadre d'une procédure nationale – d'autant plus visible que le règlement procède à une répartition des compétences entre les deux échelons – qu'au regard des standards européens qui entendent davantage faire de la détention l'exception²⁶⁵¹.

Toutefois, le fait que les procureurs européens délégués français devront être habilités à solliciter un placement sous contrôle judiciaire ou sous ARSE induit des interrogations particulières sur le plan des garanties procédurales de la personne concernée.

1212. Les questions soulevées s'agissant des garanties procédurales de la personne placée sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence dans le cadre d'une procédure conduite par un procureur européen délégué français -. Comme nous l'avons relevé, le renforcement des droits procéduraux de la personne provisoirement détenue dans le cadre d'une procédure diligentée par le Parquet européen s'imposera nécessairement pour satisfaire aux exigences de l'article 7§1 de la directive de l'Union relative au droit à l'information²⁶⁵².

La question des garanties procédurales de la personne autrement contrainte se pose dans des termes différents puisque l'article 7§1 susmentionné ne vise que la personne « *arrêtée ou détenue* », excluant *de facto* de son champ la personne qui, certes contrainte, n'est pas, à proprement parlé, privée de sa liberté d'aller et de venir.

1213. Or, le droit français positif assure un certain équilibre entre les garanties procédurales de la personne mise en cause et la contrainte dont elle peut faire l'objet. Lorsque les investigations sont encore en cours, le statut de personne mise en examen est, en effet, à la fois une condition *sine qua non* des mesures de contrainte et un statut générateur de droits procéduraux. Considérer que la personne qui est placée sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence à l'occasion d'une enquête conduite par un procureur européen délégué français puisse ne pas disposer d'un droit à l'information plus étendu parce que la directive ne l'impose pas, reviendrait à admettre

²⁶⁵¹ Ceci ressort notamment des conditions restrictives de la régularité d'une détention provisoire et du maintien en détention selon la jurisprudence de la Cour européenne (V. not., D. DOURNEAU-JOSETTE, « Convention européenne des droits de l'homme (Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale), *op. cit.*, n°220 et s.). Le caractère exceptionnel de la privation de liberté ressort également de certains instruments de l'Union, en particulier de la décision-cadre 2009/829/JAI du Conseil du 23 octobre 2009 concernant l'application, entre les États membres de l'Union européenne, du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions relatives à des mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire, (JOUE L 294, p. 20), transposée par la loi n°2015-993 du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne (JORF 18 août 2015, p. 14331). Le quatrième considérant de l'exposé des motifs précise, en particulier, que cette « *décision-cadre vise à promouvoir, lorsque cela est approprié, le recours aux mesures non privatives de liberté en lieu et place de la mise en détention provisoire, même lorsque, en vertu du droit de l'État membre concerné, une détention provisoire ne pourrait pas être imposée ab initio* ».

²⁶⁵² V., *Supra*, n°1201 et s.

une dissymétrie entre les garanties procédurales octroyées à cette dernière et celles dont dispose nécessairement la personne qui fait l'objet d'une même mesure dans le cadre d'une procédure *strictement* nationale.

1214. Cette distorsion, difficilement acceptable en termes de cohérence du droit appliqué en France, serait d'autant plus discutable à nos yeux que le règlement procède à un partage des compétences entre l'autorité européenne et les autorités nationales. Il en résulte que suivant les circonstances de la commission des faits ou l'ampleur du préjudice causé à l'Union²⁶⁵³, un comportement susceptible de revêtir une même qualification juridique pourra en effet être traité par le Parquet européen, et donc selon les dispositions du règlement complétées par la législation nationale, ou par les autorités françaises, donc en application des règles du Code de procédure pénale. Or, dans ce dernier cas, la nécessité de recourir à une telle mesure de contrainte au stade des investigations impliquerait nécessairement l'ouverture d'une information judiciaire, l'acquisition du statut de mis en examen et donc des droits qui lui sont attachés. Finalement, selon que les faits relèveraient de la compétence du Parquet européen ou des autorités nationales, deux personnes mises en cause pour un même comportement et faisant l'objet d'une même mesure restrictive de liberté ne bénéficieraient pas des mêmes garanties procédurales. Une telle inégalité de traitement ne serait pas justifiable.

1215. L'argumentation de Monsieur Pillet pour rejeter la proposition, déposée en novembre 2016, visant à permettre au procureur de la République de recourir, dans le cadre d'une enquête, à une mesure de contrainte laisse déjà entendre que le législateur français s'opposerait à une telle asymétrie de traitement²⁶⁵⁴. Le rapporteur de la proposition de loi indiquait qu'il était « difficile de permettre au parquet de saisir le juge des libertés et de la détention aux fins de placement sous contrôle judiciaire [...] au cours de l'enquête, alors que l'action publique n'est pas mise en mouvement, que la personne n'est pas encore poursuivie, qu'elle ne bénéficie d'aucun des droits du mis en examen et que la procédure de l'enquête, à la différence de l'information judiciaire, est menée par l'autorité de poursuite [et] n'est pas suffisamment contradictoire²⁶⁵⁵ »²⁶⁵⁶. C'était témoigner de l'importance accordée au maintien d'un certain équilibre entre les droits procéduraux reconnus à la personne mise en cause et les mesures de contrainte susceptibles d'être décidées à son encontre, tel que l'assure encore le droit français positif.

²⁶⁵³ V., *Supra*, n°1125 et s., n°1132 et s.

²⁶⁵⁴ F. PILLET, Rapport n°331, préc., pp. 28-29.

²⁶⁵⁵ Nous soulignons.

²⁶⁵⁶ F. PILLET, Rapport n°331, préc., pp. 28-29.

1216. Le maintien de cet équilibre induirait que toute personne soumise à une mesure de contrainte dans le cadre d'une enquête menée par un PED français devrait bénéficier de droits procéduraux semblables à la personne mise en examen et donc, d'une procédure plus contradictoire que ne l'est l'enquête aujourd'hui. C'est dire que l'application du règlement impliquerait d'autres ajustements pour y satisfaire.

Là encore, suivant les modalités retenues – adapter le Code de procédure pénale ou élaborer un *corpus* spécifique de normes, le législateur se trouvera à nouveau confronter à un choix entre la cohérence du droit applicable en France – parce que coexisteront deux ensembles normatifs reposant sur des équilibres différents – et la pérennité de la structuration actuelle de la mise en état des affaires pénales, tout rapprochement des cadres procéduraux induisant à terme la question de sa recomposition²⁶⁵⁷.

Les garanties procédurales de toute personne concernée par une enquête diligentée par un PED français, indépendamment de toute mesure restrictive de liberté, soulève une question du même ordre.

2) Les garanties procédurales offertes à toute autre personne concernée

1217. L'affaiblissement des garanties procédurales de toutes personnes concernées durant la phase d'investigation à défaut d'adaptations appropriées

-. Si à défaut de plus amples précisions dans le règlement européens, les garanties des personnes concernées seront déterminées par les droits nationaux, tels que modelés par les droits européens, l'on peut légitimement craindre à un affaiblissement des garanties des personnes concernées par une procédure « européenne ». Certes, le débat est le même en droit interne. Cependant, dans les affaires internes, l'ouverture d'une information judiciaire reste possible alors qu'elle sera, selon nous, exclue dans le cadre des procédures diligentées par le Parquet européen.

L'exclusion, en toute hypothèse, du renforcement des garanties procédurales de la personne mise en cause à mesure de l'avancement de la procédure selon les distinctions maintenues par le droit français, impliquerait donc, par souci d'équilibre, de repenser les critères de leur acquisition.

Elle nous paraît d'autant plus inenvisageable que, compte tenu du pouvoir d'évocation du Parquet européen, il ne peut être théoriquement exclu que ce dernier se saisisse de faits découverts à l'occasion d'une information judiciaire. Consécutivement, il n'est pas exclu que la personne ultérieurement impliquée dans une enquête

²⁶⁵⁷ V., *Supra*, n°1205.

« européenne » ait déjà pu bénéficier de garanties procédurales plus étendues durant la procédure interne.

1218. L'exigence d'adapter en conséquence les droits de la personne mise en cause lors d'une procédure « européenne », qui s'imposerait à l'aune du seul impératif du respect du droit à un procès équitable auquel le Parquet européen sera évidemment tenu²⁶⁵⁸, est confortée par le partage de la compétence en matière d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union qu'opère le règlement²⁶⁵⁹. Considérer que les droits des personnes concernées par une enquête ouverte par un procureur européen délégué français puissent être exclusivement déterminés par référence aux droits du suspect dans une enquête de police purement nationale reviendrait à admettre que des personnes visées par une procédure portant sur des faits susceptibles d'être pareillement qualifiés puissent ne pas bénéficier des mêmes garanties procédurales. Les unes, concernées par une enquête diligentée au sein du Parquet européen ne pourraient jamais bénéficier de la plénitude des droits de la défense avant la clôture des investigations ou l'exercice de l'action publique. Les autres, concernées par une procédure dans laquelle les autorités françaises auraient conservé leur compétence, pourraient en revanche, selon le choix du procureur de la République d'ouvrir une information judiciaire ou non, disposer de garanties procédurales plus développées au cours des investigations par application des dispositions du Code de procédure pénale. Une telle inégalité de traitement serait tout aussi injustifiable.

1219. Si elle ne se pose pas exactement dans les mêmes termes s'agissant de la victime de l'infraction, une telle asymétrie de traitement, selon que la procédure est traitée par le Parquet européen ou par les autorités françaises en application du seul Code de procédure pénale, posera également question.

1220. Les adaptations suggérées -. Il faut donc une fois de plus souligner les difficultés que soulève le renvoi à des dispositions applicables à un système qui se caractérise encore, même si elle se délite, par sa structuration duale pour déterminer les garanties procédurales conférées par un système qui s'illustre, lui, par une structuration unitaire. Indépendamment de l'exercice d'une mesure de contrainte sur la personne mise en cause, un renvoi au droit français positif conduira inmanquablement, à défaut d'ajustements appropriés, à un affaiblissement injustifiable des droits procéduraux des

²⁶⁵⁸ Les observations de la Cour européenne dans son arrêt *A.T. contre Luxembourg*, précité, inviteraient sans doute à voir dans cette situation le risque d'une méconnaissance du droit à un procès équitable, semblable à celui qui s'observe dans les procédures strictement nationales lorsque l'enquête n'est pas suivie de l'ouverture d'une information judiciaire.

²⁶⁵⁹ V. *Supra*, n°1125 et s., n°1132 et s.

personnes concernées par une enquête ouverte par un procureur européen délégué français.

1221. Ce diagnostic opéré, il reste à déterminer les modalités de cet ajustement. Garantir le caractère équitable des procédures conduites par un procureur européen délégué français impliquerait de déterminer le moment à partir duquel le suspect devrait bénéficier, indépendamment de la contrainte qui s'exerce sur lui, de garanties lui permettant de se défendre plus activement et la personne lésée, des droits lui permettant de faire valoir ses intérêts. Ceci supposerait concrètement de définir le moment à partir duquel le soupçon est tel que le respect du droit à procès équitable impose un renforcement des droits procéduraux de la personne mise en cause ou l'instant à compter duquel l'efficacité des investigations peut supporter la levée du secret dans son « aspect "interne" »²⁶⁶⁰ et la procédure devenir plus contradictoire.

La sauvegarde de l'équité d'une enquête diligentée par le Parquet européen sur le sol français suggérerait donc d'introduire une notion semblable à celle de « mise en examen », génératrice de droits procéduraux et, consécutivement, de définir l'instant à partir duquel la personne lésée – l'Union ou toute autre personne – doit être admise à participer plus activement à celle-ci.

Là aussi, les conséquences des adaptations suggérées dépendront des modalités privilégiées par le législateur français en vue de l'application concrète du règlement européen. L'option consistant à élaborer des normes applicables en propre aux enquêtes diligentées par un PED français entraînerait la détermination de règles particulières plus étoffées qu'on ne pouvait le penser au premier abord. L'option consistant à adapter les dispositions relatives aux enquêtes de police engendrerait une dilution inédite des statuts procéduraux dépendants encore, en l'état du droit, du cadre procédural des investigations.

1222. Conclusion de la seconde section -. Que nous nous interrogeons sur les adaptations requises par l'application du règlement en termes de pouvoirs du procureur européen délégué ou en termes de garanties procédurales des personnes concernées par la procédure, le constat ne varie pas. Parce que le modèle proposé à l'échelon européen ne repose pas sur la même architecture que le système français, le renvoi au droit national pour compléter les dispositions fragmentaires du règlement européen se heurte à certaines distorsions et suggère des adaptations. Si, comme nous le pensons,

²⁶⁶⁰ Selon l'expression empruntée à Madame Lazerges-Cousquer et Monsieur Desportes, pour définir le secret « opposable aux personnes mises en cause dans la procédure de même qu'aux personnes se disant lésées par l'infraction » (F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°1507 et s., pp. 1018 et s.).

l'ouverture d'une information judiciaire être écartée parce que la direction des investigations (articles 10§2, 12§1, 14§1 et 28§1) et la décision sur les suites à donner à la procédure devront demeurer aux mains du Parquet européen (article 10§3 a) à c)), deux solutions paraissent envisageables : l'adaptation des dispositions du CPP ou l'élaboration de dispositions spécifiques aux procédures conduites par un PED français. Or, aucune des solutions envisageables n'est, en l'état, exclusive d'inconvénients majeurs ou d'un risque de perturbations importantes.

Conclusion du second chapitre

1223. Indépendamment de la manière dont la création du Parquet européen et l'exigence d'indépendance que formule le règlement pourront nourrir les discussions internes sur l'amélioration des garanties statutaires des membres du ministère public français ou le rattachement organique de la police judiciaire, l'application du règlement induira des interrogations sur l'inadaptation de la législation française, appelée à compléter les dispositions fragmentaires de celui-ci. Si l'application complémentaire des législations nationales était sans doute l'option la plus opportune, sur le plan politique et pratique – compte tenu du concours apportées par les autorités nationales ou issues des systèmes des Etats membres – et si l'épuisement des règles communes européennes doit faciliter l'application du règlement, toute interrogation n'est pas exclue. La création du Parquet européen mettra au jour l'inadaptation de la législation en vigueur. Le système français est un exemple particulièrement révélateur, car il ne repose pas sur la même architecture ni, en conséquence, sur les mêmes équilibres que le modèle envisagé à l'échelon européen, lequel porte encore les traces de l'hybridation proposée par ses fondateurs.

1224. L'élaboration de dispositions particulières aux enquêtes conduites par les procureurs européens délégués français, empruntant aux dispositions relatives aux enquêtes de police et à l'information, suscitera des questions de différents ordres. D'abord, cette option reviendra à faire coexister deux procédures pénales reposant sur des modèles et des équilibres différents. Ce choix posera certainement la question de la cohérence du droit applicable en France. Cette première interrogation sera confortée par le fait que les mêmes autorités – dont, en cas de cumul des mandats, le PED lui-

même – seront appelées à faire application de ces deux ensembles normatifs.

Plus généralement, la mise en œuvre d'un modèle plus unitaire, mais néanmoins garant de l'efficacité de la procédure et respectueux des droits des personnes concernées, donnera directement à voir qu'un autre modèle est envisageable. Si celui-ci n'a pas la prétention d'être parfait, il est certain que les partisans d'une recomposition de la mise en état des affaires pénales trouveront dans son application un nouvel argument.

D'autant plus que la détermination de règles propres aux enquêtes diligentées par un procureur européen délégué français sur le plan des garanties procédurales pourrait faire émerger une inégalité de traitement. Si la préservation de l'équité de la procédure dans les enquêtes ouvertes au sein du Parquet européen devait impliquer l'introduction d'un statut semblable à celui de « mis en examen », donc générateur de nouvelles garanties procédurales, nous nous exposerions à une situation dans laquelle deux personnes mises en cause pour un comportement susceptible d'une même qualification juridique ne bénéficieraient pas des mêmes garanties procédurales. Alors que celle impliquée dans une enquête menée par le procureur européen délégué verrait ses droits procéduraux croître à mesure que se renforce le soupçon, celle mise en cause dans une procédure qui demeurerait de la compétence des autorités nationales verrait toujours ses garanties procédurales soumises à l'aléa de l'ouverture d'une information judiciaire.

1225. L'option consistant à adapter les dispositions relatives à l'enquête de police afin de pouvoir procéder par renvoi susciterait des interrogations toutes aussi nombreuses. La question de la pérennité de la structuration de la mise en état des affaires pénales se posera assurément au vu de l'ampleur des aménagements supposés. L'adaptation des dispositions relatives aux pouvoirs d'investigation et de contrainte du procureur emportera un rapprochement matériel sans précédent de l'enquête et de l'information judiciaire, rendant l'ouverture de celle-ci d'autant plus résiduelle. Celle des dispositions relatives aux garanties procédurales des personnes concernées induirait une dilution encore inédite des statuts procéduraux. Parce que ces adaptations feraient de l'enquête un avatar de l'instruction, elles poseront des interrogations semblables à celles que nous avons envisagées lors de l'appréciation des aménagements ponctuels préconisés en vue de la mise en conformité du droit français avec les standards des droits européens. C'est, à terme, la question de la remise à plat de la mise en état des affaires pénales qui se trouverait posée.

Conclusion du Titre second

1226. « Le progrès, c'est réaliser des utopies » écrivait Oscar Wilde²⁶⁶¹. La formule résumerait parfaitement le parcours sinueux qu'a emprunté le projet de création d'une autorité européenne et opérationnelle d'enquêtes et de poursuites pénales en matière d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers européens est aujourd'hui acquise. Vielle de vingt ans, l'idée est désormais réalité.

1227. A première vue, les implications de l'aboutissement de ce projet européen sur le système de justice pénale français et le droit applicable aux affaires strictement nationales ne sont pas évidentes. Les questionnements émergent néanmoins à l'observation de la perméabilité entre le système envisagé à l'échelon européen et les ordres juridiques nationaux. Dès l'origine, ce projet s'est illustré par son incomplétude et son hybridité. L'autorité d'enquête et de poursuite imaginée à l'échelle de l'Union s'appuiera sur des relais nationaux, intégrés aux ordres juridiques internes et à la structure européenne, ainsi que sur des autorités nationales, extérieures à celle-ci. Ce mode de fonctionnement a rendu possible et légitimé l'application complémentaire des droits nationaux, qui s'avère également une solution plus aisée sur le plan politique et donc plus favorable à l'obtention d'un consensus. La porosité entre le système européen et les ordres juridiques des Etats membres est confortée par la répartition des compétences entre les autorités internes et l'autorité européenne qui s'est imposée à mesure des négociations du projet ainsi que par la possibilité d'un cumul des fonctions de procureur européen délégué et de procureur interne. Les liens ainsi tissés éclairent les interférences qu'il y aura entre l'organe européen et les systèmes nationaux. Le maintien de certains principes de base, propres aux activités du Parquet européen (article 5), mais inscrits dans la lignée de standards européens connus, et de certaines

²⁶⁶¹ O. WILDE, *L'âme humaine sous le régime socialiste*, trad. A. Savine, Paris, 1906, p. 286.

règles communes, interroge l'inadaptation du système et du droit français. Indépendamment des questionnements d'ordre statutaire soulevés par l'exigence d'indépendance de l'autorité européenne à l'égard des institutions de l'Union et des Etats membres, toujours érigée en condition *sine qua non* de l'efficacité et de la légitimité de celle-ci, l'application du règlement en France impliquera certaines adaptations qui pourront déboucher sur la coexistence de deux procédures distinctes ou remettre en cause la pérennité de la structuration dualiste du système français.

1228. Les implications de la création du Parquet européen sur le système de justice pénale français ne pourront que s'intensifier si, comme le permet l'article 86§4 du TFUE²⁶⁶² et comme il l'est parfois proposé²⁶⁶³, la compétence matérielle de cette autorité devait s'étendre aux actes de terrorisme et, le cas échéant, à la criminalité organisée. Si ces aspirations peuvent se comprendre en raison de la dimension régulièrement transfrontière de ces infractions et de la menace actuelle, leurs implications invitent néanmoins à une certaine prudence.

Les infractions relevant, pour l'heure, de la compétence de ce nouvel organe relèvent de la matière correctionnelle et correspondent donc à des infractions pour lesquelles la saisine d'un juge d'instruction ne s'impose pas avant tout renvoi en jugement, en application de l'article 79 du CPP. Aussi, si l'application du règlement pose, il est vrai, certaines interrogations, elle ne remettra pas, a proprement parlé, en question ce qui constitue encore, en droit français, le pré-carré de la juridiction d'instruction. Or, l'extension de la compétence matérielle de l'organe européen aurait pour effet de faire sauter ce dernier verrou, car il impliquerait qu'une mise en accusation

²⁶⁶² L'extension de la compétence matérielle du Parquet européen impliquerait néanmoins une décision unanime du Conseil qui n'est, loin s'en faut, pas évidente.

²⁶⁶³ V., déjà, A. RENE et J. LE FLOCH, Rapport d'informations n°445, préc., pp. 17 et s. ; Pour des propositions plus récentes en ce sens, V., Rapport d'informations n°3608 sur la création d'un Parquet européen, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 juin 2011, par G. GEOFFROY et M. KARAMANLI, spéc. pp. 41 et s. ; SENAT, Résolution européenne n°70 sur la création d'un parquet européen, 15 janv. 2013 ; PARLEMENT EUROPEEN, Résolution du Parlement européen du 29 avril 2015 sur la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen (COM(2013)0534 – 2013/0255(APP)), points E, F, 5 ; Rapport d'informations n°442 sur l'Union européenne et la lutte contre le terrorisme, Enregistré à la Présidence du Sénat le 4 mars 2016, par P. BONNECARRERE et S. SUTOUR, spéc. p. 6 ; V. encore, G. REILHAC, « Juncker exhorte les vingt-sept à profiter de l'embellie pour relancer l'UE », *Capital.fr*, 13 sept. 2017 (mentionnant que dans son intervention du 13 septembre 2017, le président de la Commission européenne a notamment plaidé « pour la création d'une cellule européenne de renseignement chargée de veiller à ce que les données relatives aux terroristes et aux combattants étrangers soient automatiquement échangées entre les services de renseignement et la police » et de charger « le nouveau parquet européen de poursuivre les auteurs d'infractions terroristes transfrontalières ») ; E. MACRON, *Initiative pour l'Europe : Une Europe souveraine, unie, démocratique*, Discours, La Sorbonne, Paris, 26 sept. 2017 ; Sur ce discours, V. not., L. MARIN, « La liste de Macron pour relancer l'Europe », *France24.fr*, 27 sept. 2017 (qui rappelant les propositions du Président de la République française sur la relance du projet européen lors de son intervention à la Sorbonne le 26 septembre 2017, mentionne que ce dernier a plaidé pour la création d'une « académie du renseignement, destinée à "renforcer les liens entre nos pays par des actions de formation et d'échange [et d'un] parquet européen contre la criminalité organisée et le terrorisme ») ; J. LASTENNET, « Discours d'Emmanuel Macron sur l'Europe : "le temps où la France propose est revenu" », *Toutleurope.eu*, 27 sept. 2017

devant une cour d'assises puisse avoir lieu en dehors de la saisine d'une juridiction d'instruction.

Conclusion de la Seconde Partie

1229. L'observation des déséquilibres entraînés et accentués par la mutation de la mise en état des affaires pénales à l'aune des standards européens a permis de faire émerger certains motifs d'inquiétude sur la conformité du système français actuel à ces standards. En cela, les droits européens viennent nourrir des débats internes lancinants, attisés à mesure que l'enquête se déploie au détriment de l'information en matière délictuelle. Au-delà des interrogations d'ordre statutaire concernant, pour l'essentiel, les membres du ministère public français, les questionnements portent sur la suffisance des droits de la défense de la personne mise en cause lors des investigations, à défaut de l'ouverture d'une instruction d'une part, et parce que cette question lui est pour partie liée, sur la consistance du rôle et du contrôle du juge en dehors de l'information préparatoire d'autre part.

1230. Envisagés dans une perspective strictement nationale, les aménagements ponctuels préconisés pour pallier l'insuffisance des droits de la défense et de la garantie judiciaire au stade de l'enquête se heurtent à certaines difficultés pratiques, qui conditionnent leur faisabilité. Abordés sous l'angle de la conséquence de leur mise en œuvre sur le système dans son ensemble, les propositions les plus ambitieuses laissent présager une multiplication des confusions et des incohérences. C'est, sans doute, l'effet de toute proposition qui, destinée à pallier une problématique en particulier, l'envisage sans réflexion d'ensemble sur la cohérence du système pénal. L'observation n'est pas nouvelle. Elle est, au contraire, régulièrement formulée lors des réformes ponctuelles et partielles, nécessitées par les besoins du moment. *A contrario*, si les réformes d'ensemble de la mise en état des affaires pénales n'ont jusqu'alors pas convaincu en

raison des modalités promues, leur ambition de remanier, face aux désordres d'un Code de procédure pénale plusieurs fois retouché sans souci pour sa cohérence d'ensemble, est en revanche loué par une partie de la doctrine pénaliste²⁶⁶⁴. Or, la multiplication des incohérences et confusions induites par les propositions les plus ambitieuses aviverait sans doute, à terme, la nécessité d'une refonte de la mise en état des affaires pénales. Aussi, le souci d'assurer le maintien de l'architecture actuelle de l'avant-procès conduirait-il à privilégier des solutions plus mesurées. Il en va ainsi des propositions qui, combinant un renforcement maîtrisé des droits du suspect et un plus strict encadrement de la prorogation d'une enquête préliminaire, entendent assurer un relèvement des droits procéduraux là où leur insuffisance peut engendrer une atteinte irrémédiable au caractère équitable de la procédure, tout en veillant à ne pas multiplier les confusions.

1231. Envisagés dans une perspective européenne, ces aménagements ponctuels interrogent également. Indépendamment de la question de la pertinence d'un cantonnement de l'enquête préliminaire, dont les conséquences rejailliraient sur le fonctionnement de l'entraide pénale, ces ajustements questionnent surtout en raison de leurs silences. Par définition, ces modifications partielles s'emploient à remédier aux carences de la phase d'enquête, excluant de leur champ les éventuelles questions soulevées par l'information judiciaire. Or, si la Cour européenne ne s'est pas encore prononcée en ce sens – mais considère, au contraire, que le juge d'instruction est une autorité judiciaire selon le sens qu'elle donne à cette notion –, les attributions du magistrat instructeur au cours et à l'issue de l'information invitent à s'interroger sur la pérennité de son rôle dans le contrôle des mesures attentatoires aux droits substantiels protégés, en particulier le droit à la sûreté. Une interprétation plus pure de l'exigence d'indépendance à l'égard des parties, formulée sur le fondement de l'article 5§3 de la Convention conduirait, en effet, à lui dénier cette qualité.

1232. Les perspectives aujourd'hui ouvertes à l'échelle de l'Union confortent les réserves émises à propos de ces aménagements simplement ponctuels. Parce que le modèle qui s'impose à cet échelon ne repose pas sur les mêmes équilibres que le système français, l'application du règlement, dont les dispositions fragmentaires devront être complétées par le droit des Etats membres, mettra au jour l'inadaptation de la législation française. Compte tenu des fonctions qui seront celles du Parquet européen, au stade des investigations et des suites à donner à l'enquête, l'ouverture d'une information judiciaire paraît exclue dans ce cadre. L'inadaptation du droit français à la nouvelle

²⁶⁶⁴ V. not., V. MALABAT, « L'avant-projet du futur code de procédure pénale : refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale ? », préc.

institution impliquerait soit l'élaboration d'un *corpus* normatif relativement complet applicable aux enquêtes « européennes », soit l'ajustement des dispositions mises en œuvre dans les procédures nationales.

Or, la coexistence, en France, de deux procédures parallèles ou le rapprochement induit entre l'enquête et l'information pourront à terme relancer les discussions sur une recomposition d'ensemble de l'avant-procès.

La perspective de la création du Parquet européen et de l'application du règlement permet également d'observer, sous un autre angle, les propositions visant à restaurer l'équilibre de la mise en état des affaires pénales en privilégiant un nouvel agencement, *de facto* ou *de jure*, de l'enquête et de l'information. Ces préconisations qui pourraient être préférées dans une perspective nationale, ne remédieront pas aux problèmes soulevés par l'inadaptation du droit interne aux nouvelles règles européennes, voire, selon l'option retenue, les multiplieront.

CONCLUSION GENERALE

1233. Les questions que suscitent aujourd'hui la mise en état des affaires pénales trouvent, pour une large part, leur origine dans l'« entre-deux » dans lequel se trouve actuellement le système français. A force de réformes renforçant les pouvoirs hors instruction ou créant des procédures simplifiées nécessaires à l'absorption d'un volume de contentieux important, l'enquête – surtout préliminaire – s'impose comme le cadre ordinaire des investigations dans un système qui n'avait pas été pensé autour d'elle et au prix d'une régression des garanties procédurales.

1234. Ni une vision d'ensemble de celle-ci ni les dernières réformes ne suffisent à faire taire toutes les discussions que les exigences supranationales attisent. Si différentes voies s'offrent au législateur pour restaurer l'équilibre mis à mal et assurer le respect des impératifs de protection qui s'imposent à l'Etat français, toutes les solutions ambitieuses visant à compenser ce déséquilibre ou tendant à réarticuler les phases policière et judiciaire de l'investigation portent en elles le risque des confusions et incohérences encore plus nombreuses. La volonté de maintenir la structuration dualiste du système français apparaît comme un obstacle à toute réforme d'ampleur et explique probablement pour partie la tempérance actuelle du législateur et de la Cour de cassation.

1235. La perspective de l'intégration du Parquet européen, dont la France a contribué à la création, encourage plus nettement à mener une réflexion sur le devenir de la mise en état des affaires pénales. Le système européen repose en effet sur des équilibres différents puisqu'il propose une structuration unitaire de l'avant-procès, dans

laquelle le Parquet sera l'unique autorité d'instruction et de poursuite, c'est-à-dire à la fois le responsable des investigations et le seul organe compétent pour décider des suites à donner à l'enquête. L'intégration de ce système unitaire dans un système dualiste entraînera nécessairement des interrogations, les dispositions propres à l'enquête de police, auxquelles il devrait être renvoyé, n'étant pas, par hypothèse, adaptées à la mise en œuvre du règlement européens. Les adaptations nécessitées par cette mise en œuvre donneront probablement naissance, à court ou à moyen terme, à une réflexion d'ensemble sur la mise en état des affaires et rendront inéluctable l'unification de celle-ci.

1236. L'ambition ne peut être de proposer un modèle complet ni d'apporter une réponse à chaque question soulevée par les projets proposant une telle unification. Nous nous contenterons d'esquisser quelques orientations. L'inspiration peut être puisée dans les diverses propositions envisagées qui, si elles sont génératrices de perturbations en cas de maintien d'une structuration dualiste, peuvent en revanche servir utilement de socle à une réflexion sur l'unification de la phase préparatoire. Compte tenu de la structuration et des équilibres proposés par le règlement européen, une relecture du rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'Homme prend surtout tout son sens aujourd'hui²⁶⁶⁵. La perspective ouverte à l'échelon européen doit également servir de guide aux orientations proposées.

1237. L'unification de la mise en état des affaires pénales revête nécessairement une dimension institutionnelle, organique et fonctionnelle et suppose de reconsidérer les critères d'acquisition des droits procéduraux des personnes concernées par les investigations. Il n'est pas question que la recomposition de la mise en état des affaires pénales aboutisse à une régression de ces droits ; le règlement européen s'y opposerait d'ailleurs.

1238. Sur le plan institutionnel, organique et fonctionnel, l'unification nécessiterait de repenser le statut et les attributions du Parquet en tant que directeur fonctionnel des investigations et, consécutivement, le rôle dévolu aux juges au stade de l'avant-procès.

En plus d'une organisation adaptée des parquets pour suivre l'avancée des enquêtes complexes et de longue haleine, la substitution du procureur au juge d'instruction dans la direction fonctionnelle des investigations autant que le respect des

²⁶⁶⁵ M. DELMAS-MARTY, S. LAVISGNES et al., *La mise en état des affaires pénales, op. cit.*, spéc. Fiche n°20.

standards européens et des dispositions du règlement portant création du Parquet européen participent inévitablement au débat sur une évolution de son statut. Le renforcement de ses garanties statutaires, nécessaire à l'assurance de son autonomie fonctionnelle dans l'exercice de ses missions est indispensable. Cette voie apparaît aussi, corrélativement, comme une solution suffisante. En effet, la remise en cause du lien hiérarchique avec la Chancellerie, qui doit être envisagée avec prudence dans une perspective nationale, ne s'imposant pas dans une optique européenne. Les standards européens connus ne l'exigent aucunement, dès lors que des garanties statutaires suffisantes assurent aux représentants du ministère public l'autonomie opérationnelle requise. Le maintien d'un lien hiérarchique entre la Chancellerie et les procureurs nationaux ne nous semble pas non plus être de nature à entraver l'indépendance du futur Parquet européen puisque, par définition, aucune instruction générale de politique pénale ne pourra être adressée à ses membres français par le ministère de la Justice dans la mesure où celle-ci sera exclusivement définie à l'échelon européen. Et, si la réintégration des membres français du Parquet européen dans leur corps d'origine, le cumul des mandats et le risque d'instructions officieuses nourrissent des interrogations, le renforcement des garanties statutaires proposé devrait permettre d'y répondre. Il conviendra en revanche de veiller à ce que le processus de désignation des membres français ne puisse jeter le doute sur la pleine autonomie opérationnelle des procureur européen et procureurs européens délégués français dans l'exercice de leurs missions.

L'unification de la mise en état soulèverait également des interrogations sur les moyens d'investigation et les mesures de contrainte susceptibles d'être mises en œuvre au stade de l'avant-procès. Compte tenu du rapprochement matériel de l'enquête et de l'information ces dernières décennies, les adaptations impliquées par la recomposition de la mise en état des affaires pénales en termes de pouvoirs d'investigation seraient peu nombreuses. Elles rendraient cependant d'autant plus impérieuse l'élaboration d'une nouvelle nomenclature des actes d'investigation et de leur régime, avec l'éventuelle substitution du critère de l'urgence à la circonstance de la flagrance. Au regard des mesures de contrainte susceptibles d'être ordonnées à l'encontre de la personne soupçonnée ou poursuivie (contrôle judiciaire, détention provisoire ...), l'acquisition de la plénitude des droits de la défense au stade où les investigations sont encore en cours s'imposera.

Le maintien d'un équilibre entre l'efficacité et la sauvegarde des libertés fondamentales et des intérêts des personnes concernées par la procédure supposerait que la substitution du procureur au juge d'instruction dans la direction des investigations s'accompagne d'une réflexion corrélatrice sur la place et le rôle dévolus

au juge. Il conviendra de repenser les attributions de l'actuel juge des libertés et de la détention mais aussi d'adapter celles de la chambre de l'instruction.

Indépendamment de la détermination des mesures impliquant l'autorisation préalable du juge *de l'enquête* - sauf urgence éventuellement - l'unification de la mise en état des affaires pénales imposerait une normalisation de son contrôle *a priori, in situ* et, le cas échéant, *a posteriori*. Elle impliquera de réfléchir à la systématisation et à la clarification de l'obligation de motivation pour les mesures particulièrement intrusives, obligation qui devrait inclure, en plus des éléments précis et circonstanciés justifiant la nécessité des opérations autorisées, un exposé des raisons pour lesquelles une mesure moins intrusive ne permettrait pas d'atteindre le même résultat. L'effectivité de ce contrôle supposera également que l'information du juge sur les faits à l'origine de l'enquête et son avancement ne se limite pas aux seules indications de la requête du parquet sollicitant son autorisation préalable et de reconsidérer la manière dont celui-ci est « associé » au déroulement des investigations. Ceci reviendra à s'interroger sur un éventuel contrôle *a posteriori* de la mesure autorisée, contrôle qui s'imposera d'autant plus si le critère de l'urgence est substitué à la situation de flagrance.

Une recomposition de la mise en état suggérerait, en second lieu, l'adaptation du rôle de la chambre de l'instruction. Une proposition avancée par la Commission Delmas-Marty peut ici être remise à l'ordre du jour. On sait que si la recomposition de la mise en état des affaires pénales et la redistribution des rôles qu'elle induit se heurtent à une forte opposition, c'est parce qu'avec la suppression du juge d'instruction, c'est aussi un moyen de contrer l'inertie injustifiée du parquet qui disparaît. Avec le statut actuel des membres du ministère public, l'argument ne peut être balayé d'un revers de main. Aussi la Commission Delmas-Marty avait-elle imaginé, en plus d'une évolution statutaire, qu'une telle inertie puisse être contrée par un dessaisissement du ministère public par la chambre *de l'accusation* au profit de l'un de ses membres²⁶⁶⁶. Une telle proposition pourrait être à nouveau avancée. Ce dispositif ne poserait pas de difficultés particulières dans la perspective de l'intégration du Parquet européen puisque le règlement européen prévoit des mécanismes propres en vue de surmonter l'inaction d'un procureur européen délégué.

1239. Le maintien d'un équilibre entre l'efficacité et la sauvegarde des libertés fondamentales et des intérêts des personnes concernées par la procédure en cas d'unification de la mise en état des affaires pénales supposerait, encore et surtout, de repenser les critères d'acquisition de la plénitude des droits procéduraux, en particulier

²⁶⁶⁶ V. *Supra*, n°383.

des droits de la défense. La logique voudrait que l'on fasse alors appel à la notion d'indices graves et concordants de culpabilité, déjà connue des acteurs de l'avant-procès pénal français. La réunion de tels indices deviendrait à la fois la condition *sine qua non* du recours aux mesures les plus coercitives, au premier rang desquelles la détention provisoire, mais aussi le critère imposant, lorsque les investigations doivent être poursuivies, le passage d'une phase d'enquête secrète, nécessaire à l'efficacité, à une phase d'enquête contradictoire, génératrice de la plénitude des droits de la défense.

1240. Serpent de mer de la procédure pénale française, présente de l'aube au crépuscule du Code d'instruction criminelle, rejaillissant de manière cyclique ces dernières décennies, la question de la recomposition de la mise en état des affaires pénales ne s'est jamais autant posée qu'aujourd'hui. Les réflexions sur ses modalités ne demandent désormais qu'à être poursuivies...

