



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit pénal et sciences pénales

Dirigé par Yves Mayaud

2010

Le pouvoir propre de police judiciaire

Jérémi Dilmi

Sous la direction de Didier Rebut

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS PARIS II

Droit – Economie – Sciences sociales

Le pouvoir propre de police judiciaire

sous la direction de Monsieur le professeur Didier REBUT.

Mémoire présenté par Jérémie DILMI

dans le cadre du Master 2 Droit pénal et sciences pénales.

Année scolaire : 2009 - 2010

« L'Université Paris II Panthéon-Assas n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires ; ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs ».

Remerciements

Je tiens à exprimer tout d'abord mes remerciements à mon directeur de mémoire, Monsieur le professeur Didier REBUT, de m'avoir proposé un sujet auquel je prête le plus grand intérêt. En outre, la grande liberté qu'il m'a accordée dans l'étude de ce sujet m'a permis d'en explorer des aspects inespérés.

Ma gratitude est naturellement adressée à mes parents pour l'investissement qu'ils ont consacré à mes études durant ces cinq dernières années.

À ma mère pour ses relectures consciencieuses à qui l'on ne saurait imputer la faute si quelques erreurs ont filtré malgré sa bienveillante vigilance.

À mon père qui, par sa volonté exemplaire et son soutien inconditionnel, m'a toujours insufflé une profonde motivation.

Une mention particulière à Anne CHEVANCE DE BOISFLEURY qui, par son accueil chaleureux, m'a permis de poursuivre mes études sur Paris.

Enfin, je ne pouvais omettre de mentionner celle qui m'a accompagnée pendant toutes ces années, Sandra ANDREOZZI. Pour la patience dont elle a fait preuve pendant ces longs moments de solitude intellectuelle, je lui présente mes sincères remerciements.

Tableau des abréviations

aff.	Affaire
al.	Alinéa
anc.	Ancien
AJDA	Actualité juridique de droit administratif (Dalloz)
AJ pénal	Actualité juridique pénal (Dalloz)
APJ	Agent de police judiciaire
art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle</i>
C.	Code
CA	Cour d'appel
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.
CEDH	Cour européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
Cf.	se référer à
C. const.	Conseil constitutionnel
C. pén.	Code pénal
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
C. route	Code de la route
CSP	Code de la santé publique
c/	Contre
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde et des droits de l'homme et des libertés fondamentales
C.I.C.	Code d'instruction criminelle
Civ.	Cour de cassation, chambre civile (1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème})
Comm.	Commentaire

Concl.	Conclusions
Const.	Constitution
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
DC	Décisions du Conseil constitutionnel concernant la conformité à la Constitution (art. 54 et 61 de la Constitution)
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
DS	Recueil Dalloz-Sirey
Décr.	Décret
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	Au même endroit
<i>i.e.</i>	C'est-à-dire
<i>Infra</i>	Ci-dessous
JLD	Juge des libertés et de la détention
JO	Journal officiel (de la République française)
JOAN	Journal officiel de l'Assemblée nationale
J.-CL. pr. pén.	JurisClasseur de procédure pénale
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale du droit et de jurisprudence
Obs.	Observations
<i>Op.cit.</i>	Ouvrage cité
OPJ	Officier de police judiciaire
Ord.	Ordonnance
p.	Page
préc.	Précité
<i>RD publ.</i>	<i>Revue de droit public</i>
<i>Rép. pén.</i>	<i>Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
et s.	Et suivant(e)s

ss	Sous
<i>supra</i>	Ci-dessus
TC	Tribunal des conflits
T. corr.	Tribunal correctionnel
v.	Voir

Sommaire

Introduction	page 1
Titre 1 : La réhabilitation de la contrainte comme fondement du pouvoir propre de police judiciaire	page 12
Chapitre 1 : La représentation abstraite des pouvoirs de police judiciaire.....	page 15
I – L’analyse de la contrainte	page 16
II – L’exercice de la contrainte.....	page 31
Chapitre 2 : La représentation concrète du pouvoir propre de police judiciaire	page 43
I – L’expression de la contrainte matérielle	page 44
II - L’expression de la contrainte psychologique	page 75
Titre 2 : L’adaptation de la contrainte dans l’ordonnancement juridique : la consécration des pouvoirs de police judiciaire	page 86
Chapitre 1 : L’encadrement procédural de la contrainte	page 88
I – Les enquêtes de police judiciaire : une régulation de la coercition.....	page 89
II – La ventilation organique des pouvoirs de police judiciaire	page 107
Chapitre 2 : La conciliation de la contrainte avec les exigences d’un Etat de droit ou la recherche d’un équilibre procédural	page 118
I – Un équilibre garanti.....	page 119
II – Un équilibre fragile	page 131
Annexes	page 154
Bibliographie	page 157

« La justice sans la force est impuissante ; la force sans la justice est tyrannique (...). Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et, pour cela, faire que ce qui est juste soit fort, ou que ce qui est fort soit juste. Ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que le juste et le fort fussent ensemble et que la paix fût, qui est le souverain du bien ».