Bibliographie

I - Ouvrages généraux

- BECCARIA C., *Traité des délits et des peines*, traduction nouvelle par COLLIN DE PLANEY, précédée d'une notice sur Beccaria, Ed. Brière, 1822, Paris.
- BENOIT-ROHMER F. et KLEBES H., *Le droit du Conseil de l'Europe, Vers un espace juridique paneuropéen*, Éd. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005.
- BERGE J.-S. ET ROBIN-OLIVIER S., *Droit européen, Union européenne et Conseil de l'Europe*, Ed. PUF, Coll. « Thémis », 2^e éd., Paris, 2011.
- BIEBER R. et MAIANI F., *Précis de droit européen*, 2^e éd., Stämpfli Editions SA Berne, PdS, 2011.
- BLUMAN C. ET DUBOIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Ed. Lexis Nexis, Coll. « Manuel », 5^e éd., 2013.
- BURBAN J.-L., *Le Conseil de l'Europe*, 3^e éd., Ed. PUF, Coll. « Que sais-je ? », Paris, 1996.
- CADIET L. et JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, Ed. Lexis Nexis, Coll. « Manuel », 10^e éd., Paris, 2017.
- CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, Coll. « Droit fondamental », 3^e éd., Paris, 2014.
- CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Ed. Flammarion, 1996, Paris.
- COHEN-JONATHAN G., *Aspects européens des droits fondamentaux*, Ed. Montchrestien, 3^e éd., Paris, 2002.
- DELMAS-MARTY M., *Procédures pénales d'Europe*, Ed. PUF, Coll. « Thémis », Paris, 1995.
- DESPORTES F. et LAZERGES-COUSQUER L., *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., Ed. Economica, Coll. « Corpus Droit privé », Paris, 2015.
- DOUCHY-LOUDOT M., MAGNIER V., GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C., LAGARDE X., SINOPOLI L., SOREL J.-M., DELICOSTOPOULOS C., DELICOSTOPOULOS I., RUIZ-FABRI H., *Droit processuel*, Ed. Dalloz, Précis, 2017, Paris.
- DREYER E., *Droit pénal général*, LexisNexis, Coll. « Manuel », 3^e éd., Paris, 2014.
- EISMEIN A., *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XII^e siècle jusqu'à nos jours*, Ed. L. Larose et Forcel, Paris, 1882.
- FLORE D. (avec la collab. de S. BOSLY), *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2^e éd., Ed. Larcier, Coll. « Europe(s) », Bruxelles, 2014.
- GARE T. et GINESTET C., *Droit pénal et procédure pénale*, Ed. Dalloz, Coll. HyperCours, 9^e éd, Paris, 2016.
- GARRAUD R., *Précis de droit criminel*, Ed. L. Larose et L. Tenin, 10^e éd., Paris, 1909.

- GARRAUD R., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. I, Librairie de la société du recueil Sirey, Paris, 1907.
- GARRAUD R., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. II, Librairie de la société du recueil Sirey, Paris, 1909.
- GARRAUD R., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. III, Librairie de la société du recueil Sirey, Paris, 1912.
- GARRAUD R. et P., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome IV, Librairie de la société du recueil Sirey, Paris, 1926
- GASSIN R., CIMAMONTI S. et BONFILS P., *Criminologie*, Ed. Dalloz, Coll. « Précis », 7^e éd., Paris, 2011.
- GUINCHARD S. et BUISSON J., *Procédure pénale*, 10^e éd., Lexis-Nexis, Coll. « Manuel », Paris, 2014.
- HELIE F., *Traité de l'instruction criminelle, ou Théorie du Code d'instruction criminelle. Histoire et théorie de la procédure criminelle*, t. I, 2^e éd., Ed. H. Plon, Paris 1866.
- HELIE F., *Traité de l'instruction criminelle, ou Théorie du Code d'instruction criminelle. De l'action publique et de l'action civile*, t. II, 2^e éd., Ed. H. Plon, Paris, 1866.
- HELIE F., *Traité de l'instruction criminelle, ou Théorie du Code d'instruction criminelle. De la police judiciaire*, t. IV, 2^e éd., Ed. H. Plon, Paris, 1866.
- HAGUENAU-MOIZARD C., GAZIN F. et LEBLOIS-HAPPE J., *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Ed. Larcier, Coll. « Paradigme », 1^e éd., Bruxelles, 2016.
- HUET A. et KOERING-JOULIN R., *Droit pénal international*, Ed. PUF, Coll. « Thémis », 3^e éd., Paris, 2005.
- JACQUE J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, Coll. « Précis », 7^e éd, Paris, 2012.
- KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'Etat*, LGDJ et Bruylant, Paris, 1997 (réimpression de l'édition parue en 1945 à New-York aux éditions Russell and Russell Publishers).
- LOCARD E., *Traité de criminalistique, L'enquête criminelle*, t. VII, Desvognes, Lyon, 1940.
- MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, t. 2, Procédure pénale*, Ed. Cujas, Paris, 2001.
- PRADEL J., *Procédure pénale*, 16^e éd., Ed. Cujas, Coll. « Référence », Paris, 2011.
- PRADEL J., CORTENS G. et VERMEULEN G., *Droit pénal européen*, Ed. Dalloz, Coll. « Précis », 3^e éd., Paris, 2009.
- RASSAT M.-L., *Traité de procédure pénale*, PUF, Coll. « Droit fondamental », Paris, 2001.
- REBUT D., *Droit pénal international*, Ed. Dalloz, Coll. « Précis », 2^e éd, Paris, 2016.
- RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, Ed. LGDJ, Lextenso, Coll. « Manuel », 7^e éd., Paris, 2017.
- RUBI-CAVAGNA E., *L'essentiel du droit pénal de l'Union européenne*, Ed. Galino-Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2014.

STEFANI G., LEVASSEUR G. et BOULOC B., *Procédure pénale*, Ed. Dalloz, Coll. « Précis », 25^e éd., Paris, 2016.

SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Ed. PUF, Coll. « Classiques », 12^e éd., 2015.

SUDRE F., *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », Paris, 2015.

SUDRE F., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., GONZALES G., MARCADIER F., MARGUENAUD J.-P., MILANO L., SURREL H., SZYMCAK D., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Ed. PUF, Coll. « Themis », 8^e éd., Paris, 2017.

VERGES E., *Procédure pénale*, Lexis Nexis, Coll. « Objectif droit », 4^e éd., Paris, 2014.

WACHSMANN P., *Libertés publiques*, Ed. Dalloz, Coll. « Cours », 6^e éd., Paris, 2009.

II. Dictionnaires et Lexiques des termes juridiques

CORNU G. (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., Ed. PUF, Coll. « Quadrige », 2016, Paris.

GUINCHARD S. et DEBARD T. (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 29^e éd., Dalloz, Paris, 2017.

III. Ouvrages spéciaux, Mélanges, Thèses

ALT-MAES F., BARBIERI J.-F., BONFILS P., BONHOMME R. (sous la coord.), *Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Ed. Dalloz-Sirey, Coll. « Etudes Mélanges », Paris, 2006.

ANGEVIN H., *La pratique de la chambre d'instruction*, Lexis Nexis, coll. « Pratique professionnelle », 2^e éd., 2004, Paris.

ASP P. (sous la dir.) *The European Public Prosecutor's Office, Legal and Criminal Policy Perspectives*, Skifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockhoms universitet nr 83, Stockholm, 2015.

BECKHARDT CARDOSO J. et LELIEUR J. (sous la coord.), *Combattre la corruption sans juge d'instruction*, Les hors-série de Secure finance : l'intelligence des nouvelles sécurités juridiques, financières et économiques, Ed. Secure Finance, Paris, 2011.

BINET-GROSCLAUDE A., *L'avant-procès pénal : étude comparée Angleterre-France*, Ed. Bruylant, 2011.

BOT S., *Le mandat d'arrêt européen*, Préf. J. GERKRATH, Ed. Larcier, Coll. « Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg », Bruxelles, 2009.

BOULOC B., *L'acte d'instruction*, Préf. G. STEFANI, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », Paris, 1965.

BRACH-THIEL D. et FOURMENT F. (sous la coord.) *Questions de droit pénal international, européen et comparé, Mélanges en l'honneur du Professeur Alain Fournier*, Institut François Géný, Ed. Universitaire de Lorraine, Nancy, 2013.

- BRAUM S. et WEYEMBERGH A. (sous la dir.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Ed. Université de Bruxelles, Bruxelles, 2009.
- CARTIER M.-E. (sous la dir.), *Le mandat d'arrêt européen*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2005.
- CESONI M.-L. (sous la dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : La normalisation de l'exception*, Bruylant, LGDJ, 2007.
- CEDH, *Dialogue entre juges, La Convention vous appartient*, Strasbourg, janv. 2010, accessible à l'adresse : www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2010_FRA.pdf,
- CEDH, *Guide sur la recevabilité*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2014.
- COHEN-JONATHAN G. et PETITTI L.-E. (sous la dir.), *La réforme de la Cour européenne*, Ed. Nemesis/Bruylant, Coll. « Droit et justice », 2003.
- COLLECTIF, *Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à M. Louis Huguency*, Préf. L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Sirey, Paris, 1964.
- COLLECTIF, *Droit pénal contemporain : Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Ed. Cujas, Paris, 1989.
- COLLECTIF, *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté, Actes du Séminaire organisé par le Contrôle financier et le Service juridique de la Commission des Communautés européennes, les 27, 28 et 29 novembre 1989 à Bruxelles*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1990.
- COLLECTIF, *Mélanges offerts à Gérard Levasseur, Droit pénal, Droit européen*, Ed. Gazette du Palais et Litec, Paris, 1992.
- COLLECTIF, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier*, PUG, Grenoble, 1993.
- COLLECTIF, *Mélanges J. Campinos*, Ed. PUF, Coll. « Publications de la Faculté de droit de Poitiers », Poitiers, 1996.
- COLLECTIF, *Criminalité organisée et ordre dans la société*, Actes du Colloque à Aix-en-Provence des 5, 6 et 7 juin 1996, PUAM, ISPEC, 1997.
- COLLECTIF, *Mélanges Michel Cabrillac*, Ed. Dalloz-Litec, Paris, 1999.
- COLLECTIF, *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Ed. PUF, Coll. « Sinai », Paris, 2001.
- COLLECTIF, *Apprendre à douter. Questions de droit, Questions sur le droit, Etudes offertes à C. Lombois*, PU Limoges, Limoges, 2004.
- COLLECTIF, *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Ed. Dalloz, Coll. « Dossiers des journées d'études », Paris 2004.
- COLLECTIF, *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts André Decocq*, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2004.
- COLLECTIF, *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur de Reynald Ottenbof*, Dalloz, Paris, 2006.
- COLLECTIF, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, Paris, 2006.
- COLLECTIF, *Sciences pénales et sciences criminologiques. Mélanges offerts à Raymond Gassin*, Ed. PUAM, Coll. « Institut de Sciences Pénales et de Criminologie - I.S.P.E.C », Marseille, 2006.

- COLLECTIF, *De code en code : Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, Paris, 2009.
- COLLECTIF, *Code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Ed. Dalloz, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 2010.
- COLLECTIF, *La place de l'avocat pénal dans le procès. Un nouveau défi européen*, Ed. Anthemis, Limal, 2011.
- COLLECTIF, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Ed. Lexis Nexis, Paris, 2012.
- COLLECTIF, *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Ed. Dalloz, Coll. « Etudes, Mélanges, Travaux », Paris, 2014.
- COLLECTIF, *Humanisme et Justice, Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Ed. Dalloz, coll. « Etudes, Mélanges, Travaux », Paris, 2016.
- COLLECTIF, *Entre tradition et modernité, le droit pénal en contrepoint, Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Ed. Dalloz, Coll. « Mélanges, études, travaux, Paris, 2017, p. 507.
- COMITE EUROPEEN POUR LES PROBLEMES CRIMINELS, Livre blanc sur le crime transnational organisé, CDPC(2014)11 rév., 26 juin 2014.
- CONTE P., BADEL M., BANAKAS S. et BERNARD A. (sous la coord.), *Etudes à la mémoire de Christian Lapyade-Deschamp*, Presses universitaires de Bordeaux, Coll. « Bordeaux IV », 2003, p. 571.
- CORIO LAND S., *La place de la victime dans le procès pénal*, Thèse dactyl., Université de Strasbourg, 2009.
- COSTA J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme, Des juges pour la liberté* », 2^e éd., Ed. Dalloz, Coll. « Les sens du droit. Essai », Paris, 2017.
- COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes et Commentaires », Paris, 2007.
- COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *Quel avenir pour le ministère public ?*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2008.
- COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *Quelles perspectives pour un ministère public européen ? protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes et Commentaires », Paris, 2010.
- COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – Droit à un procès équitable (volet pénal)*, éd. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2014.
- CUTAJAR C. (sous la dir.), *Garantir que le crime ne paie pas. Stratégie pour enrayer le développement des marchés criminels*, Préf. J. BARROT, Presses Universitaires de Strasbourg, Coll. « Centre du droit de l'entreprise », Strasbourg, 2010.
- DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (sous la dir.), *Vers un espace judiciaire pénal européen. Towards an European Judicial Criminal Area*, Ed. Université de Bruxelles, Coll. « Institut des Études Européennes », Bruxelles, 2000.
- DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (sous la dir.), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, Ed. Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003.

- DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (sous la dir.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Ed. Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005.
- DECHEPY J., *Les mutations de la chambre de l'instruction, Propositions pour une reconstruction de l'avant-procès pénal autour d'une juridiction du second degré*, Préf. E. VERNY, Bibliothèque des Sciences criminelles, t. 59, L.G.D.J., Lextenxo Editions, 2014, Issy-les-Moulineaux.
- DECIMA O. (sous la dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Ed. Cujas, Coll. « Actes & Etudes », Paris, 2015.
- DELMAS-MARTY M. (sous la dir.), *Procès pénal et droit de l'homme*, Ed. PUF, Coll. « Les voies du droit », Paris, 1992.
- DELMAS-MARTY M. (sous la dir.), *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Economica, Paris, 1993.
- DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Ed. Le Seuil, Paris, 1994.
- DELMAS-MARTY M. (sous la dir.), *Procédures pénales d'Europe*, Ed. PUF, Paris, 1995.
- DELMAS-MARTY M. (sous la dir.), *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Ed. Economica, Paris, 1997.
- DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative*, Coll. « Les voies du droit », Ed. PUF, Paris, 2004.
- DELMAS-MARTY M. et VERVAELE J.A.E. (sous la dir.), *La mise en œuvre du Corpus juris dans les États membres*, Vol. I et II, Antwerpen, Intersentia, 2000.
- DELMAS-MARTY M. et SPENCER J.R. (eds.), *European Criminal Procedures*, Ed. Cambridge University Press, 1^e éd., Cambridge, 2002.
- DELMAS-MARTY M., GIUDICELLI-DELAGE G., LAMBERT ABDELGAWAD E. (sous la dir.), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Ed. Société de législation comparée, Coll. « UMR de droit comparé », Vol. 5, Paris, 2003.
- DELMAS-MARTY M. (sous la dir.), *Critique de l'intégration normative*, Ed. PUF, Coll. « Les voies du droit », Paris, 2004.
- DELMAS-MARTY M., PIETH M. et SIEBER U. (sous la dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Ed. Société de législation comparée, Coll. « UMR de droit comparé », Vol. 15, Paris, 2008.
- DONIER V. et LAPEROU B. (sous la dir.), *La régulation par le juge de l'accès au prétoire*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2013.
- ERKELENS L.H., MEIJ A.W.H. ET PAWLIK M. (éd.), *The European Public Prosecutor's Office, An extended arm or a two-headed dragon ?*, Asser Press, Springer, La Haye, 2015.
- ETRILLARD C., *Le temps dans l'investigation pénale*, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », Paris, 2005, préf. G. FOURNIER.
- EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, « Manifesto on European Criminal Procedure Law », *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2013, pp. 430 et s., spéc. p. 43.
- FALLETTI F. et DEBOVE F., *Planète criminelle. Le crime, phénomène social du siècle ?*, Ed. PUF, Coll. « Criminalité internationale », Paris, 1998.
- GINDRE E., *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*, Ed. LGDJ, Coll. « Thèses », 2010.

- GARNOT B. (sous la dir.), *Les victimes, des oubliées de l'histoire ?*, Presses Universitaires de Rennes, Coll. « Histoire », Rennes, 2000.
- GIUDICELLI-DELAGE G. et LAZERGES C. (sous la dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Ed. PUF, Coll. « Les voies du droit », Paris, 2008.
- GIUDICELLI-DELAGE G. et LAZERGES C. (sous la dir.), *Le droit pénal de l'Union au lendemain du traité de Lisbonne*, Ed. Société de législations comparées, Coll. « UMR de droit comparé de Paris », Paris, 2012.
- GIUDICELLI-DELAGE G. et MANACORDA S. (sous la dir.), *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Ed. Société de Législation comparée, Coll. « UMR de Droit comparé de Paris », Paris, 2005.
- GIUDICELLI-DELAGE G., MANACORDA S. et TRICOT J. (sous la dir.), *Le contrôle judiciaire du parquet européen. Nécessité, modèles, enjeux*, Ed. Société de législation comparée, Coll. « Unité Mixte de Droit Comparé de Paris », Paris, 2015.
- GUILLOT A., *Des Principes du nouveau Code d'instruction criminelle (discussion du projet et commentaire de la loi)*, L. Larose et Forcel, Paris, 1884.
- GUINCHARD S. et BUISSON J. (sous la dir.), *Les transformations de la justice pénale, Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation*, Préf. V. LAMANDA, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », Actes, Paris, 2014.
- HALLER B., *Le rôle de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans la défense des droits de l'homme*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2001.
- HERRAN T., *Essai d'une théorie générale de l'entraide policière internationale*, Thèse dactyl., Université de Pau et Pays de l'Adour, 2012.
- KADDOUS C. et DONY M. (sous le dir.), *D'Amsterdam à Lisbonne, Dix ans d'Espace de liberté, de sécurité et de justice*, Ed. Helbing Lichtenhahn, Bruylant et L.G.D.J, Coll. « Dossiers de droit européen », 2010.
- JEANNE N., *Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public, Etude comparative France-Angleterre*, Thèse dactyl., Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2015.
- JOSSERAND S., *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, LGDJ, « Bibliothèque de sciences criminelles », t. 33, Paris, 1998.
- JUNG H., LEBLOIS-HAPPE J. et WITZ C. (sous la dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, Saarbrücker Studien zum Internationalen Recht, n°44.
- MASSE M., JEAN J.-P. et GIUDICELLI A. (dir.), *Un droit pénal post moderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Ed. PUF, Coll. « Droit et justice », Paris, 2009.
- MATSCHER F. et PETZOLD H., *Mélanges en l'honneur de Gérard J Wiarda*, Ed. Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, 1988.
- MATSOPOULOU H., *Les enquêtes de police*, LGDJ, « Bibliothèque de sciences criminelles », t. 32, Préf. B. BOULOC, Paris, 1996.
- MIHMAN A., *Juger à temps, Le juste temps de la réponse pénale*, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », Paris, 2008.

- MILBURN P. et SALAS D., *Les procureurs de la République : De la compétence personnelle à l'identité collective*, Etude sociologique et étude comparative européenne, t. I, CESDIP/CNRS, CRPJ-ENM et Printemps/CNRS, avec le soutien de la Mission de recherche droit et justice dans le cadre de l'appel à proposition sur « le métier de procureur », 2007.
- MORIZOT-THIBAUT C., *De l'instruction préparatoire (étude critique du Code d'instruction criminelle)*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1906.
- NORD-WAGNER M., *L'urgence en procédure pénale*, Thèse dactyl., Université de Strasbourg, 2005.
- LAZERGES C. (sous la dir.), *Les grands avis de la Commission national consultative des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 2017.
- LE MONNIER DE GOUVILLE P., *Le juge des libertés et de la détention, entre présent et avenir*, thèse, Paris II, Paris, 2011.
- LEBLOIS-HAPPE J., *Quelles réponses à la petite délinquance ? Etude de droit répressif français sous l'éclairage du droit répressif allemand*, Préf. R. KOERING-JOULIN, ISPEC, L.R.D.D., ISPC, 2002, Aix-Marseille.
- LECLERC M. (sous la dir.), *La criminalité organisée*, La Documentation française, Paris, 1996.
- LEMESLES L. et PANSIER F.-P., *Le procureur de la République*, PUF, Que sais-je ?, n°1315, 1998, [Version électronique].
- LEROY J. (sous la dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, Ed. Lexis-Nexis, Université d'Orléans, CRJ Pothier, Paris, 2016.
- KILKELLY U., *Un guide sur la mise en oeuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Ed. Conseil de l'Europe, Coll. Précis du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2003.
- LESTRADE E., *Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse dactyl., Université de Bordeaux IV, 2013.
- LIGETI K. (sous la dir.), *Model Rules for the procedure of the EPPO*, Université de Luxembourg, Luxembourg, accessible à l'adresse : www.eppo-project.eu.
- LIGETI K. (sous la dir.), *Toward a Prosecutor for the European Union*, Vol. 1, A comparative analysis, Hart Publishing, Oxford, 2012.
- PEDRAZZI M., VIARENGO I. et LANG A. (sous la dir.), *Individuals guarantees in the european judicial area in criminal matters/garanties individuelles dans l'espace judiciaire européen en matière pénale*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2011.
- PERRIER J.-B. (sous la dir.), *L'audition libre : de la pratique à la réforme*, éd. LGDJ-Lextenso, Coll. « Hors collection », 2017, Paris.
- PERRODET A., *Etude pour un Ministère public européen*, Ed. LGDJ, Coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », t. 35, Préd. J.-R. Spencer, Paris, 2001.
- PIN X. (sous la dir.), *Mémoire et droit pénal en France et en Allemagne, Gedächtnis und Strafrecht in Frankreich und Deutschland*, 5^e rencontre du droit pénal franco-allemand, Deutsch-französische Strafrechtstagung, Ed. Société de Législation comparée, Colloque. Paris, 2017.

- POTASZKIN T., *L'éclatement de la procédure pénale. Vers un nouvel ordre procédural pénal ?*, Préf. G. ROUJOU DE BOUBÉE, LGDJ, Lextenso-Éditions, Coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », Tome 62, Issy-les-Moulineaux, 2014.
- PRADEL J. et DALLEST J. (sous la dir.), *La criminalité organisée, Droit français, droit international et droit comparé*, Ed. LexisNexis, Coll. « Hors collection, Droit & Professionnels, droit pénal », Paris, 2012.
- RASSAT M.-L., *Le Ministère public entre son passé et son avenir*, LGDJ, Paris, 1967.
- RIBEYRE C. (sous la dir.), *Le contradictoire dans le procès pénal. Nouvelles perspectives*, Actes du colloque organisé le 8 décembre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles, Ed. Cujas, Coll. « Actes et Etudes », Paris, 2012.
- RIBEYRE C. (sous la dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes & Commentaires », Paris, 2016.
- ROUX-DEMARRE F.-X., *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, Thèse dactylographiée, Université Jean Moulin, Lyon 3, sept. 2012, publiée, Ed. Dalloz, ENM, Préf. J. PRADEL, Postface A. AZIZ-BEYACHE, 2014.
- SAENKO L. (sous la dir.), *Le nouveau Code pénal 20 ans après, état des questions*, LGDJ, Lextenso Editions, 2014.
- SAINT-PAU J.-C. (sous la dir.), *De quelques aspects de l'enquête en droit étrangers et comparés, Acteurs – Droits du suspect*, Travaux de l'Institut de Sciences criminelles et de la Justice de Bordeaux, Ed. Cujas, Paris, 2015.
- SENATORE A., *Constitution française et Europe de la Justice pénale. De la coopération policière et judiciaire au Parquet européen*, Thèse dactyl., Université Aix-Marseille III, 2007.
- TADROUS S., *La place de la victime dans le procès pénal*, Thèse dactyl., Université de Montpellier, 2014.
- TOUILLIER M., *Procédure pénale de droit commun et procédures pénales d'exception*, Thèse dactyl. Université de Montpellier, 2012.
- UNION DES AVOCATS EUROPEENS, *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Ed. Bruylant, 2001.
- VERNIMMEN VAN-TIGGELEN G. et SURANO L., *Étude, Analyse de l'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale au sein de l'Union européenne, Rapport final*, Ed. Université de Bruxelles, Coll. « I.E.E., ECLAN », Bruxelles, 2008.
- VIENNOT C., *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, Préf. P. PONCELA, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », Vol. 120, Paris, 2012.
- VITKAUSKAS D. et DIKOV G., *La protection du droit à un procès équitable par la Convention européenne des droits de l'homme*, Série Précis du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2012.
- VOLFF J., *Le ministère public*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1998 [Version électronique].
- ZEROUKI-COTTIN D. (sous la dir.), *L'espace pénal européen : à la croisée des chemins ?*, Ed. La Charte, Coll. « Les dossiers de la R.D.P.C. », Bruxelles, 2014.

IV. Encyclopédies et Répertoires

- J.-Cl. Droit international*, « Fasc. 155-10 : Conseil de l'Europe – Objectifs et structures politiques », 2009, E. DECAUX et M. EUDES,.
- J.Cl. Droit international*, « Fasc. 155-20 : Conseil de l'Europe – Activité normative », 2009, E. DECAUX et M. EUDES,.
- J.-Cl. Europe Traité*, « Fasc. 2700 : Coopération judiciaire pénale », 2009 (mis à jour en 2012), A. WEYEMBERGH.
- J.-Cl. Europe Traité*, « Fasc. 2720, Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne », 2009, A. WEYEMBERGH.
- J.-Cl. Europe Traité*, « Fasc. 2730, Mandat d'arrêt européen », 2013, D. SIRITSKY.
- J.-Cl. Europe Traité*, « Fasc. 2620 : Espace de liberté, de sécurité et de justice. - Cadre général », 2009, H. LABAYLE.
- J.-Cl. Europe Traité*, « Fasc. 2680 : Coopération policière dans l'Union européenne », 2009, S. DE BIOLLEY.
- J.-Cl. Europe Traité*, « Fasc. 2690 : Europol », 2009, S. DE BIOLLEY.
- J.-Cl. Procédure pénale*, « Fasc. 20 : Interception des correspondances émises par la voie des communications électroniques », 2017, J. DUMONT, actualisation J.-C. FOMBONNE.
- J.-Cl. Procédure pénale*, « Fasc. 20, Entraide judiciaire internationale – Mandat d'arrêt européen », 2013 (mise à jour 2017), M.-A. CHAPELLE, actualisation J.-Y. MARECHAL.
- J. Cl. Procédure pénale*, « Fasc. 20 : Entraide judiciaire internationale – Dispositions générales », 2010 (mise à jour 2016), O. BEAUVALLET.
- J. Cl. Procédure pénale*, « Fasc. 30 : Les commissions rogatoires internationales », 2010 (mise à jour 2015), O. BEAUVALLET.
- J. Cl. Procédure pénale*, « Fasc. 20 : Entraide judiciaire internationale – Dispositions propres à l'entraide entre la France et les autres États membres de l'Union européenne », 2013 (mise à jour 2016), O. BEAUVALLET.
- J.-Cl. Procédure pénale*, « Fasc. 20 : Europol », 2010, O. BEAUVALLET.
- J.-Cl. Procédure pénale*, « Fasc. 20 : Infractions en matière économique et financière - Poursuite. Instruction. Jugement. – Assistants spécialisés », 2005 (mise à jour 2016), A. BLANCHOT.
- J. Cl. Procédure pénale*, « Fasc. 20 : Procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisée - Poursuite. Instruction. Jugement. Assistants spécialisés. – Dispositions dérogatoires de procédure », 2011 (mise à jour 2017), T. MEINDL.

- Répert. Dalloz Droit communautaire*, v° « Coopération et harmonisation », 2011, A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, 2011.
- Répert. Dalloz de Droit Communautaire*, v° « Espace de liberté, de sécurité et de justice », 2013, A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST.
- Répert. Dalloz Droit international*, v° « Entraide judiciaire (Matière pénale) », 2013, B. AUBERT.
- Répert. Dalloz Droit International*, v° « Mandat d'arrêt européen », 2012, C. MAURO.
- Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Action publique », 2017, F. MOLINS.
- Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Audition libre », 2015, M. JACQUELIN.
- Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Comparution immédiate », 2016, par C. GUERY.
- Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Convention européenne des droits de l'homme (Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale) », 2017, P. DOURNEAU-JOSETTE.
- Répertoire Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Coopération policière internationale », 2010, V. GAUDIN et E. ROUX.
- Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Cybercriminalité », 2013, F. CHOPIN.
- Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Détention provisoire », 2017, C. GUERY.
- Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Enquête préliminaire », 2017, J. BUISSON.
- Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Instruction préparatoire », 2016, C. GUERY.
- Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Mandat d'arrêt européen », 2013, L. RIUNY.
- Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Ministère public », 2015, F. MOLINS.
- Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Juge des libertés et de la détention », 2014, C. LACROIX.
- Répert. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, v° « Témoin assisté », 2015, C. GUERY.
- Répert. Dalloz Procédure civile*, v° « Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice », 2013, S. GUINCHARD.

V. Articles et notes

- AMBROISE-CASTEROT C., « Quelle place pour l'avocat en garde à vue », in COLLECTIF, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Lexis Nexis, Paris, 2012, p. 1.
- ALLAIN E., « Les nouveaux droits de la défense », *AJ pén.* 2014, p. 261.
- ALLAIN E., « L'audition libre des suspects », *AJ pén.* 2014, p. 549.
- ALEXANDROVA V., « Chapter 2 : Presentation of the Commission's Proposal on the Establishment of the European Public Prosecutor's Office », in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ et M. PAWLIK (éd.), *The European Public Prosecutor's Office, An extended arm or a two-headed dragon ?*, Asser Press, Springer, La Haye, 2015, p. 11.
- ALIX J., « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *D.* 2011, p. 1699.
- ALIX J., « Les hésitations de la politique criminelle », *RSC* 2013, p. 677.
- ALIX J., « La (lente) réception en France des acquis de l'Union européenne en matière de droits de défense », *ACP* 2015/1, n°37, pp. 27.
- ASCENCI L., « Les saisies et confiscations en matière pénales après la loi du 9 juillet 2010 : l'édifice inachevé », *AJ p.én.* 2015, p. 228.
- AUBUSSON DE CAVARLAY B., SYLVIE M.-A., POTTIER M.-L., *Les statistiques criminelles de 1831 à 1981*. CESDIP, *Déviance et contrôle social*, n° 51, 1989, p. 186.
- AUDEBERT R., « Les droits du gardé à vue », Dossier « La pratique du droit », *Gaz. Pal.* 30 juil. 2013.
- BACHELET O., « La réforme de la garde à vue : un jeu d'ombre et de lumière », *Gaz. Pal.*, 2 fév. 2010, p. 10.
- BACHELET O., « La France, le parquet et les droits de l'homme : l'importune opiniâtreté de la Cour européenne », *Gaz. Pal.* 8 déc. 2010, p. 6.
- BACHELET O., « Privation de liberté suivie d'une garde à vue : condamnation de la France – Cour européenne des droits de l'homme 27 juin 2013 », *D.* 2013. 1687.
- BACHELET O., « La « garantie judiciaire », la garde à vue et les perquisitions », *Dalloz actualité*, 30 oct. 2013.
- BANG H., MADSEN F. et ELHOLM T., « Chapter 2 : EPPPO and the Principle of Subsidiarity », in P. ASP (sous la dir.) *The European Public Prosecutor's Office, Legal and Criminal Policy Perspectives*, Skifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockhoms universitet nr 83, Stockholm, 2015, p. 31.
- BARBE E., « Le protocole [anti-blanchiment] à la convention du 29 mai 2000 d'entraide judiciaire en matière pénale de l'Union européenne », *D.*2002, chron. 1922.
- BARBE E., « Le point sur dix années d'existence des magistrats de liaison », *L'observateur de Bruxelles*, n°54, déc. 2003, p. 12.

- BARBE E., « Recherche recours préjudiciel désespérément », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (sous la dir.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Ed. Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005, p. 152.
- BARBE E., « L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit pénal français : de l'ombre à la lumière », *AJ pén.* 2011, p. 438.
- BASTARD B. et MOUHANA C., « L'urgence comme politique pénale ? Le traitement en temps réel des affaires pénales », *Arch. pol. crim.*, 2006/1, p. 155.
- BEAUME J., « *Le parquet : après trois décennies, la nécessité d'un nouvel équilibre* » in COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *Quel avenir pour le ministère public ?*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2008, p. 158.
- BEAUSSONIE G., « La nouvelle garde à vue est-elle plus contradictoire ? », *Gaz. Pal.* 2014, n°208, p. 13.
- BEAUSSONIE G., BOTTON A., CASTELLA C., DUPUIS F., FERNANDEZ S., DE LAMY B., SANCHEZ M., SOURZAT C. et TAUPIAC G., « Contribution à l'étude de la notion "d'autorité judiciaire" », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, opinio doctorum*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2009, p. 161.
- BEAUSSONIE G. et BOTTON A., « Analyse comparée des droits des parties privées durant l'enquête et l'instruction », *Gaz. Pal.* 18 juil. 2017, p. 84.
- BEAUVAIS P., « Les acteurs institutionnels de l'espace pénal européen », *Dr. pén.* 2010, ét. p. 10.
- BEAUVAIS P., « Discussions » in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (sous la dir.), *Le droit pénal de l'Union au lendemain du traité de Lisbonne*, Ed. Société de législations comparée, Coll. « UMR de droit comparé de Paris », Paris, 2012, p. 79.
- BEAUVAIS P., « Reconnaissance mutuelle des décisions de protection des victimes », *RTD eur.* 2012, p. 886.
- BEAUVAIS P., « Nouvelle directive sur le droit des victimes », *RTD eur.* 2013, p. 805.
- BEAUVAIS P., « Politique pénale et séparation des pouvoirs » in COLLECTIF, *Politique(s) criminelle(s)*, Mélanges en l'honneur de C. LAZERGES, Dalloz, Coll. « Etudes, mélanges & travaux », Paris, 2014, p. 87.
- BEAUVAIS P., « De l'entraide judiciaire à l'enquête pénale européenne - A propos de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne », *RTD Eur.* 2015, p. 777.
- BELIN P. et PONS T., « Juge d'instruction et avocat : vous avez dit contradictoire ? », *AJ pén.* 2007, p. 315.
- BELLOIR P., « Perquisition et saisie en matière de lutte contre la cybercriminalité », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2010/60, p. 71.
- BENICHOU D., « Accès à un compte de données personnelles à l'insu de son titulaire : aspects techniques et juridiques », *AJ pén.* 2013, p. 451.
- BENOIT L., « Le mandat d'arrêt européen », *Rev. Marché Commun*, 2003. 106.

- BENOIT-ROHMER F., « L'adoption de trois directives visant au renforcement des droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales », *RTDE* 2017, p. 354.
- BENLOLO-CARABOT M. et BEAUVAIS P., « L'Union européenne adopte trois nouvelles directives en 2016 relatives aux droits procéduraux fondamentaux en matière pénale », *RTD eur.* 2016, p. 787.
- BERNARDI A., « Stratégies pour une harmonisation des systèmes pénaux européens », *Arch. pol. crim.*, 2002/1, n°24, p. 195.
- BERNASCONI P., « Les infractions transfrontières : terrorisme, trafic de stupéfiants et délits financiers », in M. DELMAS-MARTY (sous la dir.), *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Economica, Paris, 1993, p. 80.
- BEZIZ-AYACHE A., « La nouvelle procédure de gel des biens ou d'éléments de preuves », *AJ pén.* 2005, p. 410.
- BISIOU Y., « Enquête proactive et lutte contre la criminalité organisée en France », in M.-L. CESONI (sous la dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : La normalisation de l'exception*, Bruylant, LGDJ, 2007, p. 350.
- BITZILEKIS N., « Chapter 6 : The definition of ancillary competence according to the proposal for an EPPO-regulation », in P. ASP (sous la dir.) *The European Public Prosecutor's Office, Legal and Criminal Policy Perspectives, Skifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockhoms universitet nr 83*, Stockholm, 2015, p. 112.
- BOLLE A., « Une loi pour 'frapper les délinquants au portefeuille', A propos de la loi du 9 juillet 2010 visant la saisie et la confiscation en matière pénale », *Gaz. Pal.* 19 août 2010, p. 12.
- BONFILS P., « Faut-il changer notre procédure pénale ? », *D.* 2010, p. 158.
- BONIS-GARÇON E. ET DECIMA O., « Le parquet et les sirènes de l'indépendance – A propos du projet de loi du 27 mars 2013 et du projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013 », *JCP. éd. G.*, 22 avril 2013.460.
- BONIS-GARÇON E. ET DECIMA O., « Grâce et disgrâce des instructions hiérarchiques. - À propos de la loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique », *JCP éd. G.* 2013. 955.
- BORE J., « La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire », in COLLECTIF, *Droit pénal contemporain : Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Ed. Cujas, Paris, 1989, p. 25.
- BOTTON A., « Droit à l'information dans le cadre des procédures pénales : un projet de loi contrasté », *D.* 2014, p. 431.
- BOTTON A., « Le rôle du Conseil constitutionnel dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale », in O. DECIMA (sous la dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Ed. Cujas, Coll. « Actes & Etudes », Paris, 2015, p. 55.
- BOTTON A., « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale. - À propos du Titre II de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *JCP éd. G.* 2016, Aperçu 777.

- BOULOC B., « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne », *in* COLLECTIF, *Mélanges offerts à Gérard Levasseur, Droit pénal, Droit européen*, Gazette du Palais et Litec, Paris, 1992, p. 103.
- BOULOC B., « Les abus en matière de procédure pénale », *RSC* 1991, p. 221.
- BOULOC B., « Loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *RSC* 2004, p. 675.
- BOULOC B., « Chronique législative : étude de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *RSC* 2005, p. 107.
- BOURGUIGNON J., « La réforme de la garde à vue : l'avis d'un juge d'instruction », *Gaz. Pal.*, spéc. 6-7 juil. 2011, p. 33.
- BRACH-THIEL D., « Quid d'une garde à vue antérieure au 9 octobre 2014 pour des faits d'escroquerie en bande organisée ? », *AJ pén.* 2015, p. 382.
- BROCHIER M. et LEE K., « À propos d'une disposition oubliée : l'article 706-106 du code de procédure pénale », *AJ pén.* 2009, p. 447.
- BRENES VARGAS R. et POLETTI ADORNO A., « La victime en Espagne : acteur privilégié du procès pénal », G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (sous la dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Ed. PUF, Coll. « Les voies du droit », Paris, 2008, p. 86.
- BRIAN L., « Lutte contre la piraterie maritime : la France renforce son arsenal législatif, note sous Loi numéro 2011-13 du 5 janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État en mer », *Gaz. Pal.* 2011, n°19-20, p. 8.
- BRILLAT M., « De la relativité (géographique) du droit (fondamental) à l'assistance d'un avocat. Réflexions sur le fonctionnement interne de la Cour européenne des droits de l'homme », *Cahiers de droit européen*, 2015, p. 469.
- BRONDEL S., « Changement de circonstances justifiant le réexamen d'une disposition déclarée constitutionnelle », *AJDA* 2010, p. 1556.
- BÜCK V., « Le Conseil constitutionnel et les réformes pénales récentes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, mai 2001, n°10.
- BUISSON J., « Équilibre de la procédure pénale », *Procédures* 2007, ét. 4.
- BUISSON J., « Équilibre de la procédure pénale », *Procédures* 2007, comm. 118.
- BUISSON J., « Lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *Procédures* 2014, comm. 82.
- BUISSON J., « Droit à l'information », *Procédures* 2014, n°7, comm. p. 28.
- BUISSON J., « La géolocalisation enfin prévue par une loi », *Procédures* 2014, n°8, p. 6.
- BUISSON J., « Parution du nouvel arsenal de lutte contre le terrorisme », *Procédures* 2016, comm. 239.
- CADIET L., « Statut du parquet : le retour. Mais lequel ? », *Procédures* 2017, rep. 8.
- CAHN O., « Nouvelle étape dans l'adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne », *JCP éd. G.* 2015, Aperçu rapide 1018.

- CAHN O., « Réflexions désabusées sur le chapitre I du titre I de la loi n° 2016731 du 3 juin 2016 », *AJ pén.* 2016, p. 408.
- CAHN O., « Introduction aux coopérations policières de l'Union européenne, *Cahiers de la Sécurité et de la Justice*, 2016, n°38, p. 97.
- CALEB M., « Considérations sur le nouveau projet de code d'instruction criminelle », *RSC* 1952, p. 19.
- CAMOUS E., « Les saisies en procédure pénale : un régime juridique modernisé. - Commentaire des dispositions pénales de droit interne de la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale », *Dr. pén.* 2011, ét. 1.
- CAMOUS E., « L'enquête à décharge menée par le procureur de la République », *Gaz. Pal.* 18 juil. 2017, p. 88.
- CANIVET G., « Intervention », in G. COHEN-JONATHAN et L.-E. PETTITI (sous la dir.), *La réforme de la Cour européenne*, Ed. Nemesis/Bruylant, Coll. « Droit et justice », 2003, p. 73.
- CANIVET G., « 1958-2005 : Que reste-t-il du code de procédure pénale ? – Propos introductifs », in COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes et Commentaires », Paris, 2007, p. 5.
- CAPDEPON Y., « Quelle place pour le suspect ? » in O. DECIMA (sous la dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête*, Edition Cujas, Coll. « Actes & Etudes » Paris, 2015, p. 101.
- CAPPELLO A., « La promptitude du contrôle de la garde à vue », *AJ pén.* 2016, p. 133.
- CARRERE S., « Le juge des libertés et de la détention : du juge de la détention à l'instruction, au juge des libertés dans l'enquête », *Gaz. Pal.* 2014, n°233, p. 27.
- CARILLO-SALCEDO J.-A., « Vers la réforme du système juridictionnel de garantie et contrôle institué par la Convention européenne des droits de l'homme », in COLLECTIF, *Mélanges J. Campinos*, Ed. PUF, Coll. « Publications de la Faculté de droit de Poitiers », Poitiers, 1996, p. 175.
- CARTOU L., « Les deux accords Schengen (suite et fin), La Convention complémentaire du 19 juin 1990 », *LPA* 21 déc. 1994, p. 19.
- CARTIER M.-E., « Déplacer le tabouret ou le piano. Quelques réflexions sur un nouvel instrument : le mandat d'arrêt européen », in COLLECTIF, *Apprendre à douter. Questions de droit, Questions sur le droit, Etudes offertes à C. Lombois*, PU Limoges, Limoges, 2004, p. 639.
- CASORLA F., « Le cas français. L'approche du magistrat », in *Inquisitoire-accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ? RIDP*, 1^e et 2^e sem. 1997, p. 83.
- CASORLA F., « La célérité du procès pénal en droit français », *RIDP* 1995, Vol. 66, p. 521.
- CASORLA F., « Le point de vue du magistrat – Vers l'inconstitutionnalité pour inconventionnalité du code de procédure pénale ? », *RPDP* 2010, p. 615.
- CASSIA P., « Les gardes à vue 'particulières' ne sont plus conformes à la Constitution », *D.* 2010, p. 1949.
- CASSUTO T., « Le nouveau dispositif législatif de l'Union en faveur des victimes de la criminalité », *AJ pén.* 2013, pp. 534-538.

- CASSUTO T., « La directive concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale », *AJ pén.* 2014, p. 338.
- CASSUTO T., « La directive relative à l'accès à l'avocat et au droit de communiquer après l'arrestation », *Rev. Lamy, droit des affaires*, 2014, p. 71.
- CASSUTO T., « Dernières directives relatives aux droits procéduraux », *AJ pén.* 2016, p. 314.
- CATELAN N., « Lutte contre la délinquance économique », *RSC* 2014, p. 393.
- CEDRAS J., « La constitutionnalisation de la procédure pénale en France et aux États-Unis », *RIDP* 2011/3 (Vol. 82), p. 445.
- CERE J.-P. (avec la collab. de P. REMILLEUX), « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *AJ pén.* 2003, p. 45.
- CHAFAI A., « Le mandat d'arrêt européen : outil de capture ou idée captivante ? » *Gaz. Pal.* n°108, 17 avril 2004, p. 2.
- CHAMBON P., « La loi du 8 décembre 1897, sur l'instruction préalable et la jurisprudence de la Cour de cassation », *JCP.* 1959.I.979.
- CHAMPY G., « Inquisitoire – Accusatoire devant les juridictions pénales internationales », *Revue internationale de droit pénal*, 68e année, 1e et 2e trim. 1997, p. 149.
- CHAPLEAU B., « L'audition libre des mineurs à l'aune de la Loi du 27 mai 2014 », *D.* 2014, p. 1506.
- CHARBONNEAU C. et PANSIER F.-J., « La loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence : première approche », *Gaz. Pal.* 21-22 juin 2000, p. 11.
- CHARBONNEAU C. et PANSIER F.-J., « Commentaire article par article de la loi sur la présomption d'innocence (1^e Partie) », *Gaz. Pal.* 29 juin 2000, p. 3.
- CHARBONNEAU C. et PANSIER F.-J., « Commentaire article par article de la loi sur la présomption d'innocence (suite et fin) », *Gaz. Pal.* 30 juin 2000, p. 6.
- CHARLES J.-B. et COUTY E., « Loi relative à la piraterie maritime : le législateur rétablit l'arsenal pénal maritime », *Rev. dr. transp.* 2011, ét. n°6.
- CHARRIERE-BOURNAZEL C., « La réforme de la garde à vue : l'avis d'un avocat », *Gaz. Pal.*, spéc. 6-7 juil. 2011, p. 17.
- CHARRIERE-BOURNAZEL C., « La réforme de la garde à vue : l'avis d'un avocat », *RPDP* 2011, p. 17.
- CHARVET D., « Réflexions autour du plaider-coupable », *D.* 2004, chron. n°35.
- CHAUSSERIE-LAPREE D., « La poursuite des infractions par le parquet spécialisé des juridictions interrégionales » in J. PRADEL et J. DALLEST (sous la dir.), *La criminalité organisée, Droit français, droit international et droit comparé*, Ed. LexisNexis, Coll. « Hors collection, Droit & Professionnels, droit pénal », Paris, 2012, p. 167.
- CHAVENT-LECLERE A.-S., « Le parquet n'a pas l'indépendance requise pour assurer le contrôle de la garde à vue », *Procédures* 2011, comm. 30.
- CHAVENT-LECLERE A.-S., « La promptitude au secours de l'indépendance du Parquet ! », *Procédures* 2011, comm. 67.

- CHAVENT-LECLERE A.-S., « Adaptation de procédure pénale aux engagements européens : Loi n°2013-711 du 5 août 2013 », *Procédures* 2013, ét. 11.
- CHAVENT-LECLERE A.-S., « Irrégularité des interceptions de courriers électroniques stockés antérieurement à l'autorisation », *Procédures* 2015, comm. 309.
- CHEVRIER E., « À propos de la loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la justice, procédures de gel de biens ou d'éléments de preuve », *AJ pén.* 2005, p. 302.
- CHILSTEIN D., « Remarques sur le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (sous la dir.), *Le droit pénal de l'Union au lendemain du traité de Lisbonne*, Ed. Société de législations comparée, Coll. « UMR de droit comparé de Paris », Paris, 2012, p. 217.
- CHOPIN F., « Le mouvement de réformes des systèmes de justice pénale – Compte-rendu des tables rondes », in *Inquisitoire-accusatoire : un écronlement des dogmes en procédure pénale ? RIDP*, 1^e et 2^e sem. 1997, p. 199.
- CLEMENT G. et CLEMENT B., « Le double visage des perquisitions et saisies », in D. BRACH-THIEL et F. FOURMENT (sous la coord.) *Questions de droit pénal international, européen et comparé, Mélanges en l'honneur du Professeur Alain Fournier*, Institut François GénY, PUN, Ed. Universitaire de Lorraine, 2013, Nancy, p. 59.
- CLERC O., « Le juge des libertés et de la détention et la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue », *Gaz. Pal.*, spéc. 6-7 juil. 2011, p. 30.
- COCHE A., « Le comité de réflexion sur la justice pénale ou les droits perdus du justiciable ? (à propos de la phase préparatoire du procès pénal) », *D.* 2009, p. 2765.
- COHEN G., « Le mandat d'arrêt européen, mirage ou faux-semblant ? », *Gaz. Pal.*, 9 avril 2002, p. 27.
- COHEN-JONATHAN G., « Les écoutes téléphoniques », in F. MATSCHER et H. PETZOLD, *Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Ed. Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, 1988, p. 104.
- COHEN-JONATHAN G., « Le protocole n°11 et la réforme du mécanisme international de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme », *Europe*, nov. 1994, chron. 8.
- COHEN-JONATHAN G., « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Mélanges Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 56.
- COLLET P., « Précisions sur le contrôle des motifs de la garde à vue », *JCP éd. G.* 2017.468.
- COLOMBINI A., « Considérations sur le projet du Code d'instruction criminelle », *JCP éd. G.* 1950. I. 854.
- CONINSX M., « Le renforcement des dispositifs existants et la protection des intérêts fondamentaux de l'Union européenne. Eurojust et le Parquet européen », in COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *Quelles perspectives pour un ministère public européen ? protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes et Commentaires », Paris, 2010, p. 113.

- CONINSX M., « Eurojust. Une réponse judiciaire, plus solide que jamais de l'Union européenne, *Cahiers de la Sécurité et de la Justice*, 2016, n°38, p. 75.
- CONTE P., « Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. Pén.*, 2009, ét. 11.
- CONTE P., « Bas les masques ! », *Dr. pén.* 2016, rep. n°6, p. 12.
- COSTA J.-P., « Le principe de subsidiarité et la protection des droits de l'homme », *Les Conférences du Conseil d'État - Cycle 2010-2011 : Le droit européen des droits de l'homme - Intervention de Jean-Paul Costa, président de la Cour européenne des droits de l'homme*, 19 avril 2010.
- COULON J.-M., « Entrée en vigueur de la loi 'présomption d'innocence' », interview par. P. Rance, *D.* 2000, act. 5.
- COVOLO V., « Et la judiciarisation de l'espace pénal de l'Union fut ... Mais où se cache le juge pénal européen ? », *Cab. dr. eur.*, 2011/1, p. 103.
- CRAS S. et DE MATTEIS L., « The Directive on the Right to Interpretation and Translation in Criminal Proceedings : Genesis and Description », *Eu crim*, 2010/4, p. 162.
- CUTAJAR C., « Garantir que "le crime ne paie pas" ». - A propos des dix priorités stratégiques proposées par la Commission européenne », *JCP éd. G.*, 2008, act. 733.
- CUTAJAR C., « Commentaire des dispositions de droit interne de la loi du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale », *D.* 2010, p. 2305.
- CUTAJAR C., « Le nouvel arsenal de lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *JCP éd. E.* 2014, n°4, p. 9.
- CUTAJAR C., « Pour un Parquet européen indépendant », *Dalloz actualité*, 19 octobre 2017.
- CUTAJAR C., « Le Parlement européen donne son accord pour la création d'un Parquet européen », *JCP éd. G.* 2017.1127.
- CUTAJAR C., « Le Parquet européen pour lutter contre la fraude financière à l'échelle de l'Union », *JCP éd. G.* 2017.1146.
- CSONKA P.-J., "The Council of Europe's Convention on Cyber-crime and Other European initiatives", *RIDP* 2006/3, p. 473.
- CSONKA P.-J., « Le choix du juge national par la Commission » in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA et J. TRICOT (sous la dir.), *Le contrôle judiciaire du parquet européen. Nécessité, modèles, enjeux*, Ed. Société de législation comparée, Coll. « Unité Mixte de Droit Comparé de Paris », Paris, 2015, p. 155.
- CUSSON M., « La notion de crime organisé », in COLLECTIF, *Criminalité organisée et ordre dans la société*, Colloque Aix-en-Provence, 5, 6 et 7 juin 1996, PUAM, ISPEC, 1997, p. 29.
- D'HAUTEVILLE A., « Les droits des victimes », *RSC* 2001, p. 107.
- DALLEST J., « L'ouverture d'une information, une nécessité résiduelle », *AJ pén.* 2004, p. 346.
- DANET J., « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *Arch. pol. crim.* 2003, n° 25, p. 37.

- DANET J., « La justice pénale face aux exigences de sécurité et de liberté », *in* La justice, réformes et enjeux, La Documentation française, Cahiers français, Paris, 2006, n° 334, p. 9.
- DANET J., « Le nouvel alinéa de l'article préliminaire du code de procédure pénale nous prémunit-il des erreurs judiciaires ? », *AJ Pén.* 2011, p. 331.
- DANET J., « Le défèrement au procureur sans assistance d'un avocat : une conformité à la constitution avec réserve, signe d'une réponse fragile », *RSC* 2011, p. 414.
- DANET J., « Nullités : qualité à agir et atteinte aux intérêts de la personne concernée, vers une régression des droits de la défense ? », *RSC* 2013, p. 591.
- DANLOS B., « De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale », *AJ pén.* 2014, p. 406.
- DAOUD E. et AKKORI A., « Plaidoyer pour l'accès au complet dossier en cours de garde à vue. Quand la Chancellerie fait mine d'ignorer les standards de procédure européens », *Lamy Droit pénal des affaires*, 2014, n°138.
- DAOUD E. (avec la collab. A. JACQUIN), « Le juge des libertés et de la détention, avatar ou résurrection ? », *Dalloz actualité*, 8 juil. 2016.
- DAOUD E. et JACQUIN A., « L'effectivité du principe du contradictoire », *AJ pén.* 2016, p. 112.
- DE ANGELIS F., « L'espace judiciaire pénal européen : une vision se concrétise », *ERA Forum*, 2011, Vol. 12, p. 43.
- DE ANGELIS F., « Le corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne : origines et perspectives », *D.* 1998, p. 221.
- DE COMBLES DE NAYVES P. et MERCINIER E., « Comparutions immédiates : la défense in situ », *AJ pén.* 2011, p. 18
- DI FEDERICO G., « L'indépendance du ministère public et le principe de responsabilité en Italie : l'analyse d'un cas déviant du point de vue comparé », *Dr. et soc.*, 1998, p. 88.
- DE GOUTTES R., « *Variations sur l'espace pénal européen* », *D.* 1990, p. 245.
- DE GOUTTES R., « *De l'espace judiciaire pénal européen à l'espace judiciaire pénal pan-européen* », *in* COLLECTIF, *Droit pénal, Droit européen, Mélanges offerts à G. Levasseur*, Ed. Gazette du Palais, Litec, Paris, 1992, p. 3.
- DE GOUTTES R., « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité », *RSC* 2003, p. 63.
- DE KERCHOVE G., « L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere », *in* G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (sous la dir.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Ed. Université de Bruxelles, Coll. « I.E.E. », Bruxelles, 2000, p. 4.
- DE KERCHOVE G., « Améliorations institutionnelles à apporter au titre VI du traité sur l'Union européenne afin d'accroître l'efficacité et la légitimité de l'action de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité intérieure », *in* G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (sous la dir.), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, Ed. Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, p. 19.
- DE LAROSIERE DU CHAMPFEU H., « L'instruction préparatoire à l'épreuve des lois des 4 janvier et 24 août 1993 : Egalité et responsabilité », *Gaz. Pal.* 27 août 1996, doct., p. 965.

- DE LAMY B., « La loi n°2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (Crime organisé – Efficacité et diversification de la réponse pénale) », *D.* 2004, p. 1910.
- DE LAMY B., « La confiance mutuelle comme fondement du mandat d’arrêt européen. Un peu mais pas trop ... pour l’instant », in COLLECTIF, *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Les droits et le droit*, Dalloz, Paris, 2007, p. 559.
- DE LAMY B., « L’incidence des réformes de procédure pénale sur les acteurs du procès », *Dr. pén.* 2007, rep. 8.
- DE LAMY B., « Le juge des libertés et de la détention : un trompe l’œil ? », *Dr. pén.* 2007, ét. 13.
- DE LAMY B., « L’avancée des garanties en matière de garde à vue ou la consécration d’un basculement de la procédure pénale vers la phase policière ? », *RSC* 2011, p. 165.
- DE LAMY B., « La Cour européenne des droits de l’homme, protectrice des droits fondamentaux », *Dr. pén.* 2011, ét. 12.
- DE MATTEIS L., « Les améliorations récentes des dispositifs de lutte contre la fraude au budget de l’Union et contre les atteintes aux intérêts financiers de l’Union », *Quelles perspectives pour un ministère public européen ? protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l’Union*, Dalloz, Thèmes et Commentaires, Paris, 2010, p. 125.
- DEBOVE F., « Vers un droit pénal de la criminalité organisée ? », *LPA*, n° 226, p. 4.
- DEBOVE F., « Garde à vue : entre cadence et décadence », in COLLECTIF, *Mélanges en l’honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Lexis Nexis, Paris, 2012, p. 191.
- DEBOVE F., « L’enquête préliminaire est-elle encore différente de l’enquête de flagrance ? », in COLLECTIF, *Entre tradition et modernité, le droit pénal en contrepoint, Mélanges en l’honneur d’Yves Mayaud*, Ed. Dalloz, Coll. « Mélanges, études, travaux », Paris, 2017, p. 507.
- DECHENAUD D., « La clandestinité en procédure pénale », in COLLECTIF, *Mélanges en l’honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Lexis Nexis, Paris, 2012, p. 213.
- DECIMA O., « Irrésistible juridictionnalisation ? », in O. DECIMA (sous la dir.), *La juridictionnalisation de l’enquête pénale*, Ed. Cujas, Coll. « Actes & Etudes », Paris, 2015, p. 11.
- DECIMA O., « A la recherche du temps perdu en garde à vue », *Dr. pén.* 2015, ét. 5.
- DECIMA O., « Terreur et métamorphose -À propos de la loi n° 2016731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme », *D.* 2016, p. 1828.
- DECRAMER K. et GYSELAERS L., « La victime dans la procédure pénale belge : victime de son succès ? », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (sous la dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Ed. PUF, Coll. « Les voies du droit », Paris, 2008, p. 68.
- DEFFERRARD F., « La dénaturation du ‘plaider coupable’ après la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit et d’allègement des procédures », *Dr. pén.* 2009, ét. 13.
- DELAGE P.-J., « La sanction des nullités de la garde à vue : de la sanction juridictionnelle à la “sanction parquetière” », *Arch. pol. crim.* 2006/1, p. 135.
- DELAGE P.-J., « “Plaider coupable” : la clarification par l’entérinement des pratiques », *D.* 2009, p. 1650.

- DELMAS-MARTY M., « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne », in COLLECTIF, *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté, Actes du Séminaire organisé par le Contrôle financier et le Service juridique de la Commission des Communautés européennes, les 27, 28 et 29 novembre 1989 à Bruxelles*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1990, p. 233.
- DELMAS-MARTY M., « La répression des fraudes au budget de la Communauté dans un contexte démocratique », *RSC* 1993, p. 585.
- DELMAS-MARTY M., « Évolution du ministère public et principes directeurs du procès pénal dans les démocraties européennes », *Justices* 1996, n°3, p. 75.
- DELMAS-MARTY M. et MANACORDA S., « Rapport national français », in M. DELMAS-MARTY et J.A.E. VERVAELE (sous la dir.), *La mise en oeuvre du Corpus juris dans les États membres*, Antwerpen, Intersentia, 2000, Vol. 2, p. 318.
- DELMAS-MARTY M., « La place d'un droit pénal commun dans la construction européenne », in COLLECTIF, *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Ed. PUF, Coll. « Sinai », Paris, 2001, p. 229.
- DELMAS-MARTY M., « Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun », *D.* 2001, p. 1326.
- DELMAS-MARTY M., « Avant-propos : Procureur européen et mondialisation », in *Le procureur européen, que peut-on en attendre ?*, Actes du Colloque organisé à Strasbourg, 2002.
- DELMAS-MARTY M., « Réflexions sur l'hybridation en procédure pénale : nécessité du droit comparé à l'heure de l'internationalisation pénale », in F. ALT-MAES, J.-F. BARBIERI, P. BONFILS et R. BONHOMME (sous la coord.), *Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Ed. Dalloz-Sirey, Coll. « Etudes Mélanges », Paris, 2006, p. 313.
- DELMAS-MARTY M., « La phase préparatoire du procès pénal. Pourquoi et comment la réformer ? », accessible à l'adresse : www.asmp.fr/travaux/communications/2009/delmas-marty.htm, 2009.
- DELMAS-MARTY M., « La genèse du projet du procureur européen », in COUR DE CASSATION (sous l'égide), *Quelles perspectives pour un ministère public européen ? protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Dalloz, Thèmes et Commentaires, Paris, 2010, p. 163.
- DELMAS-MARTY M., « Réflexions sur l'hybridation en procédure pénale », disponible à l'adresse : www.archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2486/7.pdf.
- DELMAS-MARTY M., « L'intégration pénale européenne », 2004, disponible à l'adresse : www.icim.uqam.ca/IMG/pdf/Integration_penale_europeenne.pdf.
- DELMAS-MARTY M., « Le parquet, enjeu de la réforme pénale », *Le Monde*, 26 mai 2009, p. 18.
- DEPARTEMENT DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION DU MINISTERE DE LA JUSTICE (Dicom), *Les magistrats de liaison*, janv. 2009, accessible à l'adresse : www.justice.gouv.fr/art_pix/1_fp_magistrat_liaison.pdf.
- DESPREZ F., « Accès au dossier lors de la garde à vue : le risque d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2012, p. 2640.
- DESPREZ F., « Garde à vue : consultation des pièces de procédure par l'avocat », *D.* 2013, p. 2760.

- DETRAZ S., « Le nouveau dispositif de recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile », *JCP éd. G.* 2008. I. 111.
- DETRAZ S., « Interceptions de courriers électroniques », *JCP éd. G.* 2015, Zoom 884.
- DETRAZ S., « Constitutionnalité de l'article 56 du Code de procédure pénale », *JCP éd. G.* 2016. 653.
- DEZEUZE E. et PELLEGRIN G., « Extension du domaine de la transaction pénale : la convention judiciaire d'intérêt public - . - À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 », *JCP éd. G.* 2017, doct. 64.
- DI MARINO G., « La redistribution des rôles dans le procès pénal », in COLLECTIF, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, Paris, 2006, p. 317.
- DI MARINO G., « La procédure pénale à visage dissimulé », in COLLECTIF, *Sciences pénales et sciences criminologiques. Mélanges offerts à Raymond Gassin*, Ed. PUAM, Coll. « Institut de Sciences Pénales et de Criminologie - ISPEC », Marseille, 2006, p. 199.
- DONNEDIEU DE VABRES H., « La réforme de l'instruction préparatoire », *RSC* 1949, p. 469.
- DONNEDIEU DE VABRES H., « Projet de Code d'instruction criminelle », *RSC* 1949, p. 433.
- DONNEDIEU DE VABRES H., « Projet de Code d'instruction criminelle », *RSC* 1949, p. 617.
- DONNEDIEU DE VABRES H., « Projet de Code d'instruction criminelle », *RSC* 1949, p. 796.
- DONY M., « Un nouveau cadre normatif », in C. KADDOUS et M. DONY (sous le dir.), *D'Amsterdam à Lisbonne, Dix ans d'Espace de liberté, de sécurité et de justice*, Ed. Helbing Lichtenhahn, Bruylant et L.G.D.J, Coll. « Dossiers de droit européen », 2010, p. 29.
- DOURNEAU-JOSETTE D., « Le Protocole 14 à la CEDH amendant le système de contrôle de la Convention », *AJ pén.* 2004, p. 283.
- DOURNEAU-JOSETTE P., « De l'esprit de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans la CEDH », in Justice et Cassation, *Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Dalloz, 2008, p. 78.
- DOURNEAU-JOSETTE P., « La saisine de la CEDH : *vade mecum* », *AJ pén.* 2010, p. 58.
- DUFFOURC M., GOGORZA A., GUERIN M.-C., HERRAN T., DE JACOBET DE NOMBEL C. et MALABAT V., *La dimension internationale de la justice pénale, La dimension internationale de la justice pénale*, Recherche réalisée avec le soutien de la mission de recherche Droit et Justice, Institut de Sciences criminelles et de la Justice, Bordeaux, nov. 2011.
- DUPIC E., « La géolocalisation judiciaire : nouveau statut et perspectives », *Gaz. Pal.*, 4 avr. 2014, p. 14.
- DUPIC E., « La loi n°2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme, Perben III de la procédure pénale française ? », *Gaz. Pal.*, 14 juin 2016, n°22, p. 12.
- DURBERCQ S., LANNELONGUE P. et METTELUS M., « Des parquets d'Europe vers un parquet européen », *Cab. just.* 2011/3, p. 127.
- DURBERCQ S., LANNELONGUE P. et METTELUS M., « Des parquets d'Europe vers un parquet européen (2^e partie) », *Cab. just.* 2011/4, p. 95.

- ELSEN C., « De Maastricht à Lisbonne (1993-2008) », in C. KADDOUS et M. DONY (sous le dir.), *D'Amsterdam à Lisbonne, Dix ans d'Espace de liberté, de sécurité et de justice*, Ed. Helbing Lichtenhahn, Bruylant et L.G.D.J, Coll. « Dossiers de droit européen », 2010, p. 141.
- EUROPOL, « *Anniversary publication, 10 years of Europol 1999-2009*, [En ligne], www.europol.europa.eu.
- FALLETTI F., « Un nouvel espace international du ministère public », in COLLECTIF, *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts André Decocq*, Lexis-Nexis, Litec, Paris, 2004, p. 219.
- FALLETTI F., « Introduction », in Cour de Cassation (sous l'égide), *Quelles perspectives pour un ministère public européen ? protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Dalloz, Thèmes et Commentaires, Paris, 2010, p. 157.
- FALLETTI F., « Un Parquet européen, enfin ? », *Revue du Grasco*, avr. 2017, p. 44.
- FAUTRE-ROBIN A., « L'accès à l'avocat des personnes soupçonnées ou poursuivies : les exigences insuffisantes de l'Union européenne », *Gaz. Pal.*, 2014, n°127, p. 14.
- FANCIULLO D., « The Principle of Presumption of Innocence in the European Union Law: an "Incomplete" Transposition of the Case Law of the European Court of Human Rights ? », *Cah. dr. eur.* 2016/1, p. 385.
- FAVOREU L., « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale », in COLLECTIF, *Droit pénal contemporain : Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Ed. Cujas, Paris, 1989, p. 169.
- FAVOREU L., « Brèves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution », *RSC* 1994, p. 675.
- FERAL-SCHUHL C., « La collecte de la preuve numérique en matière pénale », *AJ pén.* 2009, p. 115.
- FINIELZ R., « Loyauté de la preuve - Provocation à la commission de l'infraction », *RSC* 2006, p. 848.
- FINIELZ R., « Criminalité organisée - Interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications ordonnées par le juge des libertés et de la détention – Conditions de régularité », *RSC* 2006, p. 853.
- FIORINI B., « La non-délivrance des copies des pièces du dossier d'instruction : une violation du droit à un procès équitable ? », *LPA* 15 juil. 2015, p. 5.
- FLAUSS J.-F., « Réquisitoire contre la mercantilisation du contentieux de la réparation », *D.* 2003, p. 227.
- FLEURIOT C., « Protection des victimes : publication d'une directive », *D.* 2012, p. 2665.
- FLORE D., « Le mandat d'arrêt européen : première mise en œuvre d'un nouveau paradigme de justice pénale européenne », *JT* 2002, p. 273.
- FONTANAUX D., « Commentaire de la Convention de Schengen », *Gaz. Pal.* 12 avril 1996, p. 2.
- FONTEIX C., « Un encadrement judiciaire en demi-teinte des mesures de "géolocalisation" » [PDF] in Lettre « Actualités DroitsLibertés » du CREDOF, 12 nov. 2013.

- FOURGOUX J.-C., « Un espace judiciaire contre la fraude communautaire : un corpus juris entre rêve et réalité », *D.* 1997, p. 348.
- FOURMENT F., « Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures de contrainte », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, opinio doctorum*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2009, p. 171.
- FOURMENT F., « Après l'affaire *Moulin* (CEDH, 5^e sect., 23 nov. 2010), encore du grain à moudre », *D.* 2011, point de vue, p. 26.
- FOURMENT F., « Fondement juridique et notion d'assistance par un avocat en garde à vue », *D.* 2012, p. 2644.
- FOURMENT F., « Droit effectif et concret à un procès équitable et "assistance effective" du gardé à vue », *JCP éd. G.* 2012, 1242.
- FOURMENT F., « La directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 'droit d'accès à l'information' et la proposition de directive 'droit d'accès à l'avocat', *Gaz. Pal.* 2013, 30 juil. 2013, p. 15.
- FOURMENT F., « Le défèrement nouveau, ou l'assistance sans contradictoire (assumé) », *Gaz. Pal.* 2014, n°208, p. 19.
- FOURMENT F., « Repenser le mode de traitement du dossier pénal », in J. LEROY (sous la dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, Ed. Lexis-Nexis, Université d'Orléans, CRJ Pothier, 2016, Paris, p. 173.
- FOURMENT F., « Remarques sur l'impartialité du procureur-enquêteur », *Gaz. Pal.* 18 juil. 2017, p. 92.
- FRISON-ROCHE A.-M., « L'impartialité du juge », *D.* 1999, Chron. p. 53
- FUCINIS., « Garde à vue : qualité à invoquer la nullité d'une sonorisation et accès au dossier », *Dalloz actualité*, 2 octobre 2013.
- FUCINI S., « Le droit à un recours juridictionnel effectif en matière d'enquête », *RFDC*, avr. 2015, p. 202.
- FUCINI S., « Escroquerie en bande organisée et garde à vue antérieure au 9 octobre 2014 », *Dalloz actualité*, 5 mai 2015.
- FUCINI S., « Garde à vue : conformité à la directive relative au droit à l'information », *Dalloz actualité*, 13 octobre 2016.
- GACHI K., « Droit d'accès à un avocat : Un renforcement du socle européen des droits et garanties procédurales du suspect », *Lettre « Actualités Droits-Libertés »* du CREDOF, 27 novembre 2013.
- GAGNOUD P., « Le renforcement du contradictoire dans la phase des poursuites : vers une mise en état des affaires pénales », *Gaz. Pal.* 2014, n°213, p. 10.
- GAGNOUD P. et ROBERT L., « Réforme de la garde à vue : évolution ou révolution ? », *Gaz. Pal.* 22 mai 2011, p. 13.
- GALLARDO E., « Procédure pénale : accès à l'avocat », *RSC* 2015, p. 447.
- GALLOIS J., « CRPC : l'audience d'homologation instaure un débat au fond », *AJ pén.* 2012, p. 236.

- GAMBERINI G., « Les politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisation », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (sous la dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Ed. PUF, Coll. « Les voies du droit », Paris, 2008, p. 159.
- GASSIN R., « Le principe de légalité et la procédure pénale », *RPDP* 2001/2, p. 300.
- GASSIN R., « Considérations sur le but de la procédure pénale », in COLLECTIF, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, Paris, 2006, p. 109.
- GAUTIER Y., « La genèse d'Europol », in M. LECLERC (sous la dir.), *La criminalité organisée*, La Documentation française, Paris, 1996, p. 244.
- GAVALDA-MOULENAT C., « Comment renforcer le contradictoire dans le procès français. A propos du rapport A propos du rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement et de la loi du 5 mars 2007 sur l'équilibre de la procédure pénale », *Arch. pol. crim.* 2007/1, p. 19.
- GELLI R., « Le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme : quelles conséquences sur le contrôle de la garde à vue ? », *RSC* 2011, p. 142.
- GELLI R., « Le Ministère public en France », in S. GUINCHARD et J. BUISSON (sous la dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 121.
- GELLI R., « Conclusions sur le statut du parquet » (à propos du Rapport « Nadal »), accessible à l'adresse : www.justice.gouv.fr/le-garde-des-sceaux-10016/edification-de-la-justice-du-21eme-siecle-26387.html.
- GELLI R., « Principe d'impartialité : comment l'appliquer au ministère public ? », *RSC* 2017, p. 81.
- GHENASSIA J.-P., « Le cas français. L'approche du policier », in *Inquisitoire-accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ? RIDP*, 1^e et 2^e sem. 1997, p. 103.
- GERTHOFFER C., « Le projet de réforme du Code d'instruction criminelle », *RSC* 1950, p. 98.
- GINDRE E., « Une révolution jurisprudentielle en trompe l'œil : les décisions de non-conventionalité des régimes de garde à vue au regard des droits de la défense », *RSC* 2010, p. 879.
- GINDRE E., « Une réforme en urgence : la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue », *RPDP* 2011, p. 297.
- GICQUEL J., « Le nouveau CSM », *JCP éd. G.*, 2008. I. 176.
- GIRAULT C., « Perquisitions au domicile de l'avocat non inscrit dans un barreau français », *D.* 2010, p. 383.
- GIUDICELLI A., « La garde à vue après la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 », *AJ pén.* 2004, p. 261.
- GIUDICELLI A., « Le principe de légalité en droit français, Aspects légistiques et jurisprudentiels », *RSC* 2007, p. 509.
- GIUDICELLI A., « Le Conseil constitutionnel et la garde à vue : 'puisque ces mystères nous dépassent, feignons d'en être l'organisateur' », *RSC* 2011, p. 139.

- GIUDICELLI A., « Vague de fond avant la réforme », *RSC* 2010, p. 183.
- GIUDICELLI C., « Regards croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales », *AJ pén.* 2008, p. 439.
- GIUDICELLI-DELAGE G., « La figure du juge de l'avant-procès. Entre symbole et pratiques », in COLLECTIF, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, Paris, 2006, p. 335.
- GLEB S., LEBLOIS-HAPPE J., MAURO M., MESSNER F. et MURSCHEZ V., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès » in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, opinio doctorum*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2009, p. 203.
- GOMEZ J.-L. et GONZALVES F., « La procédure pénale face au principe accusatoire : la position adoptée par le ministère public en Espagne et dans les pays latins américains. Influences européennes et nord-américaines », in *Inquisitoire-accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ? RIDP*, 1^e et 2^e sem. 1997, p. 61.
- GRABARCZYK K., « La conventionalité de la surveillance policière par GPS », *JCP éd. G.* 2010.905.
- GRANGER M.-A., « Le parquet, une autorité judiciaire indépendante ? », VIII^{ème} Congrès national de Nancy, 2011, Association française de droit constitutionnel, Nancy, disponible à l'adresse : www.droitconstitutionnel.org.
- GRECOURT G., « Surveillance par géolocalisation, le parquet sous contrôle ? », *Gaz. Pal.*, 26 sept. 2014, p. 9.
- GUERY C., « L'avenir du suspect », *AJ pén.* 2005, p. 232.
- GUERY C., « Une instruction sans fin », *AJ pén.* 2007, p. 271.
- GUERY C., « La fin de l'instruction », *AJ pén.* 2007, p. 319.
- GUERY C., « L'avenir du suspect (suite...) », *AJ pén.* 2013, p. 459.
- GUERY C., « La disparition du : 'toi rester au trou', et de certaines des conséquences procédurales en découlant », *AJ pen.* 2013, p. 656.
- GUINCHARD S., « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction » in COLLECTIF, *Code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Ed. Dalloz, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 2010, p. 256.
- HALPERIN J.-L., « La défense de la victime en France aux XIX^e et XX^e siècles », in B. GARNOT (sous la dir.), *Les victimes, des oubliées de l'histoire ?*, Presses Universitaires de Rennes, Coll. « Histoire », Rennes, 2000, p. 59.
- HEDER J.-C., « L'habeas corpus en droit espagnol : application en France ? », 24 août 2010, accessible à l'adresse : www.village-justice.com/articles/habeas-corpus-droit-espagnol,8342.html.
- HENNION-JACQUET P., « La consécration légale du statut du suspect libre », *Gaz. Pal.* 2014, n°208, p. 9.
- HENRION H., « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une 'théorie législative' du procès pénal ? », *Arch. pol. crim.*, 2001/1, p. 13.

- HENRION H., « Y a-t-il une place pour la victime en procédure pénale allemande », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (sous la dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Ed. PUF, Coll. « Les voies du droit », Paris, 2008, p. 25.
- HERVIEU N., « Droit à la liberté et à la sûreté (Art. 5 CEDH) : Nouveau coup de semonce européen sur la garde à vue et le rôle du parquet français », *La Revue des Droits de l'Homme*, 1^e juill. 2013.
- HERVIEU N., « Un spectaculaire resserrement de l'étau européen sur les perquisitions et les privations de liberté (CEDH, 4e Sect. 15 octobre 2013, *Gutsanovi c. Bulgarie*) », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 18 octobre 2013.
- HERVOUET F., « Le droit communautaire, un ordre juridique pénalement sanctionné ? », in COLLECTIF, *La sanction du droit ; Mélanges P. Couvrat*, Ed. PUF, Coll. « Sinai », Paris, 2001, p. 243.
- HERZOG-EVANS M., « Le principe de légalité en procédure pénale », *LPA* 6 août 1999, n°156, p. 4.
- HUKKELAAS GAUSTAD A. et NICOLAS M.-A., « La convention judiciaire d'intérêt public », *Cab. dr. entr.* 2017, n°2, p. 32.
- IDOT L., « Le débat sur la proposition de directive PNR relancé », *Europe*, 2015, n°3, p. 3.
- ISAAC G., « Le nouvel office européen de police (Europol) », *LPA* 7 juin 2000, n°113.
- JANSSEN-PEVTSCHIN G., « Le protocole n°11 à la CEDH », *RTDH*, n°20, oct. 1994, p. 483.
- JEAN J.-P., « Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen », *RSC* 2005, p. 670.
- JEAN J.-P., « De l'efficacité en droit pénal », in COLLECTIF, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, Paris, 2006, p. 135.
- JEAN J.-P., « Systèmes judiciaires européens – Les principales tendances en matière pénale », *AJ pén.* 2008, p. 453.
- JEAN J.-P., « Le ministère public français en Europe », *Les Cahiers de la justice*, 4, 2009, p. 61.
- JEGOUZO I., « Le mandat d'arrêt européen ou la première concrétisation de l'espace judiciaire européen », *Gaz. Pal.*, n°204, 21-22 juil. 2004, p. 2.
- JEGOUZO I., « Le mandat d'arrêt européen, acte de naissance de l'Europe judiciaire pénale », in M.-E. CARTIER (sous la dir.), *Le mandat d'arrêt européen*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 33.
- KOERING-JOULIN R., « La notion européenne de "tribunal indépendant et impartial" au sens de l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *RSC* 1990. 765
- KOERING-JOULIN R. et LABAYLE H., « Dix ans après... De la signature (1977) à la ratification (1987) de la Convention européenne pour la répression du terrorisme », *JCP Ed. G.* 1988. I. 3349, p. 38.
- KOERING-JOULIN R., « Le juge répressif, notamment de cassation, entre Cour européenne des droits de l'homme et Conseil constitutionnel », in S. GUINCHARD et J. BUISSON (sous la

- dir.), *Les transformations de la justice pénale – Cycle de conférence 2013 à la Cour de cassation*, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, Actes, Paris, 2014, p. 69.
- KONRAD J., « L'expérience allemande », in COLLECTIF, *Quelles perspectives pour un ministère public européen ? protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union ?*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes et Commentaires », Paris, 2010, p. 87.
- KUHL L., « The Initiative for a Directive on the Protection of the EU Financial Interests by Substantive Criminal Law », *Eu crim.* 2/2012, p. 63.
- LABAYLE H., « Instruments et procédures de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH, *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, Ed. Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, p. 41.
- LABAYLE H., « Instruments et procédures de l'ESLJ, quelques réflexions critiques », *Europe* 2003, chron. 1, p. 5.
- LABAYLE H., « Heurs et malheurs de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne : contribution aux propositions de sa réforme », in P. CONTE, M. BADEL, S. BANAKAS et A. BERNARD (sous la coord.), *Etudes à la mémoire de Christian Lapyade-Deschamp*, Presses universitaires de Bordeaux, Coll. « Bordeaux IV », 2003, p. 571.
- LABAYLE H., « Les garanties procédurales dans l'espace de liberté, sécurité et justice : histoire d'un blocage », in M. PEDRAZZI, I. VIARENGO et A. LANG (sous la dir.), *Individuals guarantees in the european judicial area in criminal matters/garanties individuelles dans l'espace judiciaire européen en matière pénale*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 153.
- LABAYLE H., « L'eupéanisation des procédures pénales nationales », 76^e Congrès de la Confédération nationale des avocats, 2011, Côme, *Le barreau de France*, n°350, automne 2011, p. 30.
- LABAYLE H., « Mise en perspective », in Cour de Cassation (sous l'égide), *Quelles perspectives pour un ministère public européen ?* Dalloz, Thèmes et Commentaires, Paris, 2010, p. 49.
- LABAYLE H., « Parquet européen et contrôle de subsidiarité : premier carton jaune pour l'Espace de liberté », www.gdr-elsj.eu, 8 janv. 2014.
- LABORDE J.-P., « Les apports des institutions et instruments internationaux aux systèmes de justice pénale nationaux », in *Inquisitoire-accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ? RIDP*, 1^e et 2^e sem. 1997, p. 139.
- LACUZEAU G., « Analyse critique du pré-rapport Léger sous l'angle de l'action du parquet » in *Déviances et délinquances. Approches psychosociales et pénales*, Dalloz, Coll. « Essais de philosophie pénale et de criminologie », Vol. 8, Paris, 2009, p. 297.
- LAGOUTTE S., « Le protocole 14 à la Convention européenne des droits de l'Homme : une assurance de la pérennité du système européen de protection des droits de l'homme ? », *Cahiers du droit européen* 2005, 1-2, p. 128.
- LAMBERT ABDELGAWAD E., « La pratique récente de réparation des violations de la Convention européenne des droits de l'Homme : plaidoyer pour la sauvegarde d'un acquis remarquable », *RTDH*, 2000, p. 205.
- LASSERRE-CAPDEVILLE J., « Description succincte de la réforme de la garde à vue », *Gaz. Pal.*, spéc. 6-7 juil. 2011, p. 5.

- LAUMONT J.-L., « La réforme de la garde à vue : l'avis d'un officier de police judiciaire », *Gaz. Pal.*, spéc. 6-7 juil. 2011, p. 37.
- LAVIELLE G. et DANET J., « Juge d'instruction : ni excès d'honneur ni cette indignité », *Gaz. Pal.* 2009, n°55, p. 2.
- LAVIELLE B., « L'obligation de traduire 'les pièces essentielles' à l'exercice de la défense : quelques problèmes en perspective », *Gaz. Pal.* 2013, n°299, p. 13.
- LAVISGNES S. et LEMONDE M., « Le procès pénal en France » in M. DELMAS-MARTY (sous la dir.), *Procès pénal et droit de l'homme*, Ed. PUF, Coll. « Les voies du droit », Paris, 1992, p. 61.
- LAVRIC S., « Affaire Moulin contre France : le parquet dans la tourmente », *D.* 2010, p. 2276.
- LAVRIC S., « Surveillance par GPS pendant l'enquête et droit au respect de la vie privée », *Dalloz actualités*, 20 sept. 2010.
- LAVRIC S., « Droit à l'assistance d'un avocat : la jurisprudence Salduz, l'accès au dossier et la pratique luxembourgeoise », *AJ pén.* 2015, p. 380.
- LAVRIC S., « Information du gardé à vue : le droit français est conforme au droit de l'Union », *AJ pén.* 2017, p. 42.
- LAZERGES C., « Le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », *RSC.* 1999, p. 167.
- LAZERGES C., « Le renforcement de la présomption d'innocence et des droits des victimes. Histoire d'une navette parlementaire presque achevée », *Arch. Pol. Crim.* 2000, p. 55.
- LAZERGES C., « Le renforcement des droits des victimes par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 », *Arch. pol. crim.*, 2002/1, p. 15.
- LAZERGES C., « Les dérives de la procédure pénale », *RSC* 2003, p. 644.
- LAZERGES C., « Le Conseil constitutionnel, acteur de la politique pénale. A propos de la décision 2004-492 du 2 mars 2004 », *RSC* 2004, p. 724.
- LAZERGES C., « Dédoulement de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux », in F. ALT-MAES, J.-F. BARBIERI, P. BONFILS, R. BONHOMME (sous la coord.), *Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, Paris, 2006, p. 574
- LAZERGES C., « Les désordres de la garde à vue », *RSC* 2010, p. 275.
- LAZOWSKI A., « Towards the reform of the preliminary ruling procedure in JHA area », in S. BRAUM et A. WEYEMBERGH (sous la dir), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Ed. Université de Bruxelles, Bruxelles, 2009, p. 211.
- LE BORGNE J.-Y., « Le rapport Léger, le poids de l'habitude et la peur de la nouveauté », *AJ pén.* 2009, p. 400.
- LE COZ N., « L'audition des personnes soupçonnées dans les enquêtes pénales. Retour sur certaines modifications du code de procédure pénale issues de la loi du 27 mai 2014 », *AJ Pén.* 2014, p. 320.
- LE GUHENEZ F., « La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale », *JCP éd. G.*, 1992. I. 3720, spéc. n° 93.

- LE GUNEHEC F., « La loi n°2000-516 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, deuxième partie : dispositions spécifiques à l'enquête ou à l'instruction », *JCP éd. G.* 2000.1299.
- LE GUNEHEC F., « Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Première partie : dispositions de procédure pénale immédiatement applicables : pragmatisme, cohérence, sévérité et simplifications », *JCP éd. G.* 2004, act. 177.
- LE GUNEHEC F., « Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Deuxième partie : adaptation et diversification des réponses pénales », *JCP éd. G.* 2004, act. 188.
- LE MONNIER DE GOUVILLE P., « Le juge des libertés et de la détention : “entre présent et avenir” », *Cab. just.* 2011/4, p. 148.
- LE MONNIER DE GOUVILLE P., « Le régime juridique de la géolocalisation : une pierre de plus à la mosaïque processuelle pénale », *Gaz. Pal.*, 27 juil. 2014, p. 8.
- LE MONNIER DE GOUVILLE M., « Quel juge pour l'enquête ? », in O. DECIMA, *La juridictionnalisation de l'enquête*, Ed. Cujas, Coll. « Actes & Etudes », Paris, 2015, p. 83.
- LE POGAM M., « Réforme du Conseil supérieur de la magistrature – Entre ouverture et autonomie », *JCP éd. G.*, 2010. 982.
- LEBLOIS-HAPPE J., « La notification des droits n'a pas à intervenir tant que l'intéressé n'est pas en mesure d'en comprendre le sens », *AJ pén.* 2005, p. 160.
- LEBLOIS-HAPPE J., « L'entraide répressive internationale depuis le Code d'instruction criminelle », in H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (sous la dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, Saarbrücker Studien zum Internationalen Recht, n°44, 2007, p. 227.
- LEBLOIS-HAPPE J., « Continuité et discontinuité dans les nouvelles réformes de la procédure pénale », *JCP éd. G.* 2007, doct. 181.
- LEBLOIS-HAPPE J., « Autorisation et contrôle des écoutes téléphoniques : le rôle du JLD », *AJ pén.* 2008, p. 380.
- LEBLOIS-HAPPE J., « Quelle collégialité pour l'instruction en 2010 ? », *AJ pén.* 2008, p. 363.
- LEBLOIS-HAPPE J., « Eléments de cohérence de la procédure pénale allemande. L'équilibre entre les prérogatives du ministère public et celles du juge dans la phase préliminaire du procès », in COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes et Commentaires », Paris, 2007, p. 241.
- LEBLOIS-HAPPE J., « Plaidoyer pour la légalité des poursuites », *JCP éd. G.*, 15 févr 2010, Aperçu rapide 168.
- LEBLOIS-HAPPE J., « La directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédure pénale », in *Questions de droit pénal international, européen et comparé. Mélanges en l'honneur du Professeur Alain Fournier*, Institut François GENY, PUN, Nancy, 2013, p. 245.

- LEBLOIS-HAPPE J., « Manifeste pour une procédure pénale européenne », *Revue du Grasco*, Focus, mai 2014, p. 3.
- LEBLOIS-HAPPE J., « Un parquet européen : quand, comment et pourquoi ? », in F.-X. ROUX-DEMARRE et G. ROUSSEL (sous la dir.), *L'eupéanisation de la justice pénale*, Ed. Cujas, Coll. « Actes & Etudes », Paris, 2016.
- LEBLOIS-HAPPE J., « Enquête pénale. Avis sur la refondation de l'enquête pénale », in C. LAZERGES (sous la dir.), *Les grands avis de la Commission national consultative des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 2017, n°28, p. 360.
- LEBLOIS-HAPPE J., « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et la mise en état des affaires pénales - quo vadis », *D.* 2017, p. 873.
- LEBLOIS-HAPPE J., « L'incidence de la législation européenne sur la procédure pénale française », *Cahiers de la Sécurité et de la Justice*, 2016/4, n°38, p. 14.
- LEBLOIS-HAPPE J., « Une réforme nécessaire face aux exigences européennes », in J.-B. PERRIER (sous la dir.), *L'audition libre : de la pratique à la réforme*, éd. LGDJ-Lextenso, Coll. « Hors collection », 2017, Paris, p. 101.
- LEBLOIS-HAPPE J., « L'eupéanisation du droit pénal depuis le traité de Lisbonne », in X. PIN (sous la dir.), *Mémoire et droit pénal en France et en Allemagne, Gedächtnis und Strafrecht in Frankreich und Deutschland*, 5^e rencontre du droit pénal franco-allemand, Deutsch-französische Strafrechtstagung, Ed. Société de Législation comparée, Colloque, 2017, p. 113.
- LEBLOIS-HAPPE J. et WINCKELMULLER F., « Chap. 13 : Impact of the setting up of an European Public Prosecutor's Office on national judicial system », in P. ASP et al., *The European Public Prosecutor Office, Legal and Criminal Policy Perspectives*, Skifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockhoms universitet nr 83, Stockholm, 2015, p. 255.
- LELIEUR J., « L'application de la reconnaissance mutuelle à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ? », *ZIS* 9/2010, p. 590.
- LELIEUR J., « La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ? », *RSC* 2011, p. 1.
- LELIEUR J., « Le dispositif juridique de l'Union européenne pour la captation des avoirs criminels », *AJ pén.* 2015, p. 232.
- LELIEUR J., « La décision d'enquête européenne, nouvel instrument d'entraide judiciaire pour la mise en état des affaires pénales », *Cahiers de la Sécurité et de la Justice*, n°38, p. 72.
- LENNON J.-L., « Les raisons justifiant le placement en garde à vue du suspect », *D.* 2006, chron. p. 887.
- LENNON J.-L., « Les aspects coercitifs ou intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire », *Dr. pén.* 2007, ét. 21.
- LENNON J.-L., « L'indépendance du ministère public ou le supplice de Tantale », *Dr. pén.* 2016, ét. 25.
- LEROY J., « Garde à vue : le droit à l'avocat », Dossier « La pratique du droit », *Gaz. Pal.* 30 juil.

2013.

- LESCLOUS V., « La présence obligatoire de l'avocat en garde à vue. Point de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. pén.* 2010, dossier 2, p. 7.
- LESCLOUS V., « L'accès de l'avocat aux pièces du dossier pendant la garde à vue », *AJ pén.* 2013, p. 50.
- LEVASSEUR G., « Réflexions sur la compétence, un aspect négligé du principe de la légalité » in *Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à M. Louis Huguéney*, Préf. L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Sirey, Paris, 1964, p. 13.
- LEVY R., « Un aspect de la mutation de l'économie répressive au XIXe siècle : la loi de 1863 sur le flagrant délit », *Revue historique*, juil.-sept. 1985, n° 555.
- LIGETI K. et SIMONATO M., « The European Public Prosecutor's Office : Toward a truly European Prosecutor Service ? », *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 4, Issue 1–2, 2013, p. 14.
- LIGETI K. et FRANSSSEN V., « Le contrôle juridictionnel dans les projets du parquet européen » in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA et J. TRICOT (sous la dir.), *Le contrôle judiciaire du parquet européen. Nécessité, modèles, enjeux*, Ed. Société de législation comparée, Coll. « Unité Mixte de Droit Comparé de Paris », Paris, 2015, p. 127.
- LYON-CAEN P., « Vers un parquet indépendant ? », *D.* 2013, p. 1359.
- MACOVEI M., « Guest editorial », *Eucrim* 2/2013, p. 33.
- MAGNIER V., « La notion de justice impartiale », *JCP éd. G.* 2000. I. 252.
- MAISTRE DU CHAMBON P., « Propos critiques et désabusés sur une réforme mort-né de la procédure pénale », in COLLECTIF, *Droit pénal. Procédure pénale. Mélanges en l'honneur du Professeur J. Larguier*, PUG, 1993, Grenoble, p. 131.
- MALABAT V., « Observations sur le mandat d'arrêt européen », *Dr. pén.* 2004, éd. n°17, p. 6.
- MALABAT V., « L'avant-projet du futur code de procédure pénale : refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale ? », *AJ pén.* 2010, p. 162.
- MANACORDA S., « Le Corpus juris et l' "unification tempérée" dans la construction de l'espace pénal européen contre la fraude », *Justices*, 1998 n. 10, p. 61.
- MANACORDA S., « Pour un Corpus juris. Perspectives d'unification du droit pénal des affaires en Europe », *Les Cahiers de la Sécurité Intérieure. Noir, gris et blanc*, 1999, p. 155.
- MANACORDA S., « Harmonisation et coopération : La nature et l'articulation des rapports », in M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE, E. LAMBERT ABDELGAWAD (sous la dir.), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Coll. « UMR de droit comparé - Société de législation comparée », Vol. 5, Paris, 2003, p. 571.
- MANACORDA S., « Un bilan des interférences entre le droit communautaire et le droit pénal : neutralisation et obligation d'incrimination », *RSC* 2006, p. 245.
- MANACORDA S., « Droit de l'Union européenne : Le droit pénal sous Lisbonne : Vers un meilleur équilibre entre liberté, sécurité et justice ? », *RSC* 2010, p. 945.
- MANACORDA S., « L'âge de la maturité » : stabilisation et traits conservateurs dans la politique pénale de l'Union européenne, *RSC* 2013, p. 93.

- MANACORDA S., « Le droit pénal de l'Union à l'heure de la Charte et du Parquet européen », *RSC* 2013, p. 927.
- MANACORDA S., « La localisation de la garantie juridictionnelle du Parquet européen », in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA et J. TRICOT (sous la dir.), *Le contrôle judiciaire du parquet européen. Nécessité, modèles, enjeux*, Ed. Société de législation comparée, Coll. « Unité Mixte de Droit Comparé de Paris », Paris, 2015, p. 255.
- MANDOUX P., « Introduction historique et questions actuelles », in *Qu'est devenu le juge d'instruction*, accessible à l'adresse : www.defi.eu/fdf/IMG/pdf/interieur_juge3.pdf, p. 3.
- MANGENT M., « Un organe judiciaire pour l'Union européenne : Eurojust (1999-2004) », *Eipascopie* 2005/1, p. 29.
- MARAIS D., « Insatisfaisant ! – A propos de la réforme de la garde à vue », *JCP éd. G.* 2011, p. 540.
- MARECHAL J.-Y., « Loi du 27 mai 2014 : principales dispositions relatives aux droits des personnes suspectées », *JCP éd. G.* 2014. 1113.
- MARECHAL J.-Y., « Les droits de la défense durant l'enquête de police -.- A propos de l'avis de la commission nationale consultative des droits de l'homme du 29 avril 2014 », *JCP éd. G.* 2014.605.
- MARGUENAUD J.-P., « La Cour européenne renouvelée » *D.* 1999, chron. 221.
- MARGUENAUD J.-P., « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme en France », in UNION DES AVOCATS EUROPEENS, *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Ed. Bruylant, 2001, p. 140.
- MARGUENAUD J.-P., « L'impartialité du juge entre apparence et réalité », *D.* 2001, Chron. p. 2427
- MARIE C., « La montée en puissance de l'enquête de police », *AJ pén.* 2004, p. 221.
- MARIE N., « La victime dans le procès pénal après la directive 2012/29/UE du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité », *RSC* 2014, p. 459.
- MARIN J.-C., « Discours », Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 9 janv. 2012 accessible à l'adresse : www.courdecassation.fr/IMG///Discours_PG_JCMarin_janv2012.pdf
- MARIN J.-C., « L'indépendance statutaire du parquet est-elle compatible avec la définition d'une politique pénale nationale », ENM - Cycle approfondi d'études judiciaires (CADEJ) – session 2016/2017, *L'autorité judiciaire dans l'Etat*, 29 sept. 2016, accessible à l'adresse : www.courdecassation.fr/publications_26/discours_tribunes_entretiens_2039/discours_2202/marin_procurateur_7116/parquet_est_35211.html.
- MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST A., « Note sous Décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales », *RTD Com.* 2009, p. 484.
- MARON A., « Loi fait nécessités », *Dr. pén.* 2005, comm. 49.
- MARON A. et HAAS M., « Le parquet au tapis ! », *Dr. pén.* 2011, comm. 26.

- MARON A. et HAAS M., « Tandis que les gardes à vue explosent, la garde à vue implose », *Dr. pén.* mars 2010, dossier n°3, p. 10.
- MARON A. et HAAS M., « Vifs échanges et données mortes (pas pour tout le monde) », *Dr. pén.* 2015, comm. 131.
- MARON A. et HAAS M., « L'erreur est humaine », *Dr. pén.* mai 2017, comm. 80.
- MARTINI A., « La victime en Angleterre, 'une formidable absence toujours présente », in G. GIUDICELLI-DELAGÉ et C. LAZERGES (sous la dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Ed. PUF, Coll. « Les voies du droit », Paris, 2008, p. 47.
- MARTY M., « Un exemple de décision nouvelle : la décision d'enquête européenne. Vers la judiciarisation aboutie de la coopération judiciaire dans l'Union Européenne ? », *Juridictoria*, n°7, 2011, p. 105.
- MASSE M., « Notes brèves sur la rencontre de deux expressions : crime organisé et espace judiciaire européen », *RSC* 2000, p. 469.
- MASSE M., « L'entraide judiciaire internationale, version française », *RSC* 2004, p. 470.
- MASSE M., « L'entraide judiciaire internationale, version française (suite) », *RSC* 2005, p. 405.
- MASSE M., « L'entraide judiciaire internationale, version française (suite) », *RSC* 2005, p. 952.
- MASSE M., « La décision-cadre », in M.-E. CARTIER (sous la dir.), *Le mandat d'arrêt européen*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 47.
- MASSE M., « L'évolution du droit en matière de gel et de confiscation », *RSC* 2006, p. 463.
- MASSE M., « La reconnaissance mutuelle », in G. GIUDICELLI-DELAGÉ et C. LAZERGES (sous la dir.), *Le droit pénal de l'Union au lendemain du traité de Lisbonne*, Ed. Société de législations comparée, Coll. « UMR de droit comparé de Paris », Paris, 2012, p. 205.
- MASSIAS F., « La détention provisoire face à la Cour européenne des droits de l'homme », *RSC* 2000, p. 239.
- MASSON P., « Les accords de Schengen : du mythe à la réalité », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1995, p. 105.
- MATHIAS E., « La marginalisation du juge d'instruction : vers un renouveau du modèle inquisitoire ? », *LPA* 2005, n° 164, p. 3.
- MATHIAS E., « Pour une loi des suspects ... libres (à propos du projet de loi relatif à la garde à vue) », *Dr. pén.*, 2011, ét. 6.
- MATSOPOULOU H., « Renforcement du caractère contradictoire, célérité de la procédure pénale et justice des mineurs - . - Commentaire de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », *Dr. pén.* 2007, ét. 6.
- MATSOPOULOU H., « La coordination enquête policière et "nouvelle" instruction », V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, opinio doctorum*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2009, p. 193.
- MATSOPOULOU H., « Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *D.* 2008, p. 1494.

- MATSOPOULOU H., « A propos du rapport d'étape du Comité de réflexion sur la justice pénale », *JCP éd. G.* 2009, Actualité 156.
- MATSOPOULOU H., « A propos du rapport d'étape du Comité de réflexion sur la justice pénale », *JCP éd. G.* 2009, Aperçu rapide 236.
- MATSOPOULOU H., « Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet », *Gaz. Pal.* 27 avril 2010, n°117, p. 15.
- MATSOPOULOU H., « Garde à vue : la Cour de cassation partagée entre conventionalité et constitutionnalité - À propos des arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 », *JCP éd. G.* 2011.1104.
- MATSOPOULOU H., « La surveillance par géolocalisation à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2011, p. 724.
- MATSOPOULOU H., « Une réforme inachevée – A propos de la loi du 14 avril 2011 », *JCP éd. G.* 2011, Aperçu rapide 542.
- MATSOPOULOU H., « Plaidoyer pour une redéfinition du rôle de l'avocat pendant la garde à vue », *Gaz. Pal.* 3 déc. 2009, p. 12.
- MATSOPOULOU H., « Le contradictoire dans l'enquête de police », in C. RIBEYRE (sous la dir.), *Le contradictoire dans le procès pénal. Nouvelles perspectives*, Actes du colloque organisé le 8 décembre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles, Ed. Cujas, Coll. « Actes et Etudes », Paris, 2012, p. 73.
- MATSOPOULOU H., « Une nouvelle réforme de la procédure pénale ? . - Les principales propositions de la mission de réflexion sur les possibles évolutions de la procédure pénale », *JCP éd. G.* 2014, 957, Libres propos.
- MATSOPOULOU H., « Quelle étendue de la juridictionnalisation ? » in O. DECIMA (sous la dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Edition Cujas, Coll. « Actes & Etudes », Paris, 2015, p. 69.
- MATSOPOULOU H., « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée – À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *JCP éd. G.* 2016, Libres propos 707.
- MBONGO P., « L'originalité statutaire des magistrats du Parquet et la Constitution », *Pouvoirs*, n°115, 2005, p. 167.
- MECHIN M., « Le double visage de la victime en France : entre quête de reconnaissance et quête d'un véritable rôle procédural », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (sous la dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Ed. PUF, Coll. « Les voies du droit », Paris, 2008, p. 104.
- MEINDL T., « Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d'instruction », *RSC* 2010, p. 395.
- MERCINIER E., « Nouveau régime de la fin de l'information judiciaire : réflexions pratiques », *AJ pén.* 2008, p. 497.
- MESA R., « Le renforcement relatif des droits procéduraux du suspect pendant la phase d'enquête ; Note sous Loi numéro 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative

- au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales », *Gaz. Pal.* 2014, n°262, p. 17.
- MIANSONI C., « La nature juridique du traitement en temps réel », *AJ pén.* 2012, p. 152.
- MIANSONI C., « Le procureur de la République dirige-t-il la police judiciaire ? », *AJ pén.* 2013, p. 374.
- MICHALSKI C., « La défense censitaire du suspect libre », *Gaz. Pal.* 2014, n°208, p. 16.
- MICHAUD J., « Le Janus de la magistrature », *RJC* 1974, p. 666.
- MIEN D. et BARRE J.-F., « Reste-t-il des droits de la défense en phase d'enquête ? », *AJ pén.* 2004, p. 235.
- MIGNON-COLOMBET A., « La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ? », *AJ pén.* 2017, p. 68.
- MILBURN P., « Les procureurs de la République : passeurs de justice ou gestionnaires des 'politiques pénales' ? », *Droit et société*, 2010/1, p. 73.
- MONJEAN-DECAUDIN S., « L'Union européenne consacre le droit à l'assistance linguistique et à la traduction dans le procédures pénales », *RTDE* 2011, p. 747.
- MORGAN C., « Proposal for a Framework Decision on procedural safeguards for suspects and defendants in criminal proceedings throughout the European Union », *ERA-Forum*, vol. 4, 2003, p. 95.
- MOROZ X., « Les initiatives procédurales des parquets au XIXème siècle », *Arch. pol. crim.*, 2003/1, p. 95.
- MULLER Y., « La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française », *Dr. pén.* 2011, ét. 2.
- NERSAC P., « Les garanties d'impartialité du juge répressif », *JCP* 1978. I. 2890.
- NORD-WAGNER M., « La détention provisoire : un équilibre renforcé ? », *AJ pén.* 2007, p. 113.
- NORD-WAGNER M., « Le Code de procédure pénale ou la réforme permanente », in COLLECTIF, *De code en code : Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, Paris, 2009, p. 593.
- NISAND C., « La réforme de la garde à vue : l'avis d'un procureur de la République », *Gaz. Pal.*, spéc. 6-7 juil. 2011, p. 24.
- OLLARD R., « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? A propos de la loi du 27 mai 2014 », *JCP éd. G.* 2014, 1547.
- OTTENHOF R., « Le crime organisé : de la notion criminologique à la notion juridique », in COLLECTIF, *Criminalité organisée et ordre dans la société*, Colloque Aix-en-Provence, 5, 6 et 7 juin 1996, ISPEC, PUAM, 1997, p. 45.
- OTTENHOF R., « Le mouvement de réformes des systèmes de justice pénale », in *Inquisitoire-accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ? RIDP*, 1^e et 2^e sem. 1997, p. 195.
- OTTOLINI T., « La victime en Italie : histoire d'un difficile équilibre entre les intérêts privés et publics à la réponse au crime », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (sous la

- dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Ed. PUF, Coll. « Les voies du droit », Paris, 2008, p. 123.
- PADOVA Y., « Un aperçu de la lutte contre la cybercriminalité », *RSC* 2002 p. 765.
- PANSIER J.-L., « Le traitement direct du procureur Moinard à Bobigny », *RSC* 1993, p. 163.
- PARIZOT R., « La lutte contre la corruption et la fraude au sein de l'Union européenne : nouvelles approches du respect et de l'application de la loi (Trèves, 1^e et 2 fév. 2007) », *RSC* 2007, p. 431.
- PARIZOT R., « Pour une relance du projet européen : exigences de protection des intérêts communautaires et nouvelles stratégies d'intégration pénale dans l'attente de la Constitution pour l'Europe (Catane, 24-25-26 mai 2007, Facoltà di Giurisprudenza) », *RSC* 2007, p. 681.
- PARIZOT R., « Au nom de l'indépendance, le ministère public en Italie », in C. LAZERGES (sous la dir.), *Figures du parquet*, PUF, Coll. « Les voies du droit », p. 113.
- PARIZOT R., « Forum annuel 2009 sur la lutte contre la corruption et la fraude dans l'Union européenne », *RSC* 2009, p. 465.
- PARIZOT R., « "Ceci n'est pas une pipe" : l'association de malfaiteurs et la bande organisée selon la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1241.
- PARIZOT R., « Le contrôle judiciaire du parquet dans le système français », in G. GIUDICELLI-DELAGÉ, S. MANACORDA et J. TRICOT (sous la dir.), *Le contrôle judiciaire du parquet européen. Nécessité, modèles, enjeux*, Ed. Société de législation comparée, Coll. « Unité Mixte de Droit Comparé de Paris », Paris, 2015, p. 101.
- PAVISIC B., « Les nouvelles procédures pénales des pays d'Europe centrale et orientale », in COLLECTIF, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, Paris, 2006, p. 689.
- PELLE S., « Garde à vue : la réforme de la réforme (Acte I) », *D.* 2014, p. 1508.
- PELLE S., « Repenser le pouvoir de contrainte policier et judiciaire », in J. LEROY, *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, Ed. Lexis-Nexis, Université d'Orléans, CRJ Pothier, Paris, 2016, p. 163.
- PERIER-DAVILLE D., « La loi "Sécurité et Liberté" adoptée par le Parlement », *Gaz. Pal.* 1981, 1, doct. p. 21.
- PERRIER J.-B., « Une décision empreinte de pragmatisme », *AJ pén.* 2010, p. 470.
- PERRIER J.-B., « Harmonisation », *RSC* 2014, p. 399.
- PERRIER J.-B., « La transposition tardive de la notification du droit du suspect libre à l'assistance d'un avocat », *D.* 2014, p. 1160.
- PERRIER J.-B., « Les garanties de la procédure pénale dans la loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *D.* 2016, p. 2134.
- PERRIER J.-B., « Motivation du JLD pour une perquisition sans assentiment », *AJ pén.* 2017, p. 43.

- PEYROU S., « Le rejet de la proposition de directive « PNR » par la Commission des libertés civiles du Parlement européen : l'impossible alchimie entre lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux », 5 mai 2013, accessible à l'adresse www.gdr-elsj.eu.
- PEYROU S., « Le PNR européen à la croisée des chemins : protection des données et lutte contre le terrorisme », 25 janv. 2015, accessible à l'adresse : www.gdr-elsj.eu.
- PEYROU S., « Lutte contre le terrorisme : Oui à un PNR européen ! », *Le Monde*, 13 mars 2015.
- PETTIT-LECLAIR S., « Justice et sécurité en Europe : Eurojust ou la création d'un parquet européen », *Cahiers de la sécurité*, Justice et sécurité, INHESJ, La Documentation française, juin 2012, p. 38.
- PETTITI L.-E., « Le protocole 11, son historique et son avenir », *Justices*, n°6, avr.-juin 1997, p. 71.
- PIN X., « L'évolution des droits de la défense depuis le Code d'instruction criminelle », in H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (sous la dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, Saarbrücker Studien zum Internationalen Recht, n°44, p. 157.
- PIN X., « Le glas de la religion de l'aveu a sonné », *JCP éd. G.* 2011. 819.
- PONCELA P., « Quand le procureur compose avec la peine », *RSC* 2002, p. 638.
- PORTELLI H., « Du bouleversement à la rupture », in COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes et Commentaires », Paris, 2007, p. 29.
- PORTERON C., « L'avocat étranger exerçant ponctuellement en France doit néanmoins bénéficier de garanties lors d'une perquisition », *AJ pén.* 2010, p. 233.
- POTASZKIN T., « Des écoutes téléphoniques placées sous le contrôle restreint du juge », *D.* 2012. 263.
- PRADEL J., « La loi du 2 février 1981 dite "Sécurité et Liberté" et ses dispositions de procédure pénale », *D.* 1981, chron. p. 101.
- PRADEL J., « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *RSC* 1990. 692.
- PRADEL J., « Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par voie de télécommunications. Commentaire de la loi n°91-646 du 10 juillet 1991 », *D.* 1992, chron. 49.
- PRADEL J., « Observations brèves sur une loi à refaire », *D.* 1993, chron. p. 39.
- PRADEL J., « Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan », *D.* 1997, p. 375.
- PRADEL J., « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *D.* 1998, p. 57.
- PRADEL J., « Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes », Rapport de synthèse des colloques de l'ISIS, *AIDP*, 1998.

- PRADEL J., « Rapport de synthèse. Inquisitoire – accusatoire : une complexité redoutable », *in Inquisitoire-accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ? RIDP*, 1^e et 2^e sem. 1997, p. 213.
- PRADEL J., « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Evolution ou révolution ? », *D.* 2001, p. 1039.
- PRADEL J., « Le mandat d'arrêt européen, un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit pénal français de l'extradition », *D.* 2004, chron. p. 1392.
- PRADEL J., « Vers un "aggiornamento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II », *JCP éd. G.* 2004, doct. 132.
- PRADEL J., « Vers un "aggiornamento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II, Seconde partie », *JCP éd. G.* 2004, doct. 134.
- PRADEL J., « Le crime organisé après la loi française du 9 mars 2004 dite Loi Perben II », *RDPC* 2005, p. 133.
- PRADEL J., « La célérité et le temps du procès pénal. Comparaison entre quelques législations européennes », *Mélanges en l'honneur de Reynald Ottenhof*, Dalloz, Paris, 2006, p. 251.
- PRADEL J., « Les grandes tendances de l'eupéanisation des systèmes pénaux nationaux », *Cahiers du droit*, 2009, p. 1015.
- PRADEL J., « Tous les péchés du juge d'instruction méritent-ils sa mort », *D.* 2009, p. 438.
- PRADEL J., « Le rapport Léger sur la justice pénale : la grande illusion ? », *RPDP* 2009, p. 531.
- PRADEL J., « Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue – A propos de la loi du 14 avril 2011 », *JCP éd. G.* 2011, doct. 665.
- PRADEL J., « Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la chambre criminelle de la Cour de cassation », *D.* 2011, p. 338.
- PRADEL J., « L'enquête pénale aujourd'hui, vers une stabilisation dans l'équilibre ? », *D.* 2014, p. 1467.
- PRADEL J., « De la géolocalisation en procédure pénale. A la recherche d'un statut », *JCP éd. G.* 2014, doct. 77.
- PRADEL J., « La présomption d'innocence selon la directive UE 2016/343 du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès », *Cahiers de la Sécurité et de la Justice*, 2016/4, n°38, p. 48.
- PRADEL J., « La victime en procédure pénale comparée », *in C. RIBEYRE (sous la dir.), La victime de l'infraction pénale*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes & Commentaires », Paris, 2016, p. 15.
- PRADEL J. et LABORDE J.-B., « Du ministère public en matière pénale. A l'heure d'une éventuelle autonomie ? », *D.* 1997, p. 141.
- PRADEL X., « La criminalité organisée dans les droits français et italien : des politiques pénales sous le signe de la convergence », *RPDP* 2003, p. 123.

- PRIOU-ALIBERT L., « Opposition à ordonnance pénale et défense au fond », *Dalloz actualité*, 31 oct. 2014.
- QUEMENER M., « Les techniques spéciales d'enquête en matière de lutte contre la cybercriminalité », *AJ pén.*, 2015, p. 403.
- QUENTIN B., « Défense. - Enquête préliminaire ne rime pas toujours avec procès équitable », *JCP éd. G.* 2013, doct. 323.
- QUENTIN B., « L'avènement d'une justice répressive "négociée" en matière financière », *JCP éd. G.* 2017.282.
- RASCHEL E., « Garde à vue de pirates somaliens : la France viole à nouveau le droit à la liberté et à la sûreté », *Gaz. Pal.* 10 janv. 2015, p. 9.
- RAMBOUR M., « Les normes minimales de protection des victimes de la criminalité dans l'Union européenne », *LPA* 2013, n°55, p. 3.
- RASSAT M.-L., « A remettre sur le métier – Des insuffisances de la réforme de la garde à vue », *JCP éd. G.* 2011, doct. 632.
- REBUT D., « Le droit pénal et la procédure pénale saisis par l'Union européenne », in S. GUINCHARD et J. BUISSON (sous la dir.), *Les transformations de la justice pénale, Cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation*, Préf. V. LAMANDA, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », Actes, Paris, 2014, p. 102.
- REBUT D., « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *D.* 2010, p. 970.
- REBUT D., « Séisme sur la procédure pénale », *JCP éd. G.* 2014, doct. 598.
- REBUT D., « La nécessaire reconnaissance du statut du JLD », *JCP éd. G.* 2017, doct. 209.
- RECIO M., « La France à l'abordage de la piraterie : la loi n° 2011-13 du 5 janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État en mer ou le renforcement de l'arsenal répressif », *Dr. pén.* 2011, ét. n°5.
- RENUCCI J.-F., « La victime d'écoutes téléphoniques mais non titulaire de la ligne surveillée a-t-elle qualité pour invoquer la protection de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *D.* 1999, p. 271.
- RENUCCI J.-F., « Date d'appréciation de l'épuisement des voies de recours interne », *RSC* 2002, p. 685.
- RENUCCI J.-F., « L'impartialité fonctionnelle des juges », *RSC* 2002, p. 878.
- RENUCCI J.-F., « L'exigence d'impartialité au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RSC* 2005, p. 935.
- RENUCCI J.-F., « L'avocat et la garde à vue : exigences européennes et réalités nationales », *D.* 2009, p. 2897.
- RENUCCI J.-F., « L'affaire Medvedyev devant la grande chambre : les « dits » et les « non-dits » d'un arrêt important », *D.* 2010, p. 1386.
- RENUCCI J.-F., « La Cour européenne persiste et signe : le procureur français n'est pas un magistrat au sens de l'article 5 de la Convention », *D.* 2011, p. 277.

- RENUCCI J.-F., « L'obligation de présenter « aussitôt » le gardé à vue à l'autorité judiciaire : présentation « à court délai » ou présentation « sans délai » ? », *D.* 2015, p. 303.
- RENUCCI J.-F., « Équité du procès, loyauté des preuves et droit au silence », *RSC* 2015, p. 971.
- RENUCCI J.-F., « Droit européen des droits de l'homme : Les avocats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2016, p. 225.
- RENUCCI J.-F., « Le juge d'instruction peut-il être ce « magistrat » au sens de l'article 5, § 3, de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *D.* 2017, p. 861.
- RICHARD L., « Inconstitutionnalité des dispositions de l'article L.8271-13 du Code du travail autorisant les officiers de police judiciaire à procéder à des visites domiciliaires, perquisitions et saisies », *LPA.*, 10 juil. 2014, p. 9.
- RIBEYRE C., « Défense des droits de la défense avant jugement », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, opinio doctorum*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2009, p. 231.
- RIBEYRE C., « Le contradictoire dans l'instruction préparatoire », in C. RIBEYRE (sous la dir.), *Le contradictoire dans le procès pénal. Nouvelles perspectives*, Actes du colloque organisé le 8 décembre 2011 par l'Institut de Sciences criminelles, Ed. Cujas, Coll. « Actes et Etudes », Paris, 2012, p. 87.
- RIBEYRE C., « Réforme de l'enquête pénale – Observations sur les questions soulevées par le groupe de travail chargé d'une mission relative à l'amélioration de la procédure pénale », in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Juillet 2014, Annexe 18.
- RIBEYRE C., « Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale – Et maintenant ? », *Dr. pén.* 2016, ét. 17.
- ROBERT A., « Le Parlement européen négocie son engagement sur le PNR européen », *Euractiv*, 11 fév. 2015, accessible à l'adresse : www.euractiv.fr.
- ROBERT H., « Stratégie des investigations en information judiciaire », in J. BECKHARDT CARDOSO et J. LELIEUR (sous la coord.), *Combattre la corruption sans juge d'instruction*, Les hors-série de Secure finance : l'intelligence des nouvelles sécurités juridiques, financières et économiques, Ed. Secure Finance, Paris, 2011, p. 75.
- ROBERT J.-H., « L'incrimination par renvoi du législateur national à des règlements communautaires futurs », COLLECTIF, *Mélanges offerts à Gérard Levasseur, Droit pénal, Droit européen*, Gazette du Palais et Litec, Paris, 1992, p. 169.
- ROBERT J.-H., « Intervention », in COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes et Commentaires », Paris, 2007, p. 81.
- ROBERT J.-H., « Les principes en inaction », *Dr. pén.* 2014, Rep. 1.
- ROBERT J.-H., « En attendant les répliques du séisme », *Dr. pén.*, 2014, comm. 96.
- ROBERT M., « Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un parquetier », *AJ pén.* 2009, p. 393.
- ROBERT M., « Le parquet français et la « rumeur de Strasbourg », *AJ pén.* 2016, p. 565.

- ROBERT P., « Ordre, insécurité, liberté : les incertitudes de la procédure pénale », in Cour de cassation (sous l'égide), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Ed. Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2007, p. 37.
- ROETS D., « Perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile : la double européanisation de l'article 56-1 du Code de procédure pénale », *RSC* 2010, Chron. 702.
- ROETS D., « Le pouvoir du procureur de la République de prolonger la garde à vue à l'aune de l'article 5 § 3 de la Conv. EDH », *Gaz. Pal.* 4 janv. 2011, p. 21.
- ROETS D., « Le manque d'indépendance du ministère public français à l'égard de l'exécutif et des parties : un obstacle à l'exercice de certaines fonctions », *RSC* 2011, p. 208.
- ROETS D., « Le serment d'une personne placée en garde à vue : un oxymore contraire aux droits de ne pas contribuer à sa propre incrimination et de garder le silence », *RSC* 2011, p. 211.
- ROETS D., « La surveillance d'un suspect par Global positioning system et le droit au respect de la vie privée », *RSC* 2011, p. 217.
- ROETS D., « Le manque d'indépendance du ministère public français à l'égard de l'exécutif et des parties : un obstacle à l'exercice de certaines fonctions », *RSC* 2011, p. 208.
- ROETS D., « Précisions confuses sur le droit pour l'avocat d'accéder au dossier durant la phase préparatoire du procès pénal », *RSC* 2015, p. 736.
- ROETS D. et TELLIER-CAYROL V., « La loi du 14 avril 2011, entre la Cour européenne des droits de l'Homme et le Conseil constitutionnel », Dossier « La fabrique du droit », *Gaz. Pal.* 30 juil. 2013.
- ROLLAND M., « Le ministère public en droit français », *JCP éd. G.*, 1956, I, 1281.
- ROLLAND M., « Le ministère public en droit français », *JCP éd. G.*, 1957, I, 1342.
- ROLLAND M., « Les phases du procès pénal », *RSC* 1973, p. 335.
- ROUBLOT P., « La recevabilité des requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ pén.* 2010, p. 63.
- ROUJOU DE BOUBEE G., « La réforme de la garde à vue », *D.* 2011, p. 1570.
- ROUSSEL G., « Les garanties de la défense pénale dans les premières décisions rendues sur QPC », *AJ pén.* 2011, p. 286.
- ROUSSEL G., « Le rattachement de services de police judiciaire au ministère de la Justice », *AJ pén.* 2013, p. 378.
- ROUSSEL G., « Condamnation de la France pour une rétention en mer non suivie d'une présentation immédiate des suspects à un juge – Cour européenne des droits de l'homme 27 juin 2013 », *AJ pén.* 2013, p. 549.
- ROUSSEL G., « Les mails émis et reçus avant la décision ne peuvent faire l'objet que d'une perquisition », *AJ pén.* 2016, p. 90.
- ROUSSEL G., « La perquisition : de la recherche de preuves à la recherche d'unité », *AJ Pén.* 2016, p. 236.

- ROUSSEL G. et ROUX-DEMARRE F.-X., « Le mandat d'arrêt européen : succès de l'Europe pénale ? », *Cahiers de la Sécurité et de la Justice*, n°38, p. 38.
- ROUX-DEMARRE F.-X., « L'influence de l'Union européenne dans le processus de juridictionnalisation de l'enquête pénale », in O. DECIMA, *La juridictionnalisation de l'enquête*, Ed. Cujas, Coll. « Actes & Etudes », Paris, 2015, p. 30.
- ROUX-DEMARRE F.-X., « La décision d'enquête européenne ou l'adoption d'un instrument inédit de l'Europe pénale », *AJ pén.* 2017, p. 115.
- RUBI-CAVAGNA E., « L'extension des procédures dérogatoires », *RSC* 2008, p. 23.
- RUBI-CAVAGNA E., « La reconnaissance mutuelle : la rencontre des droits nationaux sous le signe de la confiance », in D. ZEROUKI-COTTIN (sous la dir.), *L'espace pénal européen : à la croisée des chemins ?*, Ed. La Chartre, Coll. « Les dossiers de la R.D.P.C. », Bruxelles, 2014, p.15.
- SAAS C., « Défendre en garde à vue : une révolution... de papier ? », *AJ pén.* 2010, p. 27.
- SABATIER J.-L., « La coopération policière européenne face à l'objectif de circulation des personnes », *Droit et défense*, 1996, n°2, p. 35.
- SAINT-PAU J.-C., « L'entraide judiciaire internationale et européenne », *Dr. pén.* 2004, ét. n°9.
- SAINT-PAU J.-C., « Le ministère public concurrence-t-il le juge d'instruction ? », *Dr. pén.* 2007, ét. 14.
- SAINT-PAU J.-C., « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », *D. pén.* 2011, ét. n°20.
- SAINT-PAU J.-C., « Les droits des personnes suspectées dans la réforme de la procédure pénale », in J.-C. SAINT-PAU (sous la dir.), *De quelques aspects de l'enquête en droit étrangers et comparés, Acteurs – Droits du suspect*, Travaux de l'Institut de Sciences criminelles et de la Justice de Bordeaux, Ed. Cujas, Paris, 2015, p. 147.
- SAINT-PIERRE F., « Un point de vue sur l'évolution actuelle de la procédure pénale », *D.* 2002 p. 3019.
- SAINT-PIERRE F., « Les droits de la défense dans la loi Perben II » in COLLECTIF, *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Ed. Dalloz, Coll. « Dossiers des journées d'études », Paris 2004, p. 429.
- SAINT-PIERRE F., « Qu'espérer de la commission Léger ? Une réforme d'ampleur de la Justice pénale ! », *AJ pén.* 2009, p. 171.
- SALAS D., « Parquets européens entre pouvoir judiciaire et politiques pénales », *Dr. et soc.* 2010/1, p. 91.
- SALOMON R., « Commentaire de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *Droit des sociétés* 2014, n°2, p. 32.
- SALOMON R., « Les poursuites et le jugement des infractions fiscales », *JCP éd. G.* 2014, n°6, p. 46.
- SATZGER H., « Chapter 4 : The future European Public Prosecutor and the National Prosecution : Potential Conflicts and how They Could be Avoided », in P. ASP (sous la

- dir.) *The European Public Prosecutor's Office, Legal and Criminal Policy Perspectives*, Skifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockhoms universitet nr 83, Stockholm, 2015, p. 69.
- SCHERRER A., MEGIE A. et MITSILEGAS V., « La stratégie de l'Union européenne contre la criminalité organisée : entre lacunes et inquiétudes », *Cultures & Conflits* [En ligne], 74, été 2009, p. 92.
- SCHWENDENER M., « Une police aux pouvoirs d'enquête renforcés », *AJ pén.* 2004, p. 228.
- SEGONDS M., « Commentaire de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *Dr. pén.* 2014, n°2, ét., p. 7.
- SEURIN M., « De la loi du 15 juin 2000 à la loi du 9 mars 2004, quel avenir pour l'instruction préparatoire ? », in COLLECTIF, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, Paris, 2006, p. 565.
- SEUVIC J.-F., « Chronique législative, loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *RSC* 2004, p. 376.
- SÈVE M. Et PEREZ M., « Sapin II : Is the era of Compliance and criminal settlements upon France ? », *RTDF* 2017, p. 130.
- SICURELA R., « Vers un espace judiciaire européen : un Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne », *RSC* 1997, p. 363.
- SIEBER U., « Unification européenne et droit pénal européen. Proposition pour l'avenir du droit pénal européen », *RSC* 1993, p. 249.
- SILVESTRE C., « Le principe de la célérité en procédure pénale française », *RRJ* 1996/1, p. 145.
- SIZAIRE V., « Quel modèle pour l'instruction », *AJ pén.* 2009, p. 388.
- SIMON D., « Constitution, souveraineté pénale, droit communautaire », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°26, 2009.
- SONTAG-KOENIG S., « Les perquisitions 2.0 : quand l'informatique se saisit de l'immatériel », *AJ pén.* 2016, p. 238.
- SOTIS C., « La poule et l'oeuf : intérêts financiers de l'Union européenne et harmonisation pénale », in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH et U. SIEBER (sous la dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de législation comparée, UMR de droit comparé, Paris, Vol. 15, Paris, 2008, p. 253.
- SOTIS C., « Les principes de nécessité et de proportionnalité », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (sous la dir.), *Le droit pénal de l'Union aux lendemains du traité de Lisbonne*, Société de Législation comparée, Paris, 2012, p. 59.
- SOTIS C., « Criminaliser sans punir. Réflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Union européenne prévu par le traité de Lisbonne », *RSC* 2010, p. 773.
- SOULARD C., *La chambre criminelle et l'ordre juridique communautaire*, in Rapport de la Cour de cassation pour 1998, La Documentations française, 1999, p. 159.
- SOULEZ-LARIVIERE D., « Le problème du ministère public français », *AJ pén.* 2011, p. 112.

- SPENCER J.-R., « La procédure pénale française vue par un anglais », in COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes et Commentaires », Paris, 2007, p. 227.
- SPENCER J.-R., « Fonctionnement du parquet européen : selon quel système ? », in COUR DE CASSATION (sous l'égide de.), *Quelles perspectives pour un ministère public européen ? Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes et Commentaires », Paris, 2010, p. 214.
- STRAHELI G., « La loi sur la garde vue au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'appliquée dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, spéc. 6-7 juil. 2011, p. 12.
- STRICKLER Y., « Après la crise de l'affaire Outreau, l'émotion et la procédure pénale », *LPA* 14 déc. 2006, p. 7.
- SUDRE F., « La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention EDH : le Protocole n°11 additionnel à la Convention », *JCP* 1995, I, 3849.
- SUDRE F., « Le principe de la légalité et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RPDP* 2001/2, p. 335.
- SUDRE F., « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 76/2008, p. 917.
- SUDRE F., « Le glas du parquet », *JCP éd. G.* 2010, chron. 2277.
- SUR P.-O., CANU-BERNARD M.-A., DREYFUS-SCHMIDT C., FEDIDA J.-M., LESAGE E., MAISONNEUVE P., DE SEZE C., « Contribution du barreau de Paris relative à la modernisation des procédures pénales », in J. BEAUME (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Juillet 2014, Annexe 12.
- TALEB A., « Quelles perspectives d'évolution pour le parquet français ? Etude des systèmes français et anglais à la lumière de la jurisprudence européenne (à propos de l'arrêt CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c/France*), *RIDP* 2011/1, p. 233.
- TAUPIAC-NOUVEL G. et BOTTON A., « La réforme du droit à l'information en procédure pénale », *JCP* 2014, doct. 802.
- TAUPIAC-NOUVEL G., « La transposition de la décision d'enquête européenne par l'ordonnance du 1er décembre 2016 : une surprise attendue ... », 14 déc. 2016, accessible à l'adresse : www.gdr-elsj.eu/2016/12/14/cooperation-judiciaire-penale/transposition-de-decision-denquete-europeenne-lordonnance-1er-decembre-2016-surprise-attendue/.
- TELLIER-CAYROL V., « La constitutionnalisation de la procédure pénale », *AJ pén.* 2011, p. 283.
- THELLIER DE PONCHEVILLE B., « Chronique Jurisprudence française intéressant le droit de l'Union - Incidence du droit pénal de l'Union européenne sur le droit pénal interne », *RTD eur.* 2013, p. 292.
- THELLIER DE PONCHEVILLE B., « La décision d'enquête européenne : une avancée en matière de coopération judiciaire précédant une nécessaire harmonisation de la procédure pénale », *RPDP* 2014, p. 417.

- THELLIER DE PONCHEVILLE B., « Chronique Jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'Union - Incidence du droit pénal de l'Union européenne sur le droit pénal interne », *RTD eur.* 2014, p. 470.
- THELLIER DE PONCHEVILLE B., « La transposition manquée de la décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 relative aux conflits de compétences », *AJ pén.* 2015, p. 528.
- THELLIER DE PONCHEVILLE B., « Chronique Droit de l'Union européenne », *RPDP* 2016/2, p. 465.
- THOMAS D., « L'évolution de la procédure pénale contemporaine : la tentation sécuritaire », in COLLECTIF, *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur de Reynald Ottenhof*, Dalloz, Paris, 2006, p. 53.
- THOMAS D., « A propos de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue : les leçons d'une réforme hâtive », in COLLECTIF, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Lexis Nexis, Paris, 2012, p. 771.
- THOMAS-TAILLANDIER D., « L'enquête-instruction : focus sur l'évolution de la mise en état des affaires pénales », *Gaz. Pal.* 18 juil. 2017, p. 74.
- TIEDEMAN K., « La protection pénale des intérêts financiers de la Communauté », in COMMUNAUTE EUROPEENNE, COMMISSION, *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté, Actes du Séminaire organisé par le Contrôle financier et le Service juridique de la Commission des Communautés Européennes, les 27, 28 et 29 novembre 1989 à Bruxelles*, Bruxelles, Luxembourg, 1990, p.142.
- TOUILLIER M., « L'évolution des procédures spéciales et dérogatoires », in *Problèmes actuels de sciences criminelles*, LGDJ, vol. XXIV, 2013, p. 35.
- TOUILLIER, M. « Quelle politique criminelle en matière de droits de la défense dans les procédures pénales dérogatoires ? », *Arch. pol. crim.* 2015, n° 37, p. 41.
- TOUILLIER M., « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure pénale : entre "petite" et "grande" révolutions », *RSC* 2015, p. 127.
- TOUILLIER M., « Les droits de la défense dans les procédures d'exception : une évolution « vent dessus, vent dedans », *AJ pén.* 2016, p. 119.
- TOUZELLIER B., « Du juge d'instruction...au parquet, les surprises de la réforme de la procédure pénale ! », *Gaz. Pal.* 25 janv. 2011, p. 17.
- TRICOT J., « Ministère public européen et systèmes nationaux : les enjeux de l'articulation verticale », in G. GIUDICELLI-DELAGE et S. MANACORDA (sous la dir.), *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Société de Législation comparée, UMR de Droit comparé de Paris, Vol. 10, 2005, p. 183.
- TRICOT J., « Le contrôle juridictionnel du parquet européen dans les projets législatifs. Observations critiques sur la proposition de règlement portant création du parquet européen », in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA et J. TRICOT (sous la dir.), *Le contrôle judiciaire du parquet européen. Nécessité, modèles, enjeux*, Ed. Société de législation comparée, Coll. « Unité Mixte de Droit Comparé de Paris », Paris, 2015, p. 155.

- TRUCHE P. « Qui inspire les réformes pénales ? – Une inspiration nationale et internationale », *in* COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes et Commentaires », Paris, 2007, p. 71.
- TULKENS F., « La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », *RSC* 2000, p. 995.
- TULKENS F., « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les maux et les remèdes », Intervention lors la conférence « Remèdes à la durée excessive des procédures : une nouvelle approche des obligations des États membres du Conseil de l'Europe, Bucarest, 3 avril 2006.
- TULKENS F., « Séminaire : La Convention vous appartient », *in* COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Dialogue entre juges, La Convention vous appartient*, Strasbourg, janv. 2010, accessible à l'adresse : www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2010_FRA.pdf, p. 7.
- TULKENS F. et VAN DROOGHENBROECK S., « L'encadrement par la norme internationale – L'encadrement du procès pénal par la Cour européenne des droits de l'homme », *in* COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes et Commentaires », Paris, 2007, p. 151.
- VERGES E., « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *AJ pén.*, 2004, p. 181.
- VERGES E., « L'enquête pénale au cœur d'un changement de paradigme : le statut et les droits de la personne mise en cause dans la procédure pénale », *RPDP* 2009, p. 837.
- VERGES E., « La transformation du modèle français de la garde à vue : étude d'un exemple d'acculturation de la procédure pénale », *RPDP*, 2010/4, p. 865.
- VERGES E., « Émergence européenne d'un régime juridique du suspect, nouvelle rationalité juridique », *RSC* 2012, p. 635.
- VERGES E., « Un *corpus juris* des droits des victimes : le droit européen entre synthèse et innovations. A propos de la Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité », *RSC* 2013, p. 121.
- VERGES E., « Construire la norme en procédure pénale : une étude des techniques juridiques à travers un cas symptomatique, la géolocalisation », *RSC* 2014, p. 599.
- VERGES E., « Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale. A propos de la loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales », *Dr. pén.* 2014, n°7, p. 10.
- VERGES E., « La réforme par transposition : la nouvelle voie de la procédure pénale », *RSC* 2015, p. 683.
- VERGES E., « La procédure pénale à son point d'équilibre », *RSC* 2016, p. 551.

- VERGES E., « Peut-on parler d'un droit des victimes d'infraction ? Éclatement et croisement des sources », in C. RIBEYRE (sous la dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Ed. Dalloz, Coll. « Thèmes & Commentaires », Paris, 2016, p. 29.
- VLAMYNCK H., « La procédure de comparution immédiate : vitesse ou précipitation ? », *AJ pén.* 2011, p. 10.
- VOLFF J., « Les évolutions de la procédure pénale en Europe après 1945 », *Dr. pén.* 2007, ét. 19.
- VOUIN R., « Le projet de réforme du Code d'instruction criminelle », *D.* 1950, chron. p. 37.
- VOULAND P., « Le renforcement de l'équilibre de la procédure pénale : en faveur des droits de la défense ? », *AJ pén.* 2007, p. 117.
- WADE M., « EuroNEEDs, Evaluating the need for and the needs of a European Criminal Justice System », Max Planck Institute für ausländisches und internationales Strafrecht, Rapport préliminaire, 2011.
- WALTER J., « L'évolution de l'instruction de 1808 à 2009 : chronique des turpitudes du modèle français en péril », in J. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ, (sous la dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle, Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, Saarbrücker Studien zum Internationalen Recht, n°44, p. 108.
- WARUSFEL B., « Procédure pénale et technologie de l'information. De la convention sur la cybercriminalité à la loi sur la sécurité quotidienne », *Droit & Défense*, 2002, p.1.
- WEYEMBERGH A., « L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les États membres de l'Union européenne », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (sous la dir.), *Vers un espace judiciaire pénal européen. Towards an European Judicial Criminal Area*, Ed. Université de Bruxelles, Institut des Études Européennes, Bruxelles, 2000, p. 151.
- WEYEMBERGH A., « L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union Européenne », *Arch. pol. crim.*, 2004/1, n°26, p. 37.
- WEYEMBERGH A., « La justice : Bilan et perspectives en matière pénale », C. KADDOUS et M. DONY (sous le dir.), *D'Amsterdam à Lisbonne, Dix ans d'Espace de liberté, de sécurité et de justice*, Ed. Helbing Lichtenhahn, Bruylant et L.G.D.J., Coll. « Dossiers de droit européen », 2010, p. 113
- WEYEMBERGH A., « Le cadre général de la coopération pénale au sein de l'Union européenne », in COLLECTIF, *La place de l'avocat pénal dans le procès. Un nouveau défi européen*, Ed. Anthemis, Limal, 2011, p. 15.
- YILDIRIM G., « Avocat général et parrain ou pourquoi la garantie d'impartialité de l'article 6§1 de la Convention EDH ne vise que les juges », *D.* 1999. 246.
- ZARKA J.-C., « Le nouveau CSM », *D.* 2010, p. 1888.
- ZAPPALA E., « Le procès pénal italien entre système inquisitoire et système accusatoire », in *Inquisitoire-accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ? RIDP*, 1^e et 2^e sem. 1997, p. 111.

VI. Essais et enquêtes

DUPONT-MORETTI E., *Bête noire*, Ed. Michel Lafon, Paris, 2012.

GARAPON A. et SALAS D., *Les nouvelles sorcières de Salem. Leçons d'Outreau*, Ed. Le seuil, Paris, 2005.

GILARDEAU E., *Au crépuscule de la justice pénale*, L'Harmattan, Coll. « Questions contemporaines », Paris, 2011.

GARRIGUES J., *Les scandales de la République*, Robert Laffont, Paris, 2004.

GAUDINO A., *L'enquête impossible*, Albin Michel, Paris, 1990

GAUDINO A., *Le procès impossible*, Albin Michel, Paris, 1992.

GREILSAMER L. et SCHNEIDERMAN D., *Les juges parlent*, Ed. Fayard, Paris, 1992.

VII. Rapports des Commissions de réflexions

DELMAS-MARTY M., LAVISGNES S. et al., *La mise en état des affaires pénales*, La documentation française, Paris, 1991.

TRUCHE P. (sous la dir.), Rapport de la commission de réflexion sur la Justice, Rapport remis au Président de la République, Juillet 1997, accessible à l'adresse : www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/974072100.pdf.

RASSAT M.-L., Propositions de réforme du code de procédure pénale, Rapport à M. le garde des sceaux, ministre de la justice, La Documentation française, Janvier 1997, accessible à l'adresse : www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/974035000/index.shtml.

MAGENDIE J.-C. (sous la dir.), *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Juin 2004.

VIOUT J.-O., Rapport du groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite « d'Outreau », Février 2005.

INSPECTION GENERALE DES SERVICES JUDICIAIRES, Rapport sur les conditions de traitement de l'affaire dite « d'Outreau », Mai 2006.

GUINCHARD S. (sous la dir.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Juillet 2008, accessible à l'adresse : www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000392/index.shtml.

LEGER P. (sous la dir.), Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale, remis le 1^e sept. 2009 à Monsieur le Président de la République et à Monsieur le Premier ministre, accessible à l'adresse : www.justice.gouv.fr/art_pix/sg_rapport_leger2_20090901.pdf.

Conseil d'Etat, *Réflexions sur l'institution d'un Parquet européen*, Février 2011, accessible à l'adresse : www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Vers-l-institution-d-un-Parquet-europeen.

GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTERIEL SUR LA LUTTE CONTRE LA CYBERCRIMINALITE, *Protéger les internautes. Rapport sur la cybercriminalité*, février 2014, accessible à l'adresse : www.justice.gouv.fr/include_htm/pub/rap_cybercriminalite_annexes.pdf.

NADAL J.-L. (sous la Prés.), *Refonder le ministère public*, Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, Novembre 2013, accessible à l'adresse : www.justice.gouv.fr/publication/rapport_JLNadal_refonder_ministere_public.pdf.

DELMAS-GOYON P., « *Le juge du 21ème siècle* » *Un citoyen acteur, une équipe de justice*, Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, Décembre 2013, accessible à l'adresse : www.justice.gouv.fr/publication/rapport_dg_2013.pdf.

BEAUME J. (sous la dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, Juillet 2014, accessible à l'adresse : www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014.pdf.

VIII. Avis de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme

CNDCH, *Avis sur l'avant-projet de loi portant adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité*, 27 mars 2003.

CNDCH, *Avis sur la réforme de la procédure pénale*, 10 juin 2010.

CNCDH, *Avis sur le projet de loi relatif à la garde à vue*, 6 janv. 2011.

CNDCH, *Avis sur l'indépendance de la justice*, 27 juin 2013.

CNDCH, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, 29 av. 2014, in C. LAZERGES (sous la dir.), *Les grands avis de la Commission*, Dalloz, n°28, p. 359, comm. J. LEBLOIS-HAPPE *JCP éd. G.* 2014.605, obs. J.-Y. MARECHAL.

IX. Rapports parlementaires

A. Travaux préparatoires

Rapport n°35 sur le projet de loi relatif à la simplification des procédures et à l'exécution des décisions pénales, Enregistré à la Présidence du Sénat le 16 octobre 1985, Présenté par C. JOLIBOIS.

Rapport n°69 sur le projet de loi portant réforme de la procédure d'instruction en matière pénale, Annexe au procès-verbal de la séance du 6 novembre 1985, Présenté par J.-M. GIRAULT.

Rapport n°134 sur le projet de la loi relatif au renforcement de la lutte contre le trafic de stupéfiants, Annexe au procès-verbal de la séance du 4 décembre 1991, Présenté par P. MASSON.

Rapport n°44 sur le projet de loi portant réforme de la procédure pénale, Annexe au procès-verbal de séance du 12 nov. 1992, Présenté par J.-M. GIRAULT.

Rapport n°94 sur le projet de loi portant réforme de la procédure pénale, Annexe au procès-verbal de la séance du 9 décembre 1992, Présenté par J.-M. GIRAULT.

Rapport n°374 sur le projet de loi relatif à la détention provisoire, Annexe au procès-verbal de la séance du 22 mai 1996, Présenté par M. Georges OTHILY.

Rapport n°1328 sur le projet de loi relatif aux alternatives aux poursuites et renforçant l'efficacité de la procédure pénale, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 1999, Présenté par L. MERMAZ.

Rapport n°1468 sur la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, le 11 mars 1999, Présenté par C. LAZERGES.

Rapport n°419, fait au nom de la commission des lois, sur la loi renforçant la présomption d'innocence, déposé le 10 juin 1999, Présenté par C. JOLIBOIS.

Rapport d'information n°2311 sur les obstacles au contrôle et à la répression de la délinquance financière et du blanchiment des capitaux en Europe, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 mars 2000, Présenté par A. MONTEBOURG.

Rapport n°3501, sur l'évaluation de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 décembre 2001, Présenté par C. LAZERGES.

Rapport n°157 sur le projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 juillet 2002, Présenté par J.-L. WARSMANN.

Rapport n°508 sur le projet de loi pour la sécurité intérieure, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 déc. 2002, Présenté par C. ESTROSI.

Rapport n°441 sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Enregistré à la Présidence du Sénat le 24 sept. 2003, Présenté par F. ZOCCHETTO.

Rapport n°856 sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 mai 2003, Présenté par J.-L. WARSMANN.

Rapport n°216, sur le projet de loi autorisant l'approbation de la convention établie par le Conseil conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, Annexe au procès-verbal de la séance du 2 mars 2005, Présenté par J. PEYRAT.

Rapport n°476 sur le projet de loi relatif à la prévention de la délinquance, Rattaché pour ordre au procès-verbal de la séance du 30 juin 2006, Enregistré à la Présidence du Sénat le 6 septembre 2006, Présenté par J.-R. LECERF.

Projet de loi n°3393 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 octobre 2006, Présenté par M. P. CLEMENT.

Rapport n°3505 sur le projet de loi n°3393 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 décembre 2006, Présenté par M. G. GEOFFROY.

Rapport n°243 sur le projet de loi relatif à la lutte contre la corruption, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 octobre 2007, Présenté par M. HUNAUT.

Rapport n°1689 sur la proposition de loi visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le mercredi 20 mai 2009, Présenté par M. G. GEOFFROY.

Rapport n°328 sur la proposition de loi visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale, Enregistré à la Présidence du Sénat le 24 février 2010, Présenté par F. ZOCCHETTO.

Rapport n°517 sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, Enregistré à la Présidence du Sénat le 2 juin 2010, Présenté par J.-P. COURTOIS.

Rapport n°3040 sur le projet de loi relatif à la garde à vue, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 octobre 2010, Présenté par P. GOSSELIN.

Rapport n°2937, sur le projet de loi relatif à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État en mer, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 novembre 2010, Présenté par C. MENARD.

Rapport n°241 sur le projet de loi autorisant la ratification du deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, présenté à la Présidence du Sénat le 19 janv. 2011, Présenté par J. MILHAU.

Rapport n°315 sur le projet de loi relatif à la garde à vue, Enregistré à la Présidence du Sénat le 16 février 2011, Présenté par F. ZOCCHETTO.

Rapport n°394 sur le projet de loi relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, Enregistré à la Présidence du Sénat le 30 mars 2011, par Monsieur Y. DETRAIGNE.

Rapport n°1050 sur le projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 mai 2013, présenté par D. RAIMBOURG.

Rapport n°1658, sur la proposition de résolution européenne n°1616 de MM. J.-J. URVOAS, G. GEOFFROY et Mme M. KARAMANLI, sur la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 décembre 2013, par Mme M. KARAMANLI.

Rapport n°284 sur le projet de loi relatif à la géolocalisation, Enregistré à la Présidence du Sénat le 15 janvier 2014, Présenté par J.-P. SUEUR.

Rapport n°380 sur le projet de loi portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, Enregistré à la Présidence du Sénat le 19 février 2014, Présenté par J.-P. MICHEL.

Rapport n°2173 sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 juillet 2014, Présenté par S. PIETRASANTA.

Rapport n°335 sur la proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste, Enregistré à la Présidence du Sénat le 27 janvier 2016, Présenté par M. MERCIER.

Rapport n° 3515 sur le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 février 2016, Présenté par C. CAPDEVIELLE et P. POPELIN.

Rapport n°491 sur le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, Enregistré à la Présidence du Sénat le 23 mars 2016, Présenté par M. MERCIER.

Rapport n°3785 et 3786 sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique et sur la proposition de loi relative à la compétence du Défenseur des droits pour la protection des lanceurs d'alerte, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 26 mai 2016, Présenté par S. DENAJA.

Rapport n°712 sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique et sur la proposition de loi relative à la compétence du Défenseur des droits pour la protection des lanceurs d'alerte, Enregistré à la Présidence du Sénat le 22 juin 2016, Présenté par F. PILLET.

B. Rapports d'informations

HAENEL H., Rapport d'information n°513 sur le classement sans suite (*Les infractions sans suite ou la délinquance maltraitée*), Annexe au procès-verbal de la séance du 18 juin 1998

DRAY J. (sous la dir. de), Rapport d'évaluation de l'application et des conséquences sur le déroulement de la procédure diligentée par les services de police et de gendarmerie des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, Rapport pour le Premier ministre, La Documentation française, 19 déc. 2001.

GEOFFROY G., Rapport n°565, sur la création d'un procureur européen [COM (2001) 715 final / E 1912 et COM (2001) 272 final / E 1758], Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 janvier 2003.

WARSMANN J.-L., *44 propositions pour améliorer la lutte contre la drogue*, Rapport remis au ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, La Documentation française, Paris, 2004.

WARSMANN J.-L., Rapport d'information n°2378 sur la mise en application de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 juin 2005.

ZOCCHETTO .F, Rapport d'information n°17 sur les procédures accélérées de jugement en matière pénale, Annexe au procès-verbal de la séance du 12 octobre 2005.

HOUILLOIN P., Rapport n°3125 fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 juin 2006.

LECERF J.-R. et MICHEL J.-P., Rapport d'information n°162 sur l'évolution du régime de l'enquête et de l'instruction, Enregistré à la Présidence du Sénat le 8 décembre 2010.

Table de Jurisprudence

I. Jurisprudence Européenne

Cour européenne des droits de l'Homme

Comm. EDH, déc., 16 déc. 1961, *Retimag S.A. c. République fédérale d'Allemagne*, Req. n°712/60.

Comm. EDH, déc., 5 mars 1965, *Cinquante-sept habitants de Louvain et des environs de cette ville c. Belgique*, Req. n°1994/63.

CEDH, 27 juin 1968, *Neumeister c. Autriche*, Req. n° 1936/63.

CEDH, 23 juil. 1968, « *Affaire linguistique belge* », Req. n°1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, *GACEDH* n°9.

CEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (Vagabondage)*, Req. n° 2832/66, 2835/66 et 2899/66, *Ann. fr. dr. int.* 1972. 443, obs. R. PELLOUX.

CEDH, 16 juil. 1971, *Ringeisen c. Autriche*, Req. n°2614/65, *RUDH* 1990. 72, obs. J. CALLEWAERT, M. DEJEANT-PONS et N. SANSONETIS.

CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, Req. n°5493/72, *GACEDH* n°7.

CEDH, 25 avr. 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, Req. n°5856/72.

CEDH, 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, Req. n°6232/73.

CEDH, 6 sept. 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, Req. n°5029/71 (§49), *Cab. dr. eur.*, 1979. 474, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1979. 338, obs. R. PELLOUX.

CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, Req. n°6538/74.

CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n°6833/74, *Cab. dr. eur.* 1980. 473, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1980. 317, obs. R. PELLOUX ; *JDI* 1982. 183, obs. P. ROLLAND.

CEDH, 4 déc. 1979, *Schiesser c. Suisse*, Req. n°7710/76, *Cab. dr. eur.* 1980. 467, obs. G. COHEN-JONATHAN.

CEDH, 27 fév. 1980, *Deweert c. Belgique*, Req. n°6903/75, *Cab. dr. eur.* 1982. 196, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1982. 197, obs. P. ROLLAND.

CEDH, 1^e oct. 1982, *Piersack c. Belgique*, Req. n°8692/79, *Ann. fr. dr. int.* 1985. 415, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1985. 210, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

Com. EDH, 7 déc. 1982, Req. n°9578/81, *X. c. République Fédérale d'Allemagne*.

CEDH, 25 mars 1983, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, *Cab. dr. eur.* 1986. 227, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1985. 218, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

Com. EDH, 13 juil. 1983, *W. c. Suisse*, Req. n°9022/80.

CEDH, 21 fév. 1984, *Oztürk c. Allemagne*, Req. n°8544/79, *Cab. dr. eur.* 1986. 212, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1985. 403, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1986.

1051, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

CEDH, 22 mai 1984, *De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas*, Req. n°8805/79, 8806/79 et 9242/81, *Cab. dr. eur.* 1986. 206, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1985. 393, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *RSC* 1985. 141, obs. L.-E. PETITTI ; *JDI* 1986. 1056, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, Req. n°7819/77 et 7878/77, *Cab. dr. eur.* 1986. 213, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1986. 1058, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

CEDH, 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, Req. n°8691/79, *RSC* 1984. 145, obs. L.-E. PETITTI ; *Ann. fr. dr. int.* 1985. 393, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *Cab. dr. eur.* 1986. 224, obs. G. COHEN-JONATHAN.

CEDH, 22 oct. 1984, *Sramek c. Autriche*, Req. n°8790/79, *Cab. dr. eur.* 1986. 215, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1985. 394, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *RSC* 1984. 142, obs. L.-E. PETITTI ; *JDI* 1986. 1069, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

CEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber c. Belgique*, Req. n°9186/80.

CEDH, 20 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, Req. n° 8225/78.

CEDH, 8 juill. 1986, *Lithgow et a. c. Royaume-Uni*, Req. n°9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 et 9405/81, *Cab. dr. eur.* 1988. 481, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *Ann. fr. dr. int.* 1987. 239, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 1987. 787, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER

CEDH, 2 mars 1987, *Weeks c. Royaume-Uni*, Req. n°9787/82.

CEDH, 26 nov. 1988, *Norris c. Irlande*, Req. n° 10581/83.

CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c. Pays-Bas*, Req. n°10486/83, *JDI* 1990.727, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

CEDH, 20 nov. 1989, *Kotowski c. Pays-Bas*, Req. n°11454/85.

CEDH, 19 déc. 1989, *Kamasinski c. Autriche*, Req. n° 9783/82.

CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin c. France*, Req. n°11801/85 et *Hunig c. France*, Req. n° 11105/84, *RUDH* 1990, p. 185, obs.. G. COHEN-JONATHAN ; *D.* 1990.353, note J. PRADEL.

CEDH, 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, Req. n°12244/86, 12245/86, 12383/86.

CEDH, 23 oct. 1990, *Huber c. Suisse*, Req. n°12794/87, *Ann. fr. dr. int.* 1991. 587, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE.

CEDH, 20 fév. 1991, *Vernillo c. France*, Req. n°11889/85, *D.* 1992, Somm. 333, obs. J.-F. RENUCCI.

CEDH, [G.C.], 28 août 1991, *Brandstetter c. Autriche*, Req. n°11170/84, 12876/87 et 13468/87.

CEDH, 29 nov. 1991, *Vermeire c. Belgique*, Req. n°12849/87.

CEDH, 27 fév. 1992, *Golino c. Italie*, req. n°12172/86.

CEDH, 27 août 1992, *Tomasi c. France*, *JDI* 1993, p. 740, obs. DECAUX et TAVERNIER ; *RSC* 1993, p. 142, obs. L.-E. PETITTI ; *RUDH* 1993, p. 1, obs. F. SUDRE et a. ; *Gaz. Pal.* 4 oct. 1992, 28, note VORMS ; *D.* 1993, Somm. 383, obs. J.-F. RENUCCI.

CEDH, 26 nov. 1992, *Brincat c. Italie*, Req. n°13867/88.

CEDH, 16 déc. 1992, *Sainte-Marie c. France*, Req. n°12981/87, *D.* 1993, somm. 384, obs. J.-F. RENUCCI.

CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz c. Allemagne*, Req. n°13710/88 *JDI* 1993. 755, obs. E. DECAUX et P. TAVERNIER ; *RTDH* 1993. 470, obs. P. LAMBERT et F. RIGAUX ; *D.* 1993. Somm. 386, obs. J.-F. RENUCCI ; *RUDH* 1993. 1, obs. F. SUDRE et a.

CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz Mateo c. Espagne*, req. n°12952/87.

CEDH, 21 sept. 1993, *Kremzow c. Autriche*, Req. n° 12350/86.

CEDH, 29 nov. 1993, *Doorson c. Pays-Bas*, Req. n°20524/92, *DR* 75/231.

CEDH, 28 oct. 1994, *Murray c. Royaume-Uni*, Req. n°14310/88.

CEDH, 13 juil. 1995, *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, Req. n°18139/91.

CEDH, 13 juil. 1995, *Kampanis c. Grèce*, Req. n°17977/91.

CEDH, 4 déc. 1995, *Bellet c. France*, Req. n°23805/94.

CEDH, 8 fév. 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*, *Procédures* 1996, n°194, obs. J. BUISSON ; *RSC* 1997, p. 481, obs. R. KOERING-JOULIN ; *Justice* 1997, n°5, p. 203, obs. G. COHEN-JONATHAN.

CEDH, 21 fév. 1996, *Hussain c. Royaume-Uni*, Req. n° 21928/93.

CEDH, 16 sept. 1996, *Akdivar et a. c. Turquie*, Req. n°21893/93, *Justice* 1997. 172, obs. J. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1997, p. 232, obs. E. DECAUX et P. TAVERNIER ; *RSC* 1997, p. 454, obs. R. KOERING-JOULIN ; *JCP éd. G.* 1997.I. 4000, obs. F. SUDRE.

CEDH, 27 oct. 1996, *Dombo Bebeer B.V. c. Pays-Bas*, Req. n°14448/88.

CEDH, [G.C.], 15 nov. 1996, *Chabal c. Royaume-Uni*, Req. n°22414/93.

CEDH, 18 mars 1997, *Foucher c. France*, Req. n°22209/93.

Comm. EDH, 7 avr. 1997, *Civet c. France*, Req. n°29340/95, *JDI* 2000.123, obs. E. DECAUX et P. TAVERNIER ; *RSC* 2000, p. 239, obs. F. MASSIAS.

CEDH, 23 avr. 1997, *Van Mechelen c. Pays-Bas*, Req. n° 21363/93, 21364/93, 21427/93 et 22056/93, *D.* 1998. Somm. 359, obs. J.-F. RENUCCI ; *JCP* 1998. I. 107, obs. F. SUDRE.

CEDH, 25 juin 1997, *Halford c. Royaume-Uni*, Req. n°20605/92.

CEDH, 26 nov. 1997, *Sakik et a. c. Turquie*, Req. n° 23878/94, 23879/94, 23880/94, 23881/94, 23882/94 et 23883/94.

CEDH, 16 déc. 1997, *Camenzind c. Suisse*, Req. n°21353/93.

CEDH, 19 déc. 1997, *Brualla Gomez de la Torre c. Espagne*, *D.* 1998, somm. 210, obs. N. FRICEIRO.

CEDH, 19 fév. 1998, *Dalia c. France*, Req. n°26102/95.

CEDH, 9 juin 1998, *Teixeira de Castro*, Req. n° 25829/94, *JCP éd. G.* 1999. I. 105, obs. F. SUDRE ; *RSC* 1999. 401, obs. R. KOERING-JOULIN.

CEDH, 28 août 1998, *Lambert c. France*, req. n°23618/94, *JCP éd. G.* I. 105, obs. F. SUDRE ; *D.* 1999, somm. 271, obs. J.-F. RENUCCI ; *RSC* 1998, p. 829, obs. L.-E. PETITTI ; *RTD civ.* 1998, p. 994, obs. J.-P. MARGUENAUD.

CEDH, 23 sept. 1998, *Malige c. France*, Req. n°27812/95.

CEDH, 28 oct. 1998, *Assenov et autres c. Bulgarie*, Req. n°24760/94, *JCP* 1999. I. 105, obs. F. SUDRE ; *D.* 1999. Somm. 266, obs. P. HENNION.

CEDH (déc.), 12 janv. 1999, *Rigopoulos c. Espagne*, Req. n°37388/97.

CEDH [G.C.], 21 janv. 1999, *Garcia Ruiz c. Espagne*, Req. n°30544/96.

CEDH, 25 mars 1999, *Nikolova c. Bulgarie*, Req. n°31195/96.

CEDH, [G.C.], 29 avr. 1999, *Aquilina c. Malte*, Req. n°25642/94.

CEDH [G.C.], 29 avr. 1999, *T.W. c. Malte*, Req. n° 25644/94.

CEDH, 28 juil. 1999, *Selmouni c. France*, Req. n°25803/94, *RSC* 1999, p. 891, obs. F. MASSIAS ; *JCP éd. G.* 1999, II. 10193, note F. SUDRE ; *RTD Civ.* 1999, p. 911, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.* 2000, Somm. 179, obs. J.-F. RENUCCI ; *Ibid*, Somm. 31, obs. Y. MAYAUD ; *RGDIP* 2000, p. 181, obs. G. COHEN-JONATHAN ; *RTDH* 2000, p. 138, obs. P. LAMBERT.

CEDH, 29 sept. 1999, *Djaid c. France*, Req. n°38687/97.

CEDH, 15 fév. 2000, *García Manibardo c. Espagne*, Req. n°38695/97.

- CEDH, 23 mai 2000, *Van Pelt c. France*, Req. n°31070/96.
- CEDH, 6 juin 2000, *Averill c. Royaume-Uni*, Req. n°36408/97.
- CEDH, 6 juin 2000, *Magee c. Royaume-Uni*, Req. n°28135/95.
- CEDH, [G.C.], 13 juil. 2000, *Scozzari et Giunta c. Italie*, Req. n° 39221/98 et 41963/98.
- CEDH, 5 oct. 2000, *Varbanov c. Bulgarie*, Req. n°31365/96.
- CEDH, 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne*, Req. n°30210/96, *JCP* 2001. I. 291, obs. F. SUDRE ; *RTD civ.* 2001. 442, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *RTDH* 2002. 169, obs. J.-F. FLAUSS.
- CEDH, 21 déc. 2000, *Vodenicarov c. Slovaquie*, Req. n° 24530/94.
- CEDH, 13 fév. 2001, *Lietzow c. Allemagne*, Req. n°24479/94.
- CEDH, 13 fév. 2001, *Schöps c. Allemagne*, Req. n° 25116/94.
- CEDH, 13 fév. 2001, *Gombert et Gochgarian c. France*, Req. n°39779/98 et 39781/98.
- CEDH, 31 juil. 2001, *Mortier c. France*, Req. n°42195/98.
- CEDH, (déc.), 6 sept. 2001, *Brusco c. Italie*, Req. n°69789/01, *D.* 2002, p. 685, obs. J.-F. RENUCCI.
- CEDH (déc.), 8 janv. 2002, *Keslassy c. France*, Req. n° 51578/99.
- CEDH, 21 mars 2002, *Etcheveste et Bidard c. France*, Req. n°44797/98 et 44798/98.
- CEDH (déc.), 26 juin 2002, *Borghini c. Italie*, Req. n°54767/00, *RTDH* 2003, p. 964, obs. M.-A. BEERNAERT.
- CEDH, [G.C.], 11 juil. 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, Req. n°28957/95, *GACEDH* n°43.
- CEDH, 15 juil. 2002, *Stratégies et Communications et Dumoulin c. Belgique*, Req. n° 37370/97.
- CEDH, 3 déc. 2002, *Berger c. France*, Req. n° 48221/99.
- CEDH, 12 mars 2003, *Ocalan c. Turquie*, Req. n°46221/99.
- CEDH, 3 juin 2003, *Benmeziane c. France*, Req. n°51803/99.
- CEDH, 24 sept. 2003, *Rablat c. France*, Req. n°49285/99.
- CEDH, 30 sept. 2003, *Z. c. France*, Req. n°49627/99.
- CEDH, 23 oct. 2003, *Gençel c. Turquie*, Req. n°53431/99.
- CEDH, [G.C.], 17 fév. 2004, *Maestri c. Italie*, Req. n°39748/98.
- CEDH, 18 mai 2004, *Somogyi c. Italie*, Req. n°67972/01.
- CEDH, 6 janv. 2004, *Rouille c. France*, Req. n°50268/99.
- CEDH, 29 avr. 2004, *Barrillot c. France*, Req. n°49533/99.
- CEDH, 8 juin 2004, *Mutimura c. France*, Req. n°46621/99.
- CEDH, 27 juill. 2004, *Ikincisoy c. Turquie*, Req. n°26144/95.
- CEDH (déc.), 7 sept. 2004, *Eurofinacom c. France*, Req. n° 58753/00.
- CEDH, 14 sept. 2004, *Subiali c. France*, Req. n°65372/01.
- CEDH, 22 mars 2005, *Güngör c. Turquie*, Req. n°28290/95.
- CEDH, 29 mars 2005, *Matheron c. France*, Req. n°57752/00, *D.* 2005, 1755, obs. J. PRADEL ; *JCP éd. G.* 2005, II, 10091, note L. DI RAIMONDO ; *RSC* 2007. 331, obs. R. FINIELZ.
- CEDH, [G.C.], 12 avr. 2005, *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, Req. n°36378/02.
- CEDH, [G.C.], 12 mai 2005, *Ocalan c. Turquie*, Req. 46221/99.
- CEDH, 31 mai 2005, *Vetter c. France*, req. n°59842/00, *D.* 2005. 1755, note J. PRADEL ; *RSC* 2006, p. 663, obs. F. MASSIAS.

CEDH, 14 juin 2005, *Menet c. France*, Req. n°39553/02.

CEDH, 29 juin 2005, *Guirand c. France*, Req. n°64174/00.

CEDH [G.C.], 19 oct. 2005, *Roche c. Royaume-Uni*, Req. n° n° 32555/96.

CEDH, 15 nov. 2005, *Reinprecht c. Autriche*, Req. n°67175/01.

CEDH, [G.C.], 1^{er} mars 2006, *Sejdovic c. Italie*, Req. n°56581/00.

CEDH, 9 mars 2006, *Sviņsta c. Lettonie*, Req. n°66820/01.

CEDH, [G.C.], 29 mars 2006, *Pizzati c. Italie*, Req. n°62361/00.

CEDH, 27 avril 2006, *Horomidis c. Grèce*, Req. n°9874/04.

CEDH, 27 juil. 2006, *Zervudacki c. France*, Req. n°73947/01, *Jour. dr. inter.* 2007. 698, chron. O. BACHELET ; *RTDH* 2007, p. 559, obs. M. PUECHAVY.

CEDH [G.C.], 3 oct. 2006, *McKay c. Royaume-Uni*, Req. n° 543/03.

CEDH (déc.), 30 janv. 2007, *Turcon c. France*, Req. n°34514/02.

CEDH, 26 av. 2007, *Dumitru Popescu c. Roumanie*, Req. n°71525/01.

CEDH, 7 juin 2007, *Smirnov c. Russie*, Req. n°71362/01.

CEDH, [G.C.], 5 fév. 2008, *Ramanauskas c. Lituanie*, Req. n°74420/01, *RTDH* 2009. 211, obs. C. DE VALKENEER ; *Dr. pén.* 2009 Chron. 4, obs. E. DREYER ; *RSC* 2009, p. 694, obs. A. GIUDICELLI.

CEDH, 21 fév. 2008, *Ravon et autres c. France*, Req. n°18497/03, *D.* 2008. AJ 1054, obs. GUÉLAUD ; *JCP* 2008. I. 167, n° 10, obs. F. SUDRE ; *RSC* 2009. 598, obs. H. MATSOPOULOU ; *Procédures* 2008, n°4, comm. 108, obs. N. FRICERO.

CEDH, 1^{er} avr. 2008, *Varga c. Roumanie*, Req. n°73957/01.

CEDH, 18 mars 2008, *Ladent c. Pologne*, Req. n°11036/03.

CEDH, 24 juil. 2008, *André et autres c. France*, Req. n° 18603/03, *RDP* 2009. 911, obs. SURREL ; *JCP éd. G.* 2008. II. 10182, note LOUIT.

CEDH, 18 sept. 2008, *Kandler c. France*, Req. n°18659/05.

CEDH, 6 nov. 2008, *Kandjov c. Bulgarie*, Req. n° 68294/01.

CEDH [G.C.], 27 nov. 2008, *Saldıç c. Turquie*, Req. n°36391/01, *Actualités droits-libertés*, 28 nov. 2008, note N. HERVIEUX ; *Dr. pén.* 2009, chron. 4, E. DREYER ; *JCP éd. G.*, I. 104, chron. F. SUDRE ; *CPDH*, 18 nov. 2009, obs. O. BACHELET.

CEDH, 20 nov. 2008, *Société IFB c. France*, Req. n°2058/04.

CEDH, 30 nov. 2008, *Maire d'Eglise c. France*, Req. n°20335/04, *Dr. pén.* 2009, chron. 8, obs. V. LESCLOUS ; *RIDP* 2009/1, p. 338, obs. F. FOURMENT et al.

CEDH, 2 déc. 2008, *K. U. c. Finlande*, Req. n°2872/02, *JDI* 2008.1037, obs. E. DECAUX et P. TAVERNIER.

CEDH, 3 fév. 2009, *İpek et autres c. Turquie*, n°17019/02 et 30070/02.

CEDH, 10 fév. 2009, *Iordachi c. Moldavie*, Req. n°25198/02.

CEDH, [G.C.], 19 fév. 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, Req. n°3455/05.

CEDH, 21 avr. 2009, *Stephens c. Malte*, Req. n°33740/06.

CEDH, 30 juin 2009, *VioREL Burzo c. Roumanie*, Req. 75109/01 et 12639/02.

CEDH, [G.C.], 9 juil. 2009, *Mooren c. Allemagne*, Req. n° 11364/03.

CEDH, 30 juil. 2009, *Ananyev c. Russie*, Req. n° 20292/04.

CEDH (déc.), 1^{er} sept. 2009, *Jacquier c. France*, Req. n°45827/07.

CEDH [G.C.], 17 sept. 2009, *Scoppola c. Italie (n°2)*, Req. n°10249/03.

- CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan c. Turquie*, préc., CPDH, 18 nov. 2009, obs. O. BACHELET ; *Gaz. Pal.* 23 oct. 2010, p. 2, obs. C. CHARRIERE-BOURNAZEL ; *Gaz. Pal.* 3 déc. 2009, p. 19, obs. H. MATSOPOULOU ; *D.* 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; *RSC* 2010, p. 23, obs. D. ROETS ; *Dr. pén.* 2010, chron. 4, E. DREYER.
- CEDH, 6 janv. 2010, *Fernández-Huidobro c. Espagne*, Req. n° 74181/01, *Dr. pénal* 2011. Chron. 3, obs. E. DREYER.
- CEDH, 21 janv. 2010, *Xavier Da Silveira*, Req. n° 43757/05, *RSC* 2010. Chron. 702, obs. D. ROETS ; *D.* 2010. 383, obs. C. GIRAULT ; *AJ pén.* 2010, p. 233, ét. C. PORTERON.
- CEDH, 9 fév. 2010, *Boz c. Turquie*, Req. n°2039/04.
- CEDH, 12 fév. 2010, *Aleksandr Zaichenko c. Russie*, Req. n°39660/02.
- CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*, Req. n°54729/00, *JCP éd. G.*, 2010.859, n°12, obs. F. SUDRE.
- CEDH, [G.C.], 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, Req. n° 3394/03 (§§128 et 132), *D.* 2010.898, note S. LAVRIC ; *Ibid.*, 970, obs. D. REBUT ; *Ibid.* 2010.1386, note J.-F. RENUCCI ; *Ibid.* 2010.1390, note P. HENNION-JACQUET ; *RSC* 2010, chron. p. 685, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *Dr. pén.* 2010, étude 12, obs. J.-B. THIERRY.
- CEDH, 22 avr. 2010, *Chesne c. France*, req. n°29808/06, *RSC* 2010. Chron. 690, obs. D. ROETS ; *Dr. pén.* 2011. Chron. 3, obs. E. DREYER.
- CEDH, 2 sept. 2010, *Uzun c. Allemagne*, Req. n°35623/05, *D.* 2011. 724, obs. H. MATSOPOULOU ; *RSC* 2011. Chron. 217, obs. D. ROETS ; *Dr. pén.* 2011. Chron. 3, obs. E. DREYER.
- CEDH, 10 sept. 2010, *McFarlane c. Irlande*, Req. n°31333/06.
- CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c. France*, Req. n°1466/07, *D.* 2010, p. 2950, obs. J.-F. RENUCCI ; *Ibid.* p. 2850, obs. D. GUÉRIN ; *JCP éd. G.*, act. 1064, obs. F. SUDRE ; *Procédures* 2010, comm. 419, A.-N. CHAVENT-
- LECLERE ; *Dr. pén.* 2010, ét. 29, C. MAURO ; *RSC* 2011, p. 211, comm. D. ROETS ; *Dr. pén.* 2011, chron. 7, V. LESCLOUS.
- CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c. France*, Req. n° 37104/06, *D.* 2010, p. 2276, obs. S. LAVRIC ; *Gaz. Pal.* 8 déc. 2010, p. 6, obs. O. BACHELET ; *JCP éd. G.* 2010, p. 2277, chron. F. SUDRE ; *JCP éd. G.* 2011, p. 182, chron. F. SUDRE ; *D.* 2011, p. 26, point de vue F. FOURMENT ; *D.* 2011., p. 277, note J.-F. RENUCCI ; *Ibid.*, p. 338, obs. J. PRADEL ; *Gaz. Pal.* 25 janv. 2011, p. 17, obs. B. TOUZELLIER ; *Procédures* 2011, p. 26, obs. A.-S. CHAVENT-LECLERE ; *RSC* 2011, p. 208, chron. J.-P. MARGUENAUD et D. ROETS ; *Dr. pén.* 2011, n°2, p. 28, comm. A. MARON et M. HAAS.
- CEDH, 21 déc. 2010, *Société Canal Plus et autres c. France*, Req. n° 29408/08, *D.* 2011. 1332 obs. H. MATSOPOULOU ; *Dalloz actualité*, 24 janv. 2011, obs. O. BACHELET.
- CEDH, 21 déc. 2010, *Cie des Gaz de Pétrole Primagaz c. France*, Req. n° 29613/08, *D.* 2011. 1332 obs. H. MATSOPOULOU ; *Dalloz actualité*, 24 janv. 2011, obs. O. BACHELET.
- CEDH, 15 fév. 2011, *Heino c. Finlande*, Req. n° 56720/09.
- CEDH, 20 sept. 2011, *Sapan c. Turquie*, Req. n°17252/09.
- CEDH, 6 oct. 2011, *Wagner c. Luxembourg*, Req. n°43490/08.
- CEDH, [G.C.], 11 déc. 2011, *Al-Khawaja et Tabery c. Royaume-Uni*, Req. n°26766/05 et 22228/06.
- CEDH, 24 juil. 2012, *Stanca c. Roumanie*, Req. n°34116/04.
- CEDH, 9 janv. 2013, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, Req. n°21722/11.
- CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France*, Req. n° 62736/09, *D.* 2013. 1687, obs. O. BACHELET ; *AJ pénal* 2013. 549, obs. G. ROUSSEL ; *RSC* 2013. 656, obs. D. ROETS ; *Gaz. Pal.* 13-15 oct. 2013, p. 41, note F. FOURMENT ; *RPDP* 2013. 705, obs. J.-F. RENUCCI.

CEDH, 15 oct. 2013, *Gutsanovi c. Bulgarie*, Req. n°34529/10 (§154), *RSC* 2014. 163 et 169, obs. D. ROETS ; *Dallos actualité*, 30 oct. 2013, obs. O. BACHELET ; *RPDP* 2014. 97, obs. P. BEAUVAIS.

CEDH, 19 nov. 2013, *El Kashif c. Pologne*, Req. n° 69398/11.

CEDH, 26 nov. 2013, *Emilian-George Igna c. Roumanie*, Req. n°21249/05, *Dallos actualité*, 27 nov. 2013, obs. A. PORTMANN.

CEDH, 29 avr. 2014, *Natsvlshvili et Togonidze c. Géorgie*, Req. n° 9043/05, *JCP éd. G.* 2014. 1067, obs. L. MILANO ; *Ibid.*, 14 juil. 2014. 1409, chron. F. SUDRE ; *RPDP* 2014, p. 691, chron. J.-F. RENUCCI ; *RTDH* 2015, p. 207, comm. M.-A. BEERNAERT ; *JDI* 2015. 1211, obs. A. BREJON.

CEDH, 4 déc. 2014, *Ali Samatar et autres c. France*, Req. n° 17110/10 et 17301/10 et CEDH, 4 déc. 2014, *Hassan et autres c. France*, Req. n°46695/10 et 54588/10, *Dr. pén.* 2015, p. 13, obs. O. DECIMA ; *AJ pén.* 2015, p. 102, obs. G. POISSONNIER ; *JCP éd. G.* 2015, 134, obs. J. PRADEL ; *D.* 2015, p. 303, obs. J.-F. RENUCCI ; *Gaz. Pal.*, 10 janv. 2015, p. 9, obs. E. RASCHEL.

CEDH, 15 janv. 2015, *Dragojević c. Croatie*, Req. n° 68955/11.

CEDH, 9 avril 2015, *A.T. c. Luxembourg*, Req. n°30460/13, *AJ pén.* 2015, p. 380, obs. S. LAVRIC ; *RSC* 2015, p. 736, obs. D. ROETS ; *D.* 2016, p. 225, J.-F. RENUCCI.

CEDH, 16 juin 2015, *Schmid-Laffer c. Suisse*, Req. n° 41269/08.

CEDH [G.C.], 20 oct. 2015, *Dvorski c. Croatie*, Req. n° 25703/11.

CEDH, 10 nov. 2015, *Slavov et autres c. Bulgarie*, Req. n°58500/10.

CEDH [G.C.], 23 mars 2016, *Blokhin c. Russie*, Req. n°47152/06.

CEDH, [G.C.], 13 sept. 2016, *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, *RSC* 2017, p. 130, obs. J.-P. MARGUENAUD.

CEDH, 10 nov. 2016, *Kiril Zlatkov Nikolov c. France*, Req. n°70474/11 et 68038/12, *D.* 2017.861, obs. J.-F. RENUCCI.

CEDH [G.C.], 12 mai 2017, *Simeonovi c. Bulgarie*, Req. n°21980/04, *Dallos actualité*, 29 mai 2017, obs. A. PORTMANN.

CEDH, 30 mai 2017, *Trabajo Rueda c. Espagne*, Req. n°32600/12, *Dallos actualité*, 30 mai 2017, obs. D. GOETZ.

Cour de Justice de l'Union

CJCE, 11 nov. 1981, *Procédure pénale c. Guerino Casati*, aff. 203/80.

CJCE, 25 fév. 1988, *Procédure pénale c. Rainer Drexler*, aff. 299/86.

CJCE, 2 fév. 1989, *Ian William Cowan c. Trésor public*, aff. 186/87.

CJCE, 14 déc. 1995, *Procédure pénale c. Georgio Domino Branchero*, aff. 387/93.

CJCE, 16 juin 2005, aff. C-105/03, Rec. 2005, p. I-5285, *Procédure pénale c. Maria Pupino*, *AJDA* 2005, p. 2335 obs. E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT ; *JCP éd. A*, chron. p. 1435, O. DUBOS ; *Europe*, 2005, p. 10, note

F. KAUFF-GAZIN ; *AJ Pén.* 2005, p. 452, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *Rev. Aff.eur.*, 2005, p. 479, note L. RIUNY ; *Rev. dr. UE*, 2005, p. 650, note T. UYEN DO ; *RTDH*, 2007, p. 269, comm. A. WEYEMBERGH, P. DE HERT ET P. PAEPE.

CJUE [G.C.], 8 sept. 2015, aff. C-105/14, *Procédure pénale contre Ivo Taricco e.a.*, *Europe*, 2015, n°11, comm. 445, A.-N. MOSBRUCKER ; *RTD Eur.* 2016, p.162, comm. L. D'AMBROSIO et D. VOZZA ; *JCP éd. Adm.* 2016, n°1, chron. p. 28, spéc. p. 39, note C. FROGER.

Tribunal de première instance de l'Union

Trib. Prem. Inst., Ord. 13 juil. 2004, Aff. T-29/03, *Comunidad Autónoma de Andalucía c. Commission des Communautés européennes*, Rec. 2004 II-02923.

Trib. Prem. Inst., Arrêt, 6 avr. 2006, *Manel Camós Grau c. Commission des Communautés européennes*, Rec. 2006 II-01173.

II. Jurisprudence Française

Conseil Constitutionnel

Cons. Const., Déc. n° 80-127 DC, 20 janv. 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, *AJDA* 1981.275, obs. J. RIVERO ; *Ibid.* 278, obs. C. DE GOURNAY ; *D.* 1981.101, obs. J. PRADEL ; *D.* 1982.441, obs. A. DEKEUWER.

Cons. Const., Déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993, *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*, *JCP éd. G.* 1993, II. 3720, note F. LE GUNHEC ; *RFD const.* 1993, p. 848, note T. RENOUX ; *Pouvoirs* 1994, p. 172, note P. AVRIL et J. GICQUEL.

Cons. Const., Déc. n°95-360 DC du 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, *D.* 1995.41, obs. J.-P. MÉNABÉ ; *Ibid.* 171, obs. J. PRADEL ; *Ibid.* 201, obs. J. VOLFF ; *D.* 1997.130, obs. T.-S. RENOUX.

Cons. Const., Déc. n° 96-377 DC, 16 juil. 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, *RFD const.* 1996.806, obs. T.-S. RENOUX ; *AJDA* 1997.86, obs. C. TEITGEN-COLLY et L. JULIEN-LAFERRIERE ; *D.* 1998.147, obs. T.-S. RENOUX ; *D.* 1998.154, obs. T.-S. RENOUX.

Cons. Const., Déc. n°2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, *D.* 2003, p. 1127, obs. L. DOMINGO ; *D.* 2003, p. 1128, obs. S. NICOT ; *RFD const.* 2003, p. 363, comm. A. PENA-GAÏA ; *RFD const.* 2003, p. 548, obs. T.-S. RENOUX.

Cons. Const., Déc. n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, *RFDA* 2003.573, obs. R. GHEVONTIAN ; *RFDA* 2003.760, obs. O. LECUCQ ; *D.* 2004. 1273, obs. S. NICOT.

Cons. Const., Déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, *D.* 2004, p. 956, obs. M. DOBKINE ; *RSC* 2004, p. 725, obs. C. LAZERGES ; *RFD const.* 2004, p. 347, obs. S. NICOT ; *JCP éd. G.*, 2004, p. 597, obs. F. LE GUHENEK ; *Ibid.*, p. 619, obs. J.-C. ZARKA ; *RSC* 2005, p. 122, obs. V. BUCK ; *LPA*, 11-14 nov. 2005, p. 5, obs. D. CHAGNOLLAUD ; *Ibid.*, p. 8, obs. R. PIASTRA ; *Ibid.*, p. 14, obs. B. MATHIEU et A.-L. CASSARD-VALEMBOIS.

Cons. Const. Déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, *Gaz. Pal.*, 5 août 2010, p. 14, obs. O. BACHELET ; *AJDA* 2010, p. 1556, obs. S. BRONDEL ; *D.* 2010, p. 1928, ent. C. CHARRIÈRE-BOURNAZEL ; *Ibid.*, p. 1949, comm. P. CASSIA ; *Ibid.*, p. 2783, chron. J. PRADEL ; *AJ pén.*, 2010, p. 470, ét. J.-B. PERRIER ; *RTD Civ.*, 2010, p. 513, obs. P. PUIG et *Ibid.*, p. 517 ; *Procédures*, 2010, comm. n°382, obs. A.-S. CHAVENT-LECLERE ; *Ibid.*, Rep. 9, obs. H. CROZE ; *Constitution*, 2010, p. 571, obs. E. DAOUD et E. MERCINIER ; *JCP éd. G.*, 2010, 914, obs. F. FOURNIER ; *RPDP*, 2010, n° 3, p. 599, point de vue O. FOLL et J. POINAS ; *Ibid.*, p. 609, point de vue F. CASORLA ; *Ibid.*, p. 623, point de vue F. SAINT-PIERRE ; *RSC* 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *Ibid.*, p. 165, obs. B. DE LAMY.

Cons. Const. Déc. n°2010-31 QPC, du 22 septembre 2010, *M. Bulent A. et autres*, consid. 4., *D.* 2010 p. 2162, obs. L. PRIOU-ALIBERT ; *RSC* 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY.

Cons. Const., Déc. n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011, *M. Abderrahmane L. [Déferement devant le procureur de la République]*, *RSC* 2011, p. 414, obs. J. DANET ; *Gaz. Pal.* 22 mai 2011, n°142, p. 18, obs. S. DETRAZ ; *AJ pén.* 2011, p. 471, obs. J.-B. PERRIER.

Cons. Const., Déc. n°2011-133 QPC du 24 juin 2011, *M. Kiril Z. [Exécution du mandat d'arrêt et du mandat d'amener]*, *Dalloz Actualité*, 28 juin 2011, obs. E. ALLAIN ; *Procédures* 2011, com. 23, obs. A.-N. CHAVENT-LECLERE ; *Gaz. Pal.* 9-11 oct. 2011, p. 17, obs. A. BOTTON ; *AJ pén.* 2011, p. 602, obs. J.-B. PERRIER ; *L.P.A.* 31 juin 2012, p. 17, obs. L. BAGHESTANI.

Cons. Const., Déc. n°2011-191 /194 /195 /196 /197 QPC, 18 nov. 2011, *Mme Élise A. et autres [Garde à vue II]*, *Dalloz actualité*, 24 nov. 2011, obs. C. GIRAULT ; *D.* 2011, actu. 2800 ; *Ibid.*, p. 3034, obs. H. MATSOPOULOU ; *Gaz. Pal.* 22 nov. 2011, p. 18, O. BACHELET ; *D.* 2012, pan. 1638, obs. V. BERNAUD et N. JACQUINOT ; *AJ pén.* 2012, p. 102, obs. J.-B. PERRIER ; *RSC* 2012, chron. p. 185, obs. J. DANET ; *Ibid.*, p. 217, obs. B. DE LAMY ; *Dr. pén.* 2012, chron. 7, obs. V. LESCLOUS.

Cons. Const., Déc. n° 2011-203 QPC, 2 déc. 2011, *M. Watbik M. [Vente des biens saisis par l'administration douanière]*, *Dr. pén.* 2012, n°1, p. 39, obs. J.-H. ROBERT ; *D.* 2012. IR. 43.

Cons. Const., Déc. n° 2011-641 DC du 8 déc. 2011, *Loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles*, *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 21 déc. 2011, O. BACHELET ; *RFDC* 2012.851, obs. J.-B. PERRIER.

Cons. Const., Déc. n°2012-257 QPC, 18 juin 2012, *Société OLANO CARLA et autre [Convocation et audition par OPJ en enquête préliminaire]*, *AJ pén.* 2012, p. 602, obs. J.-B. PERRIER ; *Gaz. Pal.* 8 juil. 2012, p. 17, obs. O. BACHELET ; *Constitution*, 2012, p. 442, obs. A. DARSONVILLE ; *RSC* 2013, p. 842, obs. X. SALVAT.

Cons. Const., Déc. n° 2013-679 DC, 4 déc. 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, *RPDP* 2013, p. 930, obs. A. BOTTON ; *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 2 janv. 2014, obs. M. TOUILLIER ; *Constitution*, janv.-mars 2014, p. 76, obs. C. DE LA MARDIERE.

Cons. Const., 21 mars 2014, n°2014-375 et autres QPC du 21 mars 2014, *M. Bertrand L. et autres [Régime de saisie des navires utilisés pour*

commettre des infractions en matière de pêche maritime], *RFD Const.*, avril 2015, p. 202, obs. S. FUCINI.

Cons. Const., Déc. n° 2014-693 DC du 25 mars 2014, *Loi relative à la géolocalisation*, *Gaz. Pal.* 4-5 avr. 2014, p. 14, obs. E. DUPIC ; *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 9 mai 2014, obs. C. FONTEIX ; *RSC* 2014.669, obs. C. LAZERGES.

Cons. Const., n° 2014-387 QPC, 4 avril 2014, *M. Jacques J. [Visites domiciliaires, perquisitions et saisies dans les lieux de travail]*, *RSC* 2014. 361, obs. A. CERF-HOLLENDER ; *JCP éd. G.* 2014, doct. 598, obs. D. REBUT ; *L.P.A.* 10 juil. 2014, p. 9, obs. L. RICHARD ; *Dr. pén.* 2014, p. 52, obs. J.-H. ROBERT ; *Revue juridique de l'économie publique*, sept 2014, p. 1, obs. M. COLLET ; *RFD const.*, avr. 2015, p. 202, obs. S. FUCINI.

Cons. Const., Décision n°2014-390 QPC du 11 avril 2014, *M. Antoine H. [Destruction d'objets saisis sur décision du procureur de la République]*, *Dalloz actualité*, 9 mai 2014, obs. S. FUCINI ; *AJ pén.* 2014, p. 368, obs. P. BELLOIR ; *Procédures* 2014, comm. 183, obs. J. BUISSON.

Cons. Const., Déc. n° 2014-420/421 QPC du 9 octobre 2014, *M. Maurice L. et autre [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée]*, *RDFC*, avril 2015, p. 206, note S. ANANE ; *D.* 2014, p. 574, comm. A. BOTTON ; *RPDP* 2014, n°4, pp. 833, note S. COMELLAS ; *Bull. Lamy droit pénal des affaires*, 2014, n°144, p. 1, note A. GALLOIS ; *Dr. pén.* 2014, n°11, p. 31, comm. A. MARON et M. HAAS ; *Lettres d'Actualités Droits et Libertés du CREDOF*, 30 oct. 2014, comm. M. TOUILLIER.

Cons. Const., Déc. n° 2015-508 QPC du 11 décembre 2015, *M. Amir F. [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits de blanchiment, de recel et d'association de malfaiteurs en lien avec des faits d'escroquerie en bande organisée]*, *Dr. pén.* 2016, n°1, p. 45, comm. A. MARON et M. HAAS ; *AJ pén.* 2016, p. 77 ; *JCP éd. G.* 2016, n°7, p. 367, chron. B. MATHIEU ; *Ibid.*, n°13, p. 642, chron. J.-H. ROBERT, C. CLAVERIE-ROUSSET, S. DETRAZ, J.-B. PERRIER.

Cour de cassation

- Cass., 14 fév. 1811, *S.* 1811. 1, p. 356.
- Cass., 4 juil. 1832, *DP* 182, 1, p. 395.
- Cass., 30 juil. 1847, *S.* 1847.1, p. 863.
- Cass., 18 août 1860, *S.* 1861.1, p. 400.
- Cass., 2 mai 1867, *S.* 1867.1, p. 343.
- Cass., 6 juil. 1889, *S.* 1889. 1, p. 399.
- Cass., 12 mars 1898, *S.* 1899, 1, 297, note Roux, n°2.
- Cass. crim., 3 août 1935, *DP* 1937, I, 94, obs. LELOIR.
- Cass. crim., 28 juil. 1958, *Bull. crim.* n°589.
- Cass. crim., 26 fév. 1959, *Bull. crim.* n°134.
- Cass. crim., 6 janv. 1961, *Bull.* n°6, *D.* 1961.581, note M.R. M. P.
- Cass. crim., 14 avr. 1961, *Bull.* n°199.
- Cass. crim., 31 oct. 1961, *D.* 1962, somm. 27.
- Cass. crim., 27 juil. 1964, *Bull. crim.* n°252.
- Cass. crim., 29 déc. 1964, *Bull. crim.* n°349.
- Cass. Crim., 13 mars 1968, *D.* 1968. 429.
- Cass. crim., 11 juin 1975, *Bull. crim.* n°151.
- Cass. crim., 25 juil. 1978, *Bull. crim.* n°244.
- Cass. crim., 5 juin 1975, *Bull. crim.* n°146, *JCP éd. G.* II, 18243, obs. P. CHAMBON.
- Cass. crim., 9 oct. 1980, *Tournet*, *D.* 1981. 332, note J. PRADEL ; *JCP éd. G.* 1982, obs. G. DI MARINO ; *RSC* 1982, p. 144, obs. J. ROBERT.
- Cass. crim., 31 mai 1983, *Bull. crim.* n°163.
- Cass. crim., 24 avr. 1984, *Peureux, Huvig et autres*, *D.* 1986, juris. 125-128 ; *GAPP* n°15, obs. J. PRADEL.
- Cass. crim., 23 juil. 1985, *D.* 1986, somm. 120, obs. J. PRADEL.
- Cass. crim. 10 févr. 1986, *Bull. crim.* n°51.
- Cass. crim., 20 août 1986, *Bull. crim.* n°247.
- Cass. crim., 4 nov. 1986, *Bull. crim.* n°326.
- Cass. crim., 12 mai 1987, *Bull. crim.* n°195.
- Cass. crim., 15 juin 1987, *Bull. crim.* n°251.
- Cass. crim., 4 nov. 1987, *D.* 1988, somm. 195, obs. J. PRADEL.
- Cass. crim., 10 déc. 1987, *JCP éd. G.* 1988, II, n° 20988, note W. JEANDIDIER.
- Cass. crim., 4 janv. 1988, n° 86-92.257.
- Cass. crim., 21 mars 1989, *Bull. crim.* n°138, *D.* 1989, somm. 394, obs. J. PRADEL.
- Cass. crim., 15 mai 1990, *Bull. crim.* 1990, n° 193, *JCP éd. G.* 1990, II, 21541, note JEANDIDIER ; *Dr. pén.* 1990, comm. 238.
- Cass. crim., 21 août 1990, *Bull. crim.* n°305.
- Cass. crim., 6 nov. 1990, *Bull. crim.* 1990, n° 369.
- Cass. crim., 19 nov. 1990, *Bull. crim.* n°390.
- Cass. crim., 26 nov. 1990, *Bull. crim.* 1990, n° 401, *Dr. pén.* 1991, comm. 333, 1er arrêt.
- Cass. crim., 25 fév. 1991, *Bull. crim.* n°94.
- Cass. crim., 25 fév. 1991, *Bull. crim.* n°341.
- Cass. crim., 19 mars 1991, *Dr. pén.* 1991, comm. 333, 3e arrêt.
- Cass. crim., 14 oct. 1991, *Bull. crim.* n°246, *Dr. pén.* avr. 1994, p. 3, obs. V. LESCLOUS et C. MARSAT.
- Cass. crim., 24 oct. 1991, *Bull. crim.* n°376.
- Cass. crim., 29 janv. 1992, *Bull. crim.* n°39, *D.* 1992. Somm. 321, obs. J. PRADEL.
- Crim., 10 mars 1992, *Bull. crim.* n°105.

- Cass. crim., 17 nov. 1992, *Dr. pén.* 1993, comm. 54, obs. A. MARON.
- Cass. crim., 1^{er} déc. 1992, n°92-84.957.
- Cass. crim. 6 juill. 1993, *Bull. crim.* n°243.
- Cass. crim., 23 nov. 1993, *Bull. crim.* n°349.
- Cass. crim., 8 déc. 1993, *Bull. crim.* n°380.
- Cass. crim., 19 juil. 1994, *Bull. crim.* n°283.
- Cass. crim., 30 nov. 1994, *Bull. crim.* n°392.
- Cass. crim., 22 mars 1995, *Bull. crim.* n°122.
- Cass. crim., 29 mars 1995, *Bull. crim.* n°137.
- Cass. Ass. plén., 30 juin 1995, *JCP éd G.* 1995, II, 22479, note P. CHAMBON ; *D.* 1995, p. 417, note J. PRADEL ; *RSC* 1995, p. 833, obs. J.-P. DINTILHAC.
- Cass. crim., 29 févr. 1996, n° 95-82648 et 95-84967.
- Cass. crim., 6 mai 1996, *Bull. crim.* n° 187, *LPA* 1997, n°102, p. 8, note S. JOSSERAND.
- Cass. crim., 13 nov. 1996, *Bull. crim.* n°40.
- Cass. crim., 13 nov. 1996, *Bull. crim.* n°405.
- Cass. crim., 10 déc. 1996, *Bull. crim.* n°458.
- Cass. Crim., 6 janv. 1998, *Bull. crim.* n°1, *D.* 1999. 246, note YILDIRIM ; *Procédures*, 1998, comm. 96, note J. BUISSON ; *Gaz. Pal.* 1998. 1. Chron. 79, note DOUCET ; *Dr. pénal* 1998, comm. 40, obs. A. MARON.
- Cass. crim., 13 oct. 1998, *Bull. crim.* n°254.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 9 mars 1999, n°96-15.560, *D.* 2000, 368, obs. H. MATSOPOULOU.
- Cass. crim., 6 oct. 1999, *Bull. crim.* n°210.
- Cass. crim., 9 nov. 1999, *Bull. crim.* n°251.
- Cass. crim., 4 mars 1998, *Bull. crim.* n°84.
- Cass. crim., 30 juin 1999, *Bull. crim.* n°176, *D.* 1999, *Somm.* 326, obs. PRADEL.
- Cass. crim., 23 nov. 1999, *Bull. crim.* n°269.
- Cass. com., 30 nov. 1999, *JCP* 2000. II. 10298, note B. BOULOC ; *D.* 2000. 261, note H. MATSOPOULOU.
- Cass. crim., 15 fév. 2000, *Bull. crim.* n°68, *Procédures* 2000, comm. n°131, obs. J. BUISSON ; *Dr. pén.* 2000, comm. 82, A. MARON.
- Cass. crim., 16 mai 2000, *Bull. crim.* n°392.
- Cass. crim., 7 juin 2000, *Bull. crim.* n°219, *D.* 2000, IR 224 ; *D.* 2001, *Somm.* 518, obs. J. PRADEL ; *Dr. pén.* 2001, Chron. 6, obs. C. MARSAT.
- Cass. crim., 27 juin 2000, n°00-80.571.
- Cass. crim., 6 déc. 2000, *Bull. crim.* n°367, *Procédures*, 2001, comm. 115, obs. J. BUISSON.
- Cass. Crim., 14 mars 2001, *Bull. crim.* n°69.
- Cass. crim., 22 mai 2001, n°00-83.793.
- Cass. crim., 27 juin 2001, *Bull. crim.* n°163.
- Cass. crim., 11 oct. 2000, *Bull. crim.* n°296.
- Cass. Crim., 16 janv. 2002, n°99-30.359.
- Cass. crim., 22 janv. 2002, n°00-87.322, n°00-87.323 et n°00-87.324.
- Cass. crim. 11 déc. 2002, n°02-83.648.
- Crim., 11 déc. 2002, n° 01-87.323.
- Cass. crim., 26 fév. 2003, *Bull. crim.* n°56, *Dr. pén.* 2003, comm. 92, A. MARON.
- Cass. crim., 6 mai 2003, *Bull. crim.* n°93, *Procédures*, 2003, comm. 78, obs. J. BUISSON.
- Cass. crim., 10 déc. 2003, *Bull. crim.* n°243, *JCP* 2004, IV. 1233 ; *AJ. Pén.* 2004, p. 120, obs. C. GIRAULT.
- Cass. crim., 23 mars 2004, *Bull. crim.* n°76.
- Cass. crim., 7 sept. 2004, n°03-85956, *Dr. pén.* 2004, comm. 185, obs. A. MARON.
- Cass. crim., 13 oct. 2004, *Bull. crim.* n°242, *D.* 2004. IR 2833 ; *JCP éd. G.* 2004. IV. 3270.
- Cass. crim. 19 oct. 2004, *Bull. crim.* n°246.
- Cass. crim., 9 nov. 2004, *Bull. crim.* n°276.
- Cass. crim., 4 janv. 2005, *Bull. crim.* n°3, *D.* 2005, p. 761, obs. J.-L. LENNON ; *AJ Pén.* 2005, p. 160, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *Dr. pén.* 2005, comm. 49, A. MARON ; *JCP éd. G.* 2005.II.10176, note P. COMTE.
- Cass. crim., 5 janv. 2005, *Bull. crim.* n° 10.

Cass. Civ. 1^e, 25 janv. 2005, *Bull. I*, n°41.

Cass. crim., 23 août 2005, *Bull. crim.* n°209.

Cass. Civ. 1^e, 25 oct. 2005, n°03-15.371.

Cass. crim., 3 nov. 2005, *Bull. crim.* n° 275.

Cass. crim., 7 déc. 2005, *Bull. crim.* n°327.

Cass. Civ. 1^e, 31 janv. 2006, *Bull. civ. I*, n°44.

Cass. Civ. 1^e, 14 mars 2006, *Bull. civ. I*, n°156.

Cass. crim., 25 avr. 2006, *Bull. crim.* n°111, *AJ pén.* 2006, p. 317.

Cass. crim., 23 mai 2006, *Bull. crim.* n° 139, *D.* 2006. 2836, note J. PRADEL ; *AJ pén.* 2006, p. 367, obs. C. GIRAULT ; *RSC* 2006, p. 853, note R. FINIELZ ; *Dr. pén.* 2006, comm. 31, obs. A. MARON.

Cass. Civ. 1^e, 4 juil. 2006, *Bull. civ. I*, n°347.

Cass. crim., 12 juil. 2006, *Bull. crim.* n°201.

Cass. crim., 4 oct. 2006, *Bull. crim.* n° 244 ; *AJ pén.* 2007, p. 79, note J. LEBLOIS-HAPPE ; *D.* 2007, 58, note P.-J. DELAGE ; *RSC* 2007, p. 118, obs. A. GIUDICELLI.

Cass. crim., 10 oct. 2006, *Bull. crim.* n°246, *D.* 2006, *IR* 2752 ; *Procédures* 2007, comm. 45, obs. J. BUISSON

Cass. crim., 31 mai 2007, *Bull. crim.* n°146.

Cass. crim., 6 juin 2007, *Bull. crim.* n°153, *AJ pén.* 2007, p. 388.

Cass. crim. 16 mai 2007, *Bull. crim.* n°128, *AJ pén.* 2007. 386, obs. C. SAAS ; *Dalloz actualité*, 21 juin 2007, obs. A. DARSONVILLE.

Cass. crim. 6 juin 2007, n° 06-88.541, *AJ pén.* 2007. 388.

Cass. crim., 26 juin 2007, *bull. crim.* n°172, *D.* 2007, *AJ* 2239 ; *RSC* 2008, p. 362, obs. R. FINIELZ ; *AJ Pén.* 2007, obs. S. LAVRIC.

Cass. crim., 19 déc. 2007, *Bull. crim.* n°317.

Cass. crim., 26 mars 2008, *Bull. crim.* n°74, *RSC* 2008, obs. R. FINIELZ ; *AJ pén.* 2008, p. 380, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *Dr. pén.* 2008, comm. 74, obs. A. MARON et M. HAAS.

Cass. crim., 14 mai 2008, *Bull. crim.* n°115, *RSC* 2008, p. 631, obs. A. GIUDICELLI ; *AJ pén.* 2008, p. 328, obs. G. ROUSSEL.

Cass. crim., 14 oct. 2008, *Bull. crim.* n° 208 ; *Dalloz actualité*, 4 nov. 2008, obs. M. LENA ; *AJ pén.* 2008, p. 517, obs. M.-E. C. ; *D.* 2008, 2796, obs. M. LENA.

Cass. crim., 26 mai 2010, *Bull.* n°95, *D.* 2010, *Pan.* 2257, note J. PRADEL ; *AJ pén.* 2010, p. 452.

Cass. crim., 19 oct. 2010, *Bull. crim.* n°163, n°164 et n°165, *D.* 2010, p. 2696, obs. Y. MAYAUD ; *Ibid.*, chron. p. 2783, note J. PRADEL ; *Ibid.*, p. 2811, obs. E. DREYER ; *RSC* 2010, chron. p. 839, obs. E. GINDRE ; *AJ pén.* 2011, p. 479, obs. E. ALLAIN ; *Dr. pén.* 2011, chron. 7, obs. V. LESCLOUS.

Cass. crim., 27 oct. 2010, *D.* 2010, actu., p. 2912 ; *Dalloz actualité*, 6 déc. 2010, obs. S. LAVRIC.

Cass. Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2010, *Bull. civ. I*, n°224.

Cass. crim., 9 nov. 2010, *Procédures* 2011, comm. n°76, J. BUISSON.

Cass. crim., 15 déc. 2010, *Bull. crim.* n°207, *Dalloz actualité*, 17 déc. 2010, obs. E. ALLAIN ; *D.* 2010, act. 15, obs. S. LAVRIC ; *RSC* 2011, *Chron.* 142, obs. A. GIUDICELLI ; *Dr. pén.* 2011, *Chron.* 7, obs. V. LESCLOUS ; *Gaz. Pal.*, 4 janv. 2011, obs. D. ROETS ; *JCP éd. G.* 2011, 214, obs. J. LEROY ; *Dr. Pén.* 2011, comm. 26, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Procédures* 2011, comm. 67, obs. A.-S. CHAVENT-LECLERE.

Cass. crim., 4 janv. 2011, n°2010-85.520, *D.* 2011, p. 242, obs. M. LENA ; *AJ Pén.* 2011, p. 83 et *RSC* 2011, p. 144, obs. J. DANET ; *Dr. pén.* 2011, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Ibid.*, chron. 7, obs. V. LESCLOUS ; *Procédures* 2011, comm. n°75, J. BUISSON.

Cass. crim., 18 janv. 2011, *Bull. crim.* n°9, *Dalloz actualité*, 20 fév. 2011, obs. E. ALLAIN ; *D.* 2011, actu. 381 ; *Ibid.*, pan. 2239, obs. J. PRADEL ; *AJ pén.* 2011, p. 83, obs. J. DANET ; *Ibid.* p. 198, obs. L. ASCENCI ; *Dr. pén.* 2011, chron. 7, obs. V. LESCLOUS.

Cass. crim., 29 mars 2011, n° 11-90.008, *RSC* 2011, p. 417, obs. J. DANET.

Cass., Ass. plén., 15 avril 2011, n° 10-17.049, n° 10-30.242, n° 10-30.313 et n°10-30.316, *Dalloz actualité*, 19 avr. 2011, obs. S. LAVRIC ; *D.* 2011, *Actu.* 1080 ; *Ibid.*, p. 1128, obs. G.

ROUJOU DE BOUBEE ; *AJ pén.* 2011, p. 311, obs. C. MAURO ; *RSC* 2011, p. 410, obs. A. GIUDICELLI ; *Dr. pén.* 2011, comm. n°72, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Ibid.* Chron. 7, obs. V. LESCLOUS ; *JCP éd. G.*, 2011, act. 483, obs. S. DETRAZ.

Cass. crim., 11 mai 2011, n° 10-84.251, *JCP éd. G.* 2011, 819, note X. PIN ; *D.* 2011, Act. p. 1421, obs. C. GIRAULT ; *AJ pén.*, 2011, p. 371, obs. L. ASCENCI ; *RSC* 2011, p. 414, obs. J. DANET.

Cass. crim., 21 juin 2011, *Bull. crim.* n°141, *RSC* 2011, p. 660, obs. J. DANET ; *AJ pén.* 2011, p. 584, obs. L. BELFANTI ; *D.* 2011, p. 2349, obs. J.-B. PERRIER ; *D.* 2011, p. 2379, obs. F. DESPREZ ; *JCP éd. G.* 2011. 1453, obs. F. LUDWICZACK ; *Procédures* 2011, comm. 312, obs. J. BUISSON.

Cass. Crim., 20 juil. 2011, *Bull. crim.*, n°163.

Cass. crim., 13 sept. 2011, n°11-82.857.

Cass. crim., 27 sept. 2011, *Bull.* n°186 ; *D.* 2012. 263, note T. POTASZKIN ; *Ibid.*, 2118, obs. J. PRADEL.

Cass. crim., 3 nov. 2011, *Bull. crim.* n°266, *Dalloz actualité*, 8 déc. 2011, obs. M. LENA ; *AJ pén.* 2012, p. 99, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

Cass. Crim. 22 nov. 2011, *Bull. crim.* n°237.

Cass. crim., 6 déc. 2011, n°11-90.095.

Cass. crim., 22 nov. 2011, *Bull. crim.* n°234, *Procédures* 2012, comm. 18, A.-N. CHAVENT-LECLERE ; *Dr. pén.* 2012, comm. 12, A. MARON ET M. HAAS ; *JCP éd. G.* 2012. 49, comm. A. BONNET ; *Gaz. Pal.* 13 janv. 2012, p. 44, obs. F. FOURMENT ; *AJ pén.* 2012, p. 293, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

Cass. crim., 11 déc. 2011, *Bull. crim.* n°247, *Dr. pén.* 2012, chron. n°7, obs. V. LESCLOUS.

Cass. crim., 17 janv. 2012, *Bull. crim.* n°12.

Cass. crim., 14 fév. 2012, *Bull. crim.* n°42.

Cass. crim., 22 fév. 2012, *Bull.* n°52, *Dalloz actualité*, 8 mars 2012, M. BOMBLED ; *D.* 2012, Actu. 684 ; *Ibid.* 2118, obs. J. PRADEL ; *AJ pén.* 2012, p. 236, obs. J. GALLOIS ; *Dr. pén.* 2012,

comm. 59, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Ibid.* Chron. 7, obs. V. LESCLOUS ; *Procédures* 2012, comm. n°132, obs. J. BUISSON.

Cass. crim., 10 mai 2012, *Bull. crim.* n°116.

Cass. crim., 14 mars 2012, *Bull. crim.*, n° 73, *D.* 2012. Actu. 1063 ; *RSC* 2012 p. 631, obs. J. DANET ; *Dr. pén.* 2012. Chron. 7, obs. V. LESCLOUS.

Cass. crim., 6 juin 2012, *Bull.* n°145, *Dalloz actualité*, 27 juin 2012, obs. C. FLEURIOT.

Cass. crim., 19 sept. 2012, *Bull. crim.* n°194, *Dalloz actualité*, 26 sept. 2012, obs. C. GIRAULT ; *D.* 2012. 2640, note F. DESPREZ ; *ibid.* 2013. 124, chron. C. ROTH, B. LAURENT, P. LABROUSSE et M.-L. DIVIALLE ; *AJ pén.* 2013. 50, obs. L. ASCENCI ; *RSC* 2012. 887, obs. X. SALVAT ; *Dr. pénal* 2012, n° 151, obs. A. MARON et M. HAAS ; *ibid.* 2013, n° 8, obs. V. LESCLOUS ; *Procédures* 2012, n° 331, obs. A.-S. CHAVENT-LECLERE ; *JCP éd. G.* 2012. 1038 ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 39-40, p. 42, obs. F. FOURMENT.

Cass. crim. 18 déc. 2012, *Bull. crim.* n° 281.

Cass. crim. 13 févr. 2013, *AJ pén.* 2013, p. 352, obs. J.-B. PERRIER.

Cass. crim., 6 mars 2013, n° 12-90.078, *inédit.* *JCP éd. G.* 2013, 471, obs. J.-Y. MARECHAL.

Cass. crim., 6 mars 2013, *D.* 2013, pan. 1993, obs. J. PRADEL ; *AJ pén.* 2013, p. 349, obs. J. PRONIER.

Cass. crim., 20 mars 2013, *Dr. pén.* 2013, comm. 8, obs. V. LESCLOUS.

Cass. crim., 26 juin 2013, n°13-81.491, *Dalloz actualité*, 2 oct. 2013, obs. S. FUCINI ; *RSC* 2013, p. 591, obs. J. DANET ; *RTD eur.* 2014, p. 410, obs. B. THELLIER DE PONCHEVILLE.

Cass. crim., 24 avr. 2013, *Dalloz actualité*, 16 mai 2013, obs. M. BOMBLED.

Cass. crim., 22 oct. 2013, *Bull. crim.* n°197, *Dalloz actualité*, 5 nov. 2013, obs. M. BOMBLED ; *D.* 2014, Chron. 115, note H. MATSOPOULOU ; *AJ pén.* 2013, p. 668, note L. ASCENCI ; *Dr. pén.* 2013, comm. 177, note A. MARON et M. HAAS ; *Procédure* 2013, comm. 358, note A.-N. CHAVENT-LECLERE ; *Gaz.*

Pal. 9 fév. 2014, p. 37, note F. FOURMENT ; *Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 12 nov. 2013, obs. C. FONTEIX.

Cass. crim., 28 janv. 2014, *Bull. crim.* n°26, *Dalloz actualité*, 11 fév. 2014, obs. M. PEYRONNET.

Cass. Crim., 15 oct. 2014, *Bull. crim.* n°209.

Cass. crim., 12 nov. 2014, *Bull.* n°234, *Dalloz actualité*, 4 déc. 2014, obs. S. FUCINI ; *AJ pén.* 2014, p. 262, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

Cass. crim., 18 nov. 2014, *Bull. crim.* n° 241.

Cass. crim., 18 nov. 2014, n° 14-81.333, *Dr. pén. 2015*, étude 12, P. CONTE.

Cass. crim., 9 avr. 2015, n°14-87.660, *Dalloz actualité*, 5 mai 2015, S. FUCINI ; *AJ pén.* 2015, p. 382, obs. D. BRACH-THIEL.

Cass. crim., 9 avril 2015, n°14-87661.

Cass. crim., 12 mai 2015, n° 14-83.367.

Cass. crim., 8 juil. 2015, *Bull.* n°174, *Dalloz actualité*, 24 juil. 2015, obs. S. FUCINI.

Cass. crim., 24 juin 2015, n° 14-86.731.

Cass. crim., 8 juil. 2015, *Bull. crim.* n°176, *JCP éd. G.* 2015.884, obs. S. DETRAZ ; *JCP éd. G.* 2015, doct. 1149, n°14, chron. A. MARON, J-H. ROBERT et M. HAAS ; *Procédures* 2015, comm. 309, obs. A.-N. CHAVENT-LECLERE ; *Dr. pén.* 2015, comm. 131, obs. A. MARON et M. HAAS ; *RPDP* 2015, p. 591, obs. E. VERNY ; *AJ pén.* 2016, p. 90, obs. G. ROUSSEL.

Cass. crim., 8 juil. 2015, n°172, *D.* 2015, p. 2541, obs. R. PARIZOT.

Cass. crim., 20 oct. 2015, n° 13-87.079.

Cass. crim., 12 janv. 2016, n°13-83.217.

Cass. crim., 16 janv. 2016, n°15-81039.

Cass. crim., 9 mars 2016, n°14-88.521.

Cass. crim., 9 mars 2016, n°14-86.795, *RSC* 2016. 540, obs. J. FRANCILLON ; *Ibid.* 2017, p. 87, obs. A. GIUDICELLI.

Cass. crim., 30 mars 2016, n°14-87.251, *JCP éd. G.*, 18 avr. 2016, 463, obs. J.-B. THIERRY ; *Dalloz actualité*, 2 mai 2016, obs. C. FONTEIX ; *AJ pén.* 2016, p. 391, obs. P. DE COMBES DE NAYVES ; *Ibid.*, obs. C. GIRAULT.

Cass. crim., 24 mai 2016, *D.* 2016, p. 1137 ; *JCP éd. G.*, 6 juin 2016, 653, obs. S. DETRAZ ; *Procédures* 2016, comm. 240, J. BUISSON.

Cass. crim., 4 oct. 2016, n°16-82309, *Dalloz actualité*, 13 oct. 2016, obs. S. FUCINI ; *Gaz. Pal.* 15 nov. 2016, obs. R. MESA ; *AJ pén.* 2017, p. 42, obs. S. LAVRIC ; *D.* 2017. 245, obs. G. GUEHO.

Cass. crim., 23 nov. 2016, n°15-83.649 et n°16-81.904, à paraître au bulletin ; *D.* 2016. 2402 ; *Dalloz actualité*, 23 déc. 2016, obs. C. FONTEIX ; *AJ pénal* 2017, p. 43, obs. J.-B. THIERRY ; *Ibid.*, p. 76, obs. J.-B. THIERRY ; *Dr. pén.* 2017, comm. 13, obs. A. MARON et M. HAAS ; *JCP éd. G.*, 23 janv. 2017, 82, obs. J. PRADEL.

Cass. crim., 10 janv. 2017, n°16-90.029.

Cass. crim., 28 mars 2017, n°16-85.018, à paraître au bulletin, *Lexis Nexis 360°*, Dossiers d'actualité, 4 avril 2017 ; *Dalloz actualité*, 11 mai 2017, obs. A. ANDRE ; *Dr. pén.* 2017, comm. 80, A. MARON et M. HAAS ; *Procédures* 2017, comm. 107, obs. A.-N. CHAVENT-LECLERE.

Cours d'appel

CA Paris, 21 juin 1989, *Gaz. Pal.* 1989, n°2, 944, concl. LUPI.

CA Paris, 14 juin 1996, *Gaz. Pal.* 2, 493.

CA Paris, 20 janv. 1999, *D.* 1999. IR 125.

CA Toulouse, 1e avr. 1999, *JCP éd. G.*, 1999. IV. 2811.

CA Colmar, ord. prem. prés., 16 juill. 2002, *Juris-Data* n° 2002-203274, *JCP éd. G.* 2003, II, 10069, note E. BRAUN et Y. STRICKLER.

CA Paris, 8 oct. 2002, *Les annonces de la Seine*,

19 déc. 2002.

CA Paris, 28 avr. 2003, *Les annonces de la Seine*, 29 mai 2003, n°34, p. 20.

CA Paris, 14 juin 2004, *Gaz. Pal.* 2004, 11 et 12 août 2004.

CA Paris, 17 janv. 2012, n°10/10997.

CA Saint-Denis de la Réunion, 13 déc. 2012, n°11/00209, *JurisData* n°2012-033330.

CA Douai, 21 oct. 2015, n°14/04189

Tribunaux de première instance

TGI Paris, 6 juill. 1994, *Gaz. Pal.* 1994. 2. 589, note PETIT ; *JCP éd. G.* 1994. I. 3805, n° 2, obs. L. CADIET.

TGI Paris, 5 nov. 1997, *D.* 1998, J., p. 9, obs. A.-M. FRISON-ROCHE ;

TGI Paris, 21 fév. 2001, *D.* 2001.1365

TGI Paris, 11 juill. 2001, *Gaz. Pal.* 2001. 1472, note Petit ; *JCP* 2001. I. 362, n°5, obs. L. Cadiet.

TGI Paris, 22 janv. 2003, *Gaz. Pal.* 7-10 mai 2003, p. 8.

TGI Paris, 26 janv. 2005, *Disparus de Mourmelon*, *Les annonces de la Seine*, 31 janv. 2005, p. 10.

TGI Nanterre, 14^e Ch., 14 nov. 2012, n°360, *JCP éd. G.* 2013, doct. 323, G. QUENTIN.

TGI Draguignan, 16 janv. 2014, n°86/2014, *Dalloz actualité*, 5 fév. 2014, obs. A. PORTMANN.

TGI Créteil, 26 fév. 2016, V., A. GRENOUILLET, « Une victoire pour les droits de la défense dans l'enquête préliminaire », *Village de la Justice*, 25 mai 2016.

Annexes

I. Conventions du Conseil de l'Europe (principalement citées)

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, STE 5, 4 nov. 1950.

Convention européenne d'extradition, STE 24, du 13 décembre 1957.

Convention européenne d'entraide judiciaire, STE 30, du 29 avril 1959.

Convention européenne sur la transmission des procédures pénales, STE 73, du 15 mai 1975.

Protocole additionnel à la convention européenne d'extradition, STE 86, du 15 octobre 1975.

Deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'extradition, STCE 98, du 17 mars 1978.

Protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire, STE 99, du 17 mars 1978.

Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, STE 141, du 8 novembre 1990.

Convention pénale sur la corruption, STE 173, du 21 janvier 1999.

Deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire, STE 182, du 8 novembre 2001.

Convention sur la cybercriminalité, STE 185, du 23 octobre 2001.

Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, STCE 197, du 16 mai 2005.

Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, STE 198, du 16 mai 2005.

Convention sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, STE 201, du 27 octobre 2007.

Troisième protocole additionnel à la convention européenne d'extradition, STE 209, du 10 novembre 2010.

Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, STE 210, du 11 mai 2011.

Quatrième protocole addition à la convention européenne d'extradition, STE 212, du 20 septembre 2012.

II. Résolutions et recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (principalement cités)

Recommandation n°R(80)7 concernant l'application pratique de la convention européenne d'extradition, adoptée le 27 juin 1980.

Recommandation n°R(80)8 concernant l'application pratique de la convention européenne d'entraide judiciaire, adoptée le 27 juin 1980.

Recommandation n°R(80)11 concernant la détention provisoire, adoptée le 27 juin 1980.

Recommandation Rec. (81) 12 sur la criminalité des affaires, adoptée le 25 juin 1981.

Recommandation n°R(82)1 concernant la coopération internationale en matière de poursuites et de répression des actes de terrorisme, adoptée le 15 janvier 1982.

Recommandation n°(85)4 du Comité des ministres aux Etats membres sur la violence au sein de la famille, adoptée le 26 mars 1985.

Recommandation n°R(85)10 concernant l'application pratique de la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale relative aux commissions rogatoires pour la surveillance des télécommunications, adoptée le 26 juin 1985.

Recommandation n°R(86)13 concernant l'application pratique de la convention européenne d'extradition relative à la détention aux fins d'extradition, adoptée le 16 décembre 1986.

Recommandation n°R(87)1 concernant la coopération interétatique européenne en matière pénale, adoptée le 19 janvier 1987.

Recommandation n°R(87)18 sur la simplification de la justice pénale, adoptée le 17 septembre 1987.

Recommandation n°R(87)21 sur l'assistance des victimes et la prévention de la victimisation, adoptée le 17 septembre 1987.

Recommandation n°R(89)9 sur la criminalité en relation avec l'ordinateur, adoptée le 13 septembre 1989.

Recommandation n°R(91)11 sur l'exploitation sexuelle, la pornographie, la prostitution ainsi que sur le trafic d'enfants et de jeunes adultes, adoptée le 9 sept. 1991

Résolution statutaire (93) 27 sur les majorités requises pour des décisions du Comité des Ministres, adoptée le 14 mai 1993.

Recommandation Rec. (95)12 sur la gestion de la justice pénale, adoptée le 11 septembre 1995.

Recommandation n°R(95)13 relative aux problèmes de procédure pénale liés à la technologie de l'information, adoptée le 11 septembre 1995.

Recommandation Rec.(96)9 relative à l'application pratique de la convention européenne d'extradition, adoptée le 5 septembre 1996.

Recommandation n°R(96)10 du Comité des ministres aux États membres sur la politique criminelle dans une Europe en transformation, adoptée le 5 septembre 1996.

Recommandation Rec(97)13 sur l'intimidation des témoins et les droits de la défense, adoptée le 10 septembre 1997.

Résolution (97)24 portant les vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption, adoptée le 6 novembre 1997.

Recommandation n°R(2000)11 sur la lutte contre la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle, adoptée le 19 mai 2000.

Recommandation Rec(2000)19 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, adoptée le 6 octobre 2000.

Recommandation Rec. (2001) 11 concernant des principes directeurs pour la lutte contre le crime organisé, adoptée le 19 septembre 2001.

Recommandation Rec.(2001)16 sur la protection des enfants contre l'exploitation sexuelle, adopté le 31 octobre 2001

Recommandation Rec(2003)13 sur la diffusion d'informations par les médias en relations avec les procédures pénales, adoptée le 10 juillet 2003.

Recommandation Rec(2005)09 sur la protection des témoins et des collaborateurs de justice, adoptée le 20 avril 2005.

Recommandation n°R(2005)10 relative aux techniques spéciales d'investigations, en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme, adoptée le 20 avril 2005.

Recommandation n°R(2006)8 sur l'assistance des victimes d'infractions, adoptée le 14 juin 2006.

Recommandation Rec.(2006)13 concernant la détention provisoire, les conditions dans lesquelles elle est exécutée et la mise en place de garanties contre les abus, adoptée le 27 septembre 2006.

III. Législation de l'Union européenne (principalement citée)

Acte du Conseil du 29 mai 2000 établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, *JOCE C 197*, du 12 juil. 2000, p. 1.

Décision-cadre 2001/220/JAI du 15 mars relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, *JO L 082* du 22 mars 2001, p. 1

Acte du Conseil du 16 octobre 2001 établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, le protocole à la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, *JOCE C 326*, du 21 nov. 2001, p. 1.

Décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre les États membres, *JOCE L 190*, du 18 juil. 2002, p. 1.

Décision-cadre 2003/577/JAI du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, *JOCE L 196*, du 2 août 2003, p. 45.

Décision-cadre 2008/978/JAI du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves, *JOUE L 350*, du 30 déc. 2008, p. 72.

Décision-cadre 2009/829/JAI du Conseil du 23 octobre 2009 concernant l'application, entre les États membres de l'Union européenne, du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions relatives à des mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire, *JOUE L 294* du 11 novembre 2009, p. 20.

Directive 2011/99/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, relative à la décision de protection européenne, *JOUE L 338* du 21 déc. 2011, p. 2.

Directive 2012/29/UE établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, *JOUE L 315* du 14 nov. 2012, p. 57.

Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JOUE L 142* du 1^{er} juin 2012, p. 1.

Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, *JOUE L 294* du 6 nov. 2013, p. 1.

Directive 2016/343/UE du Parlement européen du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, *JOUE L 65* du 11 mars 2016, p. 1.

Directive 2016/1919/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, *JOUE L 297* du 4 nov. 2016, p. 1.

Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Accès aux correspondances stockées : 21, 33, 435, 614.

Arrêts européens (principalement cités)

- *A.T. c. Luxembourg* : 127, 728, 739 et s., 748 et s.
- *Brusco c. France* : 80
- *Dayanan c. Turquie* : 76, 731 et s.
- *Gutsanovi c. Bulgarie* : 604, 606, 622, 640 et s., 652, 653, 659 et s., 675, 818
- *Kiril Zlatkov Nikolov c. France* : 642, 1017
- *Medvedyev et a. c. France* : 145, 384, 541, 552, 598, 624, 635, 818, 1017, 1019, 1023
- *Moulin c. France* : 145, 160, 384, 541, 549, 552, 598, 624, 818, 1017, 1023
- *Natsvlishvili et Togonidze c. Géorgie* : 685, 691
- *Ravon et a. c. France* : 666 et s., 675
- *Salduz c. Turquie* : 75, 191, 704
- *Sapan c. Turquie* : 704, 734 et s.
- *Uzun c. Allemagne* : 190, 193, 605, 606, 610, 611, 622, 659 et s.
- *Vassis et a. c. France* : 145, 635 et s., 643.
- *Vera Fernández – Huidobro c. Espagne* : 586, 587, 588 et s., 593, 803, 810.
- *Xavier da Silveira c. France* : 677 et s.

Audition libre : 83 et s., 358 et s., 880, 921 et s.

C

Chambre de l'instruction : 45, 467 et s., 480, 842, 846, 1173, 1238.

Commission « Beaume » : 317 et s., 357, 829 et s., 852, 856 et s., 867, 869, 887, 894, 912 et s., 921 et s., 933 et s., 950, 976 et s., 985.

Commission « Delmas-Marty » : 17, 67, 70, 72, 125, 138, 378, 451, 826, 939, 1236.

Commission « Nadal » : 315 et s., 357, 364, 396, 864 et s., 926, 1174.

Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme : 383, 404, 598, 843, 878, 1174.

Commission « Truche » : 398, 560, 571, 783, 786, 1173.

Comparution immédiate :

- avènement : 12.
- droit positif : 340 et s., 946, 1108.

Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : 37, 500 et s., 556, 684, 693, 842, 939, 1104, 1108.

Composition pénale : 491, 493 et s., 503 et s., 511, 684.

Contradictoire :

- caractère (procédure) : 16, 19, 126, 315, 338, 344, 357, 375.
- débat contradictoire : 460, 466, 863 et s., 912.
- « enquête contradictoire » : 874, 878 et s., 1007.

Contrôle de la régularité de la procédure :

- aléatoire : 487 et s.
- contestation : 510, 513 et s., 681 et s., 844.

Convention judiciaire d'intérêt public : 37, 495, 497, 511, 1104

D

Décisions-cadres :

- effet direct (absence) : 219.
- « gel des biens d'éléments de preuve » : 205, 242, 271.
- « mandat d'arrêt européen » : 202, 262.
- « mandat d'obtention de preuves » : 243.
- « statut des victimes » : 94, 206, 215.

Défèrement : 72, 316, 343 et s., 352 et s.

Détention provisoire : 34, 38, 135 et s., 723 et s., 961, 1108, 1191 et s.

Directives :

- « aide juridictionnelle » : 85, 1088.
- « décision d'enquêtes européennes » : 202, 243, 257, 262, 271, 1012.
- « droit à l'assistance d'un avocat » : 85, 86, 90, 319, 336, 355, 1088.
- « droit à la traduction et à l'interprétation » : 85, 1088.
- « droit à l'information » : 85 et s., 128, 319, 327, 329, 336, 704 et s., 711 et s., 754 et s., 760 et s., 925, 1088.
- « droit des victimes » : 92, 94 et s., 132.
- effets directs : 220.
- « fraude aux intérêts financiers » : 282, 295, 1132.
- portée : 208.
- « présomption d'innocence » : 85, 1088.

Durée raisonnable :

- procédure : 19, 460.
- détention : 135, 138, 722.

E

Éclatement des procédures : 22, 120.

Enquête de flagrance :

- antériorité : 24.
- rapprochement enquête de flagrance / enquête préliminaire : 31, 905, 997.

Enquête officieuse

- apparition : 19, 26, 104, 942.

- consécration : 27.
- légalité : 27, 104

Enquête de police :

- impartiale : 366, 401.
- juridictionnalisation : 46, 377, 457 et s., 466, 490, 536, 596, 681 et s., 868 et s.
- rapprochement enquête de police / information judiciaire : 30, 33 et s., 994, 998, 1006, 1178, 1196, 1225.
- unification : 32, 382, 821 et s., 997, 1235 et s.

Enquête préliminaire :

- cantonnement : 903 et s., 946, 1014 et s.
- rapprochement enquête préliminaire / enquête de flagrance : 31, 905, 997.
- suppression : 907 et s., 945.

Entraide judiciaire :

- équipe commune d'enquête : 203.
- Eurojust : 203, 207, 275, 278 et s.
- Europol : 197, 203, 278 et s.
- dépolitisation : 268 et s.
- judiciarisation : 202, 248, 254, 256 et s., 261, 268.
- magistrat de liaison : 203.
- reconnaissance mutuelle : 202, 207 et s., 257 et s.
- simplification : 202, 256 et s.

F

Fonctions judiciaires :

- confusion des fonctions : 35 et s., 975 et s.
- éclatement des fonctions : 35 et s., 975 et s.
- « unifonctionnalisme » : 25, 975, 980.
- séparation des fonctions : 25, 975, 980, 1005 et s.
- système du code d'instruction criminelle : 25.

G

Garde à vue : 66 et s., 90, 130, 355, 445, 466, 525 et s., 552, 630, 633, 639 et s., 707 et s., 713 et s., 722, 818, 912, 921, 960.

Géolocalisation : 21, 31, 190, 193, 433, 449, 523, 598, 605, 606, 613, 821, 905.

Groupe d'États contre la Corruption : 169, 571, 802.

H

Habeas corpus :

- fonction : 38, 1023.
- procédure : 724, 820.

Habeas libertas : 724, 820.

I

Interceptions de télécommunications : 21, 31, 105, 108, 114 et s., 251, 253, 433, 438, 607 et s., 835, 905, 994, 1184, 1188.

Instructions individuelles :

- contestation : 386, 39.
- légitimité : 389.
- renaissance : 395.
- suppression : 146.
- survivance : 393.
- utilité : 389.

J

Juge des libertés et de la Détention

- création : 18, 134 et s.
- contrôle *a priori* : 431 et s., 498 et s., 817 et s.
- contrôle *in situ* : 459 et s., 834 et s.
- étendue de son office : 598 et s., 817 et s.
- obligation de motivation : 435, 438 et s., 653, 832 et s.
- spécialisation fonctionnelle : 427 et s.

Juge d'instruction

- ambiguïté fonctionnelle : 17, 18, 137 et s., 957.
- déclin : 34, 127, 319, 374, 874.
- impartialité : 137 et s., 402, 696, 977.
- impartialité (sanction procédurale) : 811.
- indépendance : 696, 1167.
- récusabilité : 408.
- suppression : 17, 1029.

L

Légalité des poursuites (principe) : 26, 561, 783, 1029.

M

Magistrats du ministère public :

- autonomie fonctionnelle : 141 et s., 385 et s., 568 et s., 793.
- garanties statutaires : 381 et s., 396 et s., 567 et s., 785 et s., 795, 799, 1165, 1238.
- impartialité (difficulté conceptuelle) : 384.
- impartialité (personnelle) : 401 et s., 583 et s., 803 et s.
- impartialité (sanction procédurale) : 412 et s., 810 et s.
- instructions individuelles : *v*^o ce terme.
- irrécusabilité : 407 et s., 805 et s.
- procureur de la Nation : 794 et s.
- unité du corps : *v*^o ce terme.

Mesures alternatives aux poursuites de l'article 41-1 du CPP 491 et s., 511, 684.

Ministère public : *v*^o « magistrats du ministère public ».

Mis en examen : 16, 19, 20, 124 et s., 300, 523, 913, 959 et s., 1203, 1205.

N

Nécessité (principe) : 22, 66, 105, 118, 233, 426, 433 et s., 438, 651 et s., 1069.

Nécessité stricte (principe) : 1086, 1189.

O

Opportunité des poursuites (principe) : 19, 26, 92, 406, 561, 579, 884, 976.

Ordonnance pénale : 498 et s., 504, 511, 684 et s.

P

Parquet : *v*^o « magistrats du ministère public ».

Parquet européen

- application complémentaire des droits nationaux : 1073 et s., 1095 et s., 1109, 1178, 1223.
- compétence (partage) : 291, 1123 et s., 1138 et s., 1150, 1214, 1218.
- compétence accessoire : 1128 et s.
- compétence principale : 1124 et s.
- contrôle judiciaire : 1087.
- *Corpus juris* : 275, 1041, 1044, 1066, 1069, 1079 et s., 1096 et s., 1156, 1183.
- cumul des mandats : 1141 et s.
- enquête impartiale : 1099, 1209.
- garanties procédurales : 1083, 1088, 1198 et s., 1208 et s.
- genèse : 275 et s.
- hybridation : 1099 et s.
- indépendance fonctionnelle : 1154 et s.
- justification : 278 et s.
- pouvoirs de contrainte : 1083, 1086, 1191.
- pouvoirs d'investigation : 1083, 1181 et s.
- proposition de règlement de la Commission : 277, 1069, 1083, 1115, 1128, 1142.
- structure : 1038 et s.

Parquet national financier : 1170.

Partie civile : 16, 19, 129, 383, 478, 499, 676, 971, 972.

Perquisition : 12, 27, 250, 435, 449, 462, 466, 486, 515 et s., 529 et s., 598, 603 et s., 612, 623, 628, 858, 994, 1080, 1185, 1187.

Prévenu : 12, 26, 327 et s., 483, 865, 1108.

Procureur de la République : *v*^o « magistrats du ministère public ».

Proportionnalité :

- principe (interne) : 22, 66, 105, 118, 233, 401, 426, 433, 1083, 1189, 1209.
- principe (Union européenne) : 221, 226 et s., 277, 292, 1150

R

Rapport « Donnedieu de Vabres » : 17.

Réarticulation des cadres d'investigation :

- *de jure* : 884 et s., 948 et s., 990 et s.
- *de facto* : 901 et s., 941 et s., 1010 et s.

Respect des identités nationales (principe de l'Union européenne) : 228 et s., 1150.

S

Subsidiarité :

- mécanisme juridictionnel européen de protection : 172 et s.
- principe (Union européenne) : 223 et s., 277

Sonorisation de lieux privés : 21, 31, 33, 105, 109, 115, 251 et s., 435, 614, 905, 994

Statuts procéduraux :

- dissemblance : 42, 127, 300 et s., 374.
- enchevêtrement des statuts : 962 et s.
- rapprochement des statuts : 273, 957, 959 et s., 1205, 1214 et s., 1217 et s.

Suspects :

- consécration du statut : 20, 65 et s., 83 et s.
- droit à l'assistance d'un avocat : 71 et s., 90, 333 et s., 350, 355, 466, 731 et s., 760, 857 et s., 880.
- droit de garder le silence : 77, 80, 356.
- droit à l'information : 70 et s., 89, 880.
- droit d'accéder au dossier : 42, 72, 79, 87, 305 et s., 310 et s., 314 et s., 354 et s., 357 et s., 364 et s., 708 et s., 852 et s., 874 et s.
- droit de solliciter des actes : 357 et s., 364 et s., 703, 767, 861, 868, 876 et s., 932, 936, 983, 1089, 1093.
- éclatement du statut : 72, 969, 1206, 1216.

T

Témoin : 67, 83, 167, 355.

Témoin assisté : 20, 91, 300, 481, 519, 703, 962 et s.

U

Unité du corps : 559 et s., 1167 et s.

V**Victimes :**

- droit à la contestation : 98 et s.
- droit à l'assistance d'un avocat : 130 et s.
- droit à l'information : 94 et s.
- droit d'accéder au dossier : 357 et s.
- droit de solliciter des actes d'investigation : 357 et s.

| | |
|--|-----------|
| SOMMAIRE | V |
| REMERCIEMENTS | VII |
| PRINCIPALES ABREVIATIONS..... | IX |
| INTRODUCTION..... | 1 |
| TITRE PRELIMINAIRE. L'INFLUENCE DES DROITS EUROPEENS SUR LA MISE EN ETAT DES AFFAIRES PENALES..... | 40 |
| <i>Chapitre Premier. L'influence identifiée des droits européens</i> | 42 |
| Section Première. L'influence certaine des droits européens..... | 44 |
| §1 ^{er} - Les évolutions directement impliquées par les droits européens | 44 |
| A. L'extension à l'enquête de police de certains droits procéduraux..... | 45 |
| 1) La consécration des droits procéduraux du simple suspect..... | 45 |
| a) L'emprise de la jurisprudence européenne..... | 45 |
| α) L'identification du suspect en considération de la privation de sa liberté | 46 |
| β) L'acquisition de droits procéduraux en considération d'une privation de liberté | 49 |
| b) L'impact des directives de l'Union..... | 61 |
| α) La consécration d'un statut de suspect indépendamment de sa privation de liberté..... | 61 |
| β) L'affirmation de ses droits..... | 68 |
| 2) La consécration des droits du plaignant non constitué partie civile..... | 70 |
| a) Son droit à l'information | 72 |
| α) L'information sur ses droits et l'aide dont elle peut bénéficier au cours de la procédure | 72 |
| β) L'information sur les suites données à l'enquête | 74 |
| b) Son droit à la contestation de la décision du parquet..... | 75 |
| B. La consolidation des possibilités d'investigation | 78 |
| 1) Le renforcement apparent des moyens d'investigation..... | 78 |
| 2) L'enrichissement effectif des moyens d'investigation | 84 |
| a) La modernisation des moyens d'investigation..... | 85 |
| b) L'extension du champ des techniques spéciales d'investigation | 87 |
| §2 ^d - Les évolutions davantage inspirées des droits européens..... | 94 |
| A. Le renforcement des droits des personnes concernées par la procédure..... | 95 |
| 1) L'enrichissement des garanties procédurales de la personne mise en examen..... | 95 |
| 2) La consolidation des garanties procédurales du plaignant constitué et non constitué partie civile | 102 |
| B. Les adaptations concernant les organes de la mise en état | 106 |
| 1) La création du juge des libertés et de la détention | 106 |
| 2) L'affirmation de l'autonomie fonctionnelle et de l'impartialité personnelle du procureur de la République | 113 |
| Section Seconde. Les limites de l'influence des droits européens..... | 119 |
| §1 ^{er} - L'influence généralement limitée des droits européens sur la formation des droits nationaux | 120 |
| A. L'efficacité limitée du droit du Conseil de l'Europe dans son ensemble..... | 120 |
| 1) Les limites du droit du Conseil de l'Europe dans son ensemble | 120 |
| a) La force relative des instruments du Conseil de l'Europe | 128 |
| b) La souplesse des instruments du Conseil de l'Europe | 131 |
| α) La faculté de formuler des réserves..... | 131 |
| β) La plasticité de leur formulation | 132 |
| 2) Les limites du mécanisme juridictionnel de protection..... | 136 |
| a) La subsidiarité du mécanisme européen..... | 137 |
| b) L'autorité relative des arrêts européens..... | 140 |
| α) La portée des arrêts européens..... | 140 |
| β) Le constat de l'ambivalence des suites données aux arrêts européens | 146 |
| B. L'efficacité régulée du droit de l'Union | 151 |
| 1) La délimitation du champ de l'intervention de l'Union | 151 |
| a) L'affirmation de son domaine d'intervention..... | 154 |
| α) Les ambiguïtés de son domaine d'intervention avant l'adoption du traité de Lisbonne | 155 |
| β) Les clarifications apportées par le traité de Lisbonne | 161 |
| b) La délimitation actuelle de son domaine d'intervention | 163 |
| 2) L'emprise régulée du droit de l'Union..... | 164 |
| a) L'effectivité renforcée du droit de l'Union | 164 |
| α) La normalisation institutionnelle..... | 164 |

| | |
|---|------------|
| β) La normalisation normative..... | 169 |
| b) La régulation de l'exercice de sa compétence par l'Union | 171 |
| α) Par les principes de subsidiarité et de proportionnalité | 172 |
| β) Par le principe du respect des identités nationales | 175 |
| §2 ^d - L'influence précisément limitée des droits européens sur la montée en puissance de l'enquête | 177 |
| A. L'indifférence des droits européens à l'endroit de cette mutation | 178 |
| 1) L'admission du caractère facultatif de l'information judiciaire | 179 |
| 2) L'indétermination des autorités compétentes..... | 180 |
| a) Dans les instruments du Conseil de l'Europe..... | 180 |
| b) Dans les instruments de l'Union | 183 |
| B. L'inscription de cette mutation dans le développement des droits européens..... | 187 |
| 1) Le poids essentiel des considérations nationales..... | 187 |
| 2) Le poids latent de l'environnement juridique européen..... | 190 |
| a) L'évolution des dispositions internes relatives à l'entraide consécutivement à l'adoption des instruments européens | 191 |
| α) Les éléments caractéristiques de l'évolution de l'entraide judiciaire européenne en matière pénale | 191 |
| β) L'évolution consécutive des dispositions du Code de procédure pénale | 194 |
| b) La justification complémentaire de l'extension des possibilités d'investigation hors instruction par les règles relatives à l'entraide judiciaire..... | 198 |
| CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE | 204 |
| <i>Chapitre Second. La perspective d'influences nouvelles avec l'aboutissement du projet de création d'un Parquet européen.....</i> | 206 |
| Section Première. Les raisons de la création d'un Parquet européen | 210 |
| Section Seconde. Les entraves contemporaines à la création du Parquet européen..... | 213 |
| §1 ^{er} - La spécificité du processus décisionnel..... | 214 |
| A. La soumission de principe à l'accord unanime des Etats membres | 214 |
| B. La possibilité de recourir à une coopération renforcée..... | 215 |
| §2 ^d - La dépendance de la création du Parquet européen à l'adoption d'un autre instrument..... | 218 |
| A. Le choix d'un instrument distinct | 218 |
| B. Le recours à une directive | 219 |
| C. L'adoption longtemps incertaine de l'instrument en raison de son contenu..... | 222 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND | 224 |
| CONCLUSION DU TITRE PRELIMINAIRE | 225 |
| PREMIERE PARTIE. LA NECESSITE DE REFORMER LA MISE EN ETAT DES AFFAIRES PENALES A LA LUMIERE DES DROITS EUROPEENS | 226 |
| TITRE PREMIER. L'OBSERVATION DU DESEQUILIBRE ENGENDRE PAR LA MONTEE EN PUISSANCE DE L'ENQUETE..... | 228 |
| <i>Chapitre Premier. Le recul des droits de la défense</i> | 230 |
| Section Première. La constatation récurrente du recul des droits de la défense..... | 231 |
| §1 ^{er} - Dans la pratique judiciaire | 231 |
| A. L'audace des juridictions du fond | 232 |
| B. La résistance de la chambre criminelle | 236 |
| §2 ^d - Dans la réflexion sur le droit | 238 |
| Section Seconde. La fragilité persistante des droits de la défense en dépit des réformes récentes..... | 243 |
| §1 ^{er} - La recherche d'un plus juste équilibre à l'issue de l'enquête..... | 244 |
| A. Les manifestations de cette recherche..... | 244 |
| 1) Les modifications touchant les dispositions relatives à la citation directe et à la convocation par officier de police judiciaire | 245 |
| 2) Les modifications touchant les dispositions relatives au défèrement et à la convocation par procès-verbal | 248 |
| a) La généralisation d'un débat lors du défèrement..... | 248 |
| b) L'admission d'un renvoi à l'instruction ou d'un supplément d'information en cas de convocation par procès-verbal..... | 253 |
| B. Les carences du résultat..... | 253 |

| | |
|--|------------|
| 1) L'insuffisance des améliorations apportées au stade du défèrement..... | 253 |
| 2) La défaillance du traitement des actes sollicités par la défense..... | 256 |
| §2 ^d - La recherche d'un plus juste équilibre dès l'enquête | 257 |
| A. Les manifestations de cette recherche | 262 |
| B. Les carences du résultat | 264 |
| 1) Le champ restreint des améliorations apportées | 264 |
| 2) L'efficacité discutée des améliorations apportées..... | 267 |
| CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE | 270 |
| <i>Chapitre Second. Le recul du juge</i> | 272 |
| Section Première. La fragilité persistante du contrôle judiciaire <i>in situ</i> | 274 |
| §1 ^{er} - L'affirmation imparfaite des qualités d'indépendance et d'impartialité du procureur de la République dans son rôle d'autorité d'investigation et de poursuite | 275 |
| A. L'affirmation de l'autonomie fonctionnelle du procureur | 279 |
| 1) L'affirmation explicite de son autonomie fonctionnelle..... | 279 |
| 2) L'affirmation incantatoire de son autonomie fonctionnelle..... | 283 |
| a) La réalité de cette suppression | 283 |
| b) L'absence de corollaires satisfaisants | 285 |
| B. La soumission du procureur à un devoir d'impartialité..... | 288 |
| 1) La soumission explicite du procureur à un devoir d'impartialité | 291 |
| 2) La soumission incantatoire du procureur à une obligation d'impartialité | 294 |
| §2 ^d - La question persistante de l'effectivité du contrôle du juge des libertés et de la détention sur les actes de l'enquête..... | 299 |
| A. Les améliorations récentes | 300 |
| 1) L'amélioration des conditions matérielles de son intervention | 300 |
| a) La mise au jour de l'inadaptation des conditions matérielles de son intervention | 300 |
| b) Les adaptations récentes..... | 305 |
| 2) Le renforcement des obligations mises à sa charge | 306 |
| a) Le constat de la précarité des obligations mises à la charge du juge des libertés et de la détention | 307 |
| α) La précarité des obligations légales..... | 307 |
| β) L'indulgence initiale de la chambre criminelle..... | 309 |
| b) L'esquisse d'un renforcement de son degré d'exigence par la chambre criminelle | 311 |
| B. La relativité de ces apports | 313 |
| 1) Les carences de la loi « Justice 21 » | 314 |
| 2) La circonscription du relèvement de ses exigences par la chambre criminelle | 316 |
| Seconde Section. L'insuffisante compensation de ce déficit à un stade ultérieur de la procédure..... | 317 |
| §1 ^{er} - Les limites usuelles du rôle du juge au stade de l'enquête | 318 |
| A. Les contours usuellement circonscrits du rôle du juge | 318 |
| B. Les exceptions circonscrites aux modalités usuelles du contrôle <i>in situ</i> | 319 |
| 1) L'intervention du juge des libertés et de la détention au-delà des modalités classiques | 320 |
| 2) L'intervention délimitée de la chambre de l'instruction à l'initiative de la personne concernée..... | 324 |
| §2 ^d - Les failles du contrôle juridictionnel <i>a posteriori</i> | 327 |
| A. Les imperfections intrinsèques de ce contrôle..... | 328 |
| 1) La tardiveté du contrôle | 329 |
| 2) L'effectivité discutée du contrôle | 333 |
| B. Le caractère aléatoire de ce contrôle | 334 |
| 1) L'exclusion récurrente du contrôle | 335 |
| a) La dépendance de ce contrôle à l'exercice de poursuites | 336 |
| b) La dépendance de la certitude du contrôle aux modalités de la poursuite..... | 342 |
| 2) La contestation du caractère aléatoire en résultant | 351 |
| a) La discussion doctrinale..... | 351 |
| b) L'hésitation des Hautes juridictions | 353 |
| α) La position contrariante du Conseil constitutionnel..... | 354 |
| β) L'actuelle retenue de la chambre criminelle | 363 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND..... | 368 |
| CONCLUSION DU TITRE PREMIER | 370 |
| TITRE SECOND. LA CRITIQUE DE CE DESEQUILIBRE SOUS L'ANGLE DES DROITS EUROPEENS | 372 |

| | |
|--|------------|
| Chapitre Premier. Le rôle de l'autorité judiciaire | 374 |
| Section Première. Le statut et la place du procureur de la République | 376 |
| §1 ^{er} - L'indépendance du procureur selon son rôle | 377 |
| A. Indépendance du parquet et jurisprudence de la Cour européenne..... | 378 |
| 1) L'absence d'obligation européenne de rendre le parquet statutairement indépendant | 378 |
| a) Sur le fondement de l'article 5§3 de la Convention | 379 |
| b) Sur le fondement de l'article 6 de la Convention..... | 381 |
| 2) La question corrélatrice du maintien de l'unité du corps..... | 383 |
| B. Indépendance du parquet et autres instruments européens..... | 390 |
| 1) Les instruments du Conseil de l'Europe..... | 390 |
| 2) Les invitations de l'Union..... | 395 |
| §2 ^d - L'impartialité du procureur dans son rôle d'autorité d'instruction et de poursuite..... | 398 |
| A. L'inapplicabilité de principe de l'exigence d'impartialité formulée à l'article 6§1 à toute autre autorité que le « tribunal »..... | 399 |
| B. L'inclusion de l'impartialité de l'autorité d'investigation dans l'appréciation globale de l'équité de la procédure..... | 400 |
| Section Seconde. La place du juge..... | 404 |
| §1 ^{er} - La nécessité d'affirmer le contrôle judiciaire <i>in situ</i> | 405 |
| A. L'expansion de l'office du juge au stade de l'enquête | 405 |
| 1) Le contrôle des mesures d'investigation intrusives | 406 |
| a) L'alternative classiquement admise | 407 |
| α) Le principe | 408 |
| β) L'exception..... | 410 |
| b) Les hésitations nées de la jurisprudence récente | 415 |
| 2) Le contrôle des mesures privatives de liberté..... | 423 |
| a) L'admission d'un contrôle non immédiat | 423 |
| b) Les ambiguïtés de la jurisprudence récente | 428 |
| α) Lorsque la mesure fait suite à une première période de privation de liberté | 428 |
| β) Lorsque la mesure privative de liberté ne succède pas à une première privation de liberté | 432 |
| B. L'affirmation de l'effectivité de son contrôle | 436 |
| 1) L'effectivité du contrôle <i>in situ</i> des mesures privatives de liberté | 437 |
| 2) L'effectivité du contrôle <i>in situ</i> des mesures intrusives | 439 |
| §2 ^d - La nécessité de garantir un contrôle judiciaire <i>a posteriori</i> | 442 |
| A. L'exigence de principe d'un tel contrôle | 443 |
| 1) La nécessité de garantir un contrôle <i>a posteriori</i> à défaut d'un contrôle <i>ab initio</i> ou <i>in situ</i> | 444 |
| 2) La nécessité d'un contrôle <i>a posteriori</i> en dépit d'un contrôle <i>ab initio</i> ou <i>in situ</i> | 446 |
| B. La souplesse des exigences conventionnelles..... | 454 |
| 1) Les formes du recours admises par la Cour..... | 454 |
| 2) L'admissibilité d'une éviction de ce contrôle..... | 463 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER | 473 |
| Chapitre Second. La situation du suspect | 476 |
| Section Première. La situation du suspect privé de liberté | 479 |
| §1 ^{er} - Les restrictions contenues dans la directive de l'Union..... | 480 |
| §2 ^d - L'éclairage proposé par la Cour européenne des droits de l'Homme..... | 484 |
| Section Seconde. La situation du suspect indépendamment de toute privation de liberté | 491 |
| §1 ^{er} - Les hésitations nées de la jurisprudence européenne..... | 491 |
| A. Les incertitudes levées par l'arrêt <i>A.T. contre Luxembourg</i> | 492 |
| 1) Les interrogations suscitées par les arrêts <i>Dayanan</i> et <i>Sapan</i> | 492 |
| 2) Les précisions apportées par l'arrêt <i>A.T. contre Luxembourg</i> | 495 |
| B. Les doutes entretenus par l'arrêt <i>A.T. contre Luxembourg</i> | 498 |
| 1) L'admission explicite de restrictions à l'accès au dossier..... | 498 |
| 2) L'appréciation globale de l'équité de la procédure..... | 499 |
| §2 ^d - Les hésitations nées de l'article 7 de la directive relative au droit à l'information | 503 |
| A. Les certitudes apparentes..... | 503 |
| B. Les doutes persistants | 504 |
| 1) A la lumière de la directive elle-même | 504 |
| 2) A la lumière de la manière dont elle doit être interprétée | 507 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND | 508 |

| | |
|---|------------|
| CONCLUSION DU TITRE SECOND | 510 |
| CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE..... | 513 |
| SECONDE PARTIE. LES MODALITES DE LA REFORME DE LA MISE EN ETAT DES AFFAIRES PENALES SOUS LE PRISME DES DROITS EUROPEENS..... | 516 |
| TITRE PREMIER. LE CHOIX D'AMENAGEMENTS PONCTUELS A LA LUMIERE DES DROITS EUROPEENS | 518 |
| Chapitre Premier. Les modifications envisageables..... | 520 |
| Section Première. Les modifications concernant les acteurs institutionnels de l'enquête | 521 |
| §1 ^{er} - L'ancrage des qualités d'indépendance et d'impartialité du procureur | 521 |
| A. La reconnaissance de son indépendance statutaire | 522 |
| 1) Le renforcement des garanties statutaires..... | 524 |
| 2) La création d'un procureur de la Nation..... | 529 |
| B. L'effectivité de son impartialité personnelle | 535 |
| 1) La consécration d'un mécanisme préventif : la récusation | 536 |
| 2) Le recours à un mécanisme curatif aux vertus préventives : la sanction procédurale..... | 538 |
| §2 ^d - Le renforcement du contrôle du juge des libertés et de la détention | 540 |
| A. La normalisation du contrôle <i>a priori</i> | 541 |
| 1) La rationalisation de l'étendue du contrôle du juge des libertés et de la détention | 541 |
| 2) La rationalisation des obligations mises à sa charge | 549 |
| B. La normalisation de son contrôle <i>in situ</i> | 550 |
| 1) La rationalisation de l'information du juge..... | 551 |
| 2) La rationalisation des attributions du juge..... | 552 |
| Section Seconde. Les modifications concernant le suspect | 556 |
| §1 ^{er} - Le renforcement des droits du suspect en eux-mêmes..... | 557 |
| A. L'affirmation maîtrisée des droits du suspect | 557 |
| 1) Durant l'enquête | 558 |
| 2) A l'issue de l'enquête..... | 563 |
| a) L'organisation d'un débat « contradictoire » à l'issue de l'enquête..... | 564 |
| b) L'amélioration du traitement des actes sollicités par la défense | 566 |
| c) La juridictionnalisation de la clôture de l'enquête | 566 |
| B. L'affirmation substantielle des droits du suspect..... | 570 |
| §2 ^d - La réorganisation de la mise en état à la faveur des droits de la personne concernée..... | 574 |
| A. La réarticulation <i>de jure</i> des cadres d'investigation..... | 575 |
| 1) L'encadrement temporel de l'enquête préliminaire..... | 575 |
| a) L'encadrement temporel de l'enquête par l'introduction d'une durée maximale butoir | 575 |
| b) L'encadrement temporel par la consolidation du contrôle de la continuation des investigations en enquête préliminaire | 576 |
| 2) L'articulation des cadres d'investigation par référence au degré de suspicion | 579 |
| B. La réarticulation <i>de facto</i> des cadres d'investigation..... | 581 |
| 1) Le cantonnement de l'enquête préliminaire | 582 |
| 2) La suppression de l'enquête préliminaire | 584 |
| §3 ^e - La combinaison de ces différentes propositions | 585 |
| A. Le renforcement maîtrisé des droits du suspect combiné à une réarticulation des cadres d'investigation par référence au degré de suspicion..... | 585 |
| B. Le renforcement maîtrisé des droits du suspect combiné à l'encadrement de la prolongation d'une enquête préliminaire..... | 586 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER | 588 |
| Chapitre Second. La mesure des ajustements envisagés..... | 590 |
| Section Première. Les écueils dans une perspective nationale..... | 591 |
| §1 ^{er} - Les défauts intrinsèques | 591 |
| A. Les difficultés pratiques posées par certaines propositions..... | 591 |
| 1) La complexité de l'affirmation substantielle des droits du suspect lors de l'enquête..... | 592 |
| 2) La complexité d'une juridictionnalisation accrue de l'enquête | 597 |
| a) L'accès au juge durant l'enquête..... | 598 |
| b) La juridictionnalisation de la clôture de l'enquête | 599 |
| B. La rationalité incertaine de propositions préconisant une réarticulation des cadres de l'investigation..... | 602 |

| | |
|---|------------|
| 1) L'absence de pertinence d'une réarticulation <i>de facto</i> | 603 |
| 2) L'absence de pertinence d'une réarticulation <i>de jure</i> fondée sur un critère temporel strict..... | 606 |
| §2 ^d - Les défauts extrinsèques | 608 |
| A. Les bouleversements engendrés par l'amélioration substantielle des droits du suspect au stade de l'enquête | 609 |
| 1) La confusion des statuts procéduraux..... | 610 |
| a) Concernant la personne mise en cause..... | 610 |
| α) La dilution des statuts procéduraux | 611 |
| β) L'imbrication des statuts procéduraux dans l'information judiciaire | 613 |
| b) Concernant le plaignant | 617 |
| 2) Les perturbations engendrées par la juridictionnalisation accrue de l'enquête | 618 |
| a) Le risque d'une accentuation des confusions organiques et fonctionnelles..... | 619 |
| b) La dénaturation de l'enquête | 624 |
| B. Les perturbations engendrées par une réarticulation <i>de jure</i> fondée sur l'intensité de la suspicion..... | 628 |
| 1) L'accroissement corrélatif des pouvoirs d'investigation dans le cadre de l'enquête préliminaire..... | 629 |
| 2) Les implications de cet accroissement | 631 |
| a) L'accentuation du rapprochement matériel des cadres d'investigation..... | 631 |
| b) Le risque d'une accentuation de la collusion des acteurs de la mise en état des affaires pénales | 632 |
| Section Seconde. Les écueils dans une perspective européenne..... | 638 |
| §1 ^{er} - L'inopportunité d'une réarticulation <i>de facto</i> des cadres d'investigation au regard du fonctionnement de l'entraide pénale européenne..... | 638 |
| §2 ^d - La pérennité du rôle du juge d'instruction dans la sauvegarde des libertés protégées au regard des impératifs conventionnels..... | 640 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND | 644 |
| CONCLUSION DU TITRE PREMIER..... | 645 |
| TITRE SECOND. LA REFORTE D'ENSEMBLE DANS LA PERSPECTIVE DE L'INTEGRATION DU PARQUET EUROPEEN..... | 648 |
| <i>Chapitre Premier. La perméabilité entre le Parquet européen et les ordres juridiques nationaux</i> | 652 |
| | 652 |
| Section Première. Le soutien de l'ordre juridique national à l'action du futur Parquet européen | 653 |
| §1 ^{er} - Le nécessaire concours des autorités nationales | 653 |
| A. L'intégration d'autorités issues des systèmes nationaux intégrées à la structure du Parquet européen..... | 653 |
| 1) L'organisation décentralisée du Parquet européen | 654 |
| 2) La répartition des attributions en son sein..... | 658 |
| a) La répartition usuelle..... | 659 |
| b) La répartition exceptionnelle..... | 663 |
| B. L'appui d'autorités internes extérieures à la structure du Parquet européen | 664 |
| 1) Le concours des autorités internes d'investigation | 665 |
| 2) Le concours des juges nationaux..... | 665 |
| a) Le concours du juge national au stade des investigations..... | 665 |
| b) Le concours des juridictions nationales de jugement..... | 666 |
| §2 ^d - L'application complémentaire du droit des Etats membres | 667 |
| A. L'option choisie | 667 |
| 1) Le choix de l'application complémentaire des droits nationaux | 667 |
| a) Le rejet d'une uniformisation poussée des règles régissant l'activité du Parquet européen..... | 668 |
| b) Le choix d'une uniformisation maîtrisée des règles régissant l'activité du Parquet européen | 670 |
| 2) Le choix d'un haut degré de complémentarité | 674 |
| B. Les questions soulevées par l'application complémentaire des droits nationaux | 677 |
| 1) La détermination des dispositions techniques applicables à titre complémentaire | 681 |
| a) L'orientation donnée par le modèle procédural semblant s'imposer au niveau européen..... | 682 |
| b) L'orientation donnée par certaines dispositions du règlement..... | 686 |
| 2) L'adaptation éventuelle du droit interne en cas de divergences avec les dispositions du règlement ... | 688 |
| Section Seconde. La porosité entre le système interne et le système européen..... | 690 |
| §1 ^{er} - Le choix d'une compétence partagée | 690 |
| A. Le compromis retenu | 691 |
| 1) Les solutions extrêmes envisagées..... | 691 |
| a) L'attribution d'une compétence exclusive | 691 |

| | |
|---|------------|
| b) L'attribution d'une compétence subsidiaire..... | 692 |
| 2) Les modalités retenues par le règlement | 696 |
| a) Le partage de la compétence..... | 696 |
| α) L'exercice par le Parquet européen de sa compétence principale | 696 |
| β) L'exercice par le Parquet européen de sa compétence accessoire | 698 |
| b) L'exercice prioritaire de sa compétence par le Parquet européen..... | 701 |
| B. Les implications du choix en faveur d'une compétence partagée | 703 |
| §2 ^d - La perspective d'un cumul des mandats national et européen par les procureurs européens délégués | 704 |
| A. La possibilité d'un cumul des fonctions de procureur européen délégué et de procureur national..... | 704 |
| B. Les interrogations induites par ce cumul dans l'optique de l'intégration du Parquet européen dans l'ordre juridique français | 707 |
| CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE | 709 |
| | |
| <i>Chapitre Second. Les adaptations suggérées par l'intégration du parquet européen dans l'ordre juridique français.....</i> | 710 |
| Section Première. La perspective d'une réforme statutaire | 712 |
| §1 ^{er} - Le cas des autorités françaises intégrées à la structure européenne le temps de leur mandat | 712 |
| A. L'exigence d'indépendance fonctionnelle des membres du Parquet européen..... | 712 |
| 1) La constance de cette exigence | 713 |
| 2) Les garanties de cette exigence..... | 714 |
| B. La difficile articulation de cette exigence avec le droit français positif | 717 |
| 1) L'indétermination des modalités de désignation des membres français du Parquet européen | 717 |
| 2) L'effet de la réintégration des membres français dans leur corps d'origine à l'issue de leur mandat.... | 720 |
| §2 ^d - Le cas des autorités extérieures à la structure du Parquet européen mais concourant à son action..... | 721 |
| A. Les autorités judiciaires..... | 721 |
| B. Les autorités policières | 722 |
| Section Seconde. La perspective d'une réforme structurelle de la mise en état des affaires pénales | 725 |
| §1 ^{er} - L'adaptation du droit interne aux pouvoirs des procureurs européens délégués..... | 728 |
| A. L'adaptation aisée des pouvoirs d'investigation..... | 728 |
| 1) La simplification résultant de l'évolution convergente du projet européen et du droit interne..... | 728 |
| 2) Le besoin persistant d'adaptations | 732 |
| B. L'adaptation perturbatrice de son pouvoir de solliciter un placement en détention provisoire..... | 735 |
| §2 ^d - Les répercussions sur les droits procéduraux des personnes concernées par la procédure | 738 |
| A. L'adaptation impérieuse des droits de la personne détenue..... | 738 |
| B. L'adaptation latente des droits de toutes les personnes concernées par la procédure | 742 |
| 1) Les garanties procédurales offertes à la personne soumise à une mesure restrictive de liberté | 743 |
| 2) Les garanties procédurales offertes à toute autre personne concernée..... | 746 |
| CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE | 750 |
| CONCLUSION DU TITRE SECOND | 752 |
| CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE | 755 |
| CONCLUSION GENERALE..... | 758 |
| BIBLIOGRAPHIE | 766 |
| I - Ouvrages généraux | 766 |
| II. Dictionnaires et Lexiques des termes juridiques | 768 |
| III. Ouvrages spéciaux, Mélanges, Thèses | 768 |
| IV. Encyclopédies et Répertoires..... | 775 |
| V. Articles et notes..... | 777 |
| VI. Essais et enquêtes..... | 815 |
| VII. Rapports des Commissions de réflexions..... | 815 |
| VIII. Avis de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme..... | 816 |
| IX. Rapports parlementaires | 817 |
| A. Travaux préparatoires | 817 |
| B. Rapports d'informations | 820 |
| TABLE DE JURISPRUDENCE..... | 822 |

| | |
|---|------------|
| I. Jurisprudence Européenne..... | 822 |
| Cour européenne des droits de l'Homme..... | 822 |
| Cour de Justice de l'Union..... | 829 |
| Tribunal de première instance de l'Union..... | 829 |
| II. Jurisprudence Française..... | 830 |
| Conseil Constitutionnel..... | 830 |
| Cour de cassation..... | 832 |
| Cours d'appel..... | 837 |
| Tribunaux de première instance..... | 837 |
| ANNEXES..... | 840 |
| I. Conventions du Conseil de l'Europe (principalement citées)..... | 840 |
| II. Résolutions et recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (principalement cités) | 841 |
| III. Législation de l'Union européenne (principalement citée)..... | 843 |
| INDEX ALPHABÉTIQUE..... | 844 |

La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens

Résumé

Au-delà de l'instabilité qui la caractérise, la mise en état des affaires pénales s'illustre par sa métamorphose. A mesure de la multiplication des modes de traitement de la délinquance et de l'enrichissement des possibilités d'investigation en enquête de police, celle qui ne devait être qu'un préalable à l'ouverture d'une information judiciaire s'impose comme le cadre ordinaire dans un système qui n'avait pas été pensé pour elle. En résultent un recul des droits de la défense et du juge auxquels ni une vision d'ensemble de la procédure, ni les dernières réformes, pour une large part inspirées des droits européens, n'ont pleinement pallié. Mettre les implications de la montée en puissance de l'enquête de police à l'épreuve des droits européens fait ressortir différents motifs d'inquiétude sur la pleine compatibilité du système actuel avec les standards supranationaux. Ils viennent ainsi au soutien d'aménagements promus tant par la doctrine que par des praticiens pour remédier au déséquilibre constaté.

Si la mise en conformité du droit interne doit servir de guide aux ajustements préconisés, ces derniers doivent néanmoins être examinés à la lumière de leurs implications sur le système vu dans son ensemble. Le souci de cohérence encouragerait à promouvoir des solutions plus mesurées, combinant à un renforcement relatif des droits durant l'enquête de police, une articulation des cadres procéduraux d'investigation centrée sur le renforcement du contrôle du juge. La perspective de l'intégration d'un Parquet européen, dont la création a été formellement actée le 12 octobre 2017, et qui se caractérise par sa perméabilité avec les ordres juridiques nationaux, rend ces propositions précaires. Les ajustements que son intégration supposera soulèveront à court ou moyen terme, la question d'une recomposition de la mise en état des affaires pénales, favorable à la restauration de son équilibre et de sa cohérence.

Procédure pénale ; Mise en état des affaires pénales ; Droit du Conseil de l'Europe ; Droit de l'Union européenne ; Enquête ; Instruction ; Mutation ; Indépendance ; Impartialité ; Droits de la défense ; Contrôle judiciaire ; Parquet européen.

Résumé en anglais

Beyond the inconstancy which defines the pre-trial phase of proceedings, it is characterised by its metamorphosis. Because of the multiplication of ways of dealing with delinquency and the increasing possibilities of police inquiry, the pre-trial phase of proceedings, which should have been just a precondition to the preliminary judicial investigation, turns out to be the common framework, in a system not built for it. It leads to the decline of the rights of defence and of the judge. Neither a global perspective of the procedure nor the last reforms, for the most part inspired by European laws, fully overcame it. Confronting the consequences of police inquiry increasing with European rights, highlights several concerns on the full compatibility of the current system with the supranational standards. They support accommodations, encouraged by the searchers as well as the professionals, to solve observed imbalances.

If the compliance of French law must guide the recommended adjustments, they should be reviewed in the light of their impacts on the global system, where inquiry and information still coexist. The will of consistency may encourage to promote more measured solutions, combining a moderate strengthening of the rights during police inquiries to an articulation of the investigation proceedings frameworks, focused on a reinforced control of the judge. The perspective of the integration of an European Public Prosecutor's Office, which creation was formally acknowledged October 12th 2017, characterised by its openness to other national legal systems, makes these propositions uncertain. At short or medium term, adjustments ensued by its integration will lead to rethink the pre-trial phase of proceedings, to ensure its balance and consistency.

Criminal proceedings, pre-trial phase of proceedings, Council of Europe law, European Union law, enquiry, investigation, change, independence, rights of defence, judicial review, European Public Prosecutor's Office.