Pascal, *Pensées*, 470. V.298

Introduction

« Où manque la force, le droit disparaît; où apparaît la force, le droit commence de rayonner »¹. Afin de veiller à la pérennité de l'Etat de droit, il a donc fallu se doter d'une force publique qui, au fil des siècles, a vu ses pouvoirs augmentés.

Sorte de *Janus bifrons*, la police partage, en droit français, des fonctions de prévention et de répression des infractions. La répartition de ces fonctions marque la ligne de démarcation entre ce qui relève de la police administrative et de la police judiciaire. Un auteur dénonce, à cet égard, la carence d'une approche globale de la police en excipant l'irréalité matérielle et juridique de la distinction entre ces « deux » polices². Les publicistes ont principalement vu dans la « police » la police administrative, c'est-à-dire finalement l'action des autorités de police qui prennent des règlements afin d'assurer l'ordre public, en délaissant quelque peu la mission des forces de police. Les privatistes, essentiellement les pénalistes, prennent alors le relais en s'attachant à l'action des forces de police travaillant à la finalité de la manifestation de la vérité judiciaire. Chacune des branches du droit revendiquerait ainsi un aspect de l'activité de la police : le droit administratif, composante du droit public, l'activité juridique de la police qui consiste dans l'édition de normes et le droit pénal, composante du droit privé, l'activité matérielle ayant pour objet de les faire appliquer.

La police judiciaire est donc le résultat de cette division artificielle de la notion de police. Elle met en exergue les moyens matériels mis à la disposition des agents de la force publique pour mener à bien leur mission. Les pouvoirs dévolus à cet effet n'ont cessé d'évoluer. Cette évolution est d'ailleurs consubstantielle à celle de la notion de police judiciaire.

La police judiciaire, éponyme de ces pouvoirs, est le produit d'une histoire complexe qu'il reste à parcourir³ (I). Son cheminement ouvre une voie éclairée sur les termes de notre sujet (II). Mieux appréhendés « le(s) pouvoir(s) propre(s) de police judiciaire » gagneront à être problématisés (III).

¹ Maurice BARRES, *La grande pitié des églises de France*, Déterna, éd. 01/09, p. 360.

² Jacques BUISSON, *L'acte de police*, thèse Université Jean Moulin Lyon 3, 1988.

³ Les leçons de l'histoire sur la notion de police judiciaire, *Mélanges A. Decocq*, Litec, 2004, p.33.

I - Historique

La police, au sens organique du terme, n'existait pas sous l'Ancien Régime si ce n'est sous les traits de forces de l'ordre composées de l'armée, des milices ainsi que des guets et de la Maréchaussée. Or leur présence frôlait l'insignifiance au point que des historiens attribuent parfois à la carence de ces forces de sécurité le succès de la Révolution¹. Conscients de cette déficience structurelle, les Révolutionnaires se sont attachés à établir une force publique efficiente. Si l'attention qu'ils ont portée à cette restructuration relevait de la nécessité², il n'en demeure pas moins qu'ils ont toujours accordé une importance considérable à la force publique, importance attestée par les dispositions constitutionnelles qui lui sont consacrées, puisque seules les Constitutions révolutionnaires réservent à la force publique un titre³, un chapitre⁴ ou des développements consistants⁵.

À son commencement, la force publique était assignée exclusivement à des missions d'exécution ou de maintien de l'ordre. Dans cette conception purement manœuvrière, elle constituait une sorte d'instrument passif sans initiative aucune. Les termes utilisés par les divers législateurs révolutionnaires pour la caractériser le disent assez. Ainsi était-il précisé qu'elle devait être « *essentiellement obéissante* », tout en précisant qu'elle ne pouvait être employée pour maintenir l'ordre et la paix que sur la réquisition écrite des autorités constituées⁶. En d'autres termes, non seulement ils concevaient la force publique comme essentiellement exécutrice, mais encore ils l'affectaient uniquement à l'usage de la force physique. Le document le plus révélateur de cet état d'esprit reste le rapport sur l'organisation de la force publique présenté par Rabaut-Saint Etienne qui, énumérant les principes qui doivent guider, l'action de la force publique, déclarait : « *Instrument aveugle et purement passif, la force publique n'a ni âme, ni pensée, ni volonté. (Elle) ne doit pas se mouvoir elle-même (ni) délibérer sur les ordres qu'elle reçoit ; délibérer, hésiter, refuser sont des crimes. Obéir, voilà dans un seul mot, tout leur devoir* » (à l'Assemblée nationale le 21 novembre 1790, préalablement au vote de la loi des 6-12 décembre 1790).

¹ E.FAURE, *La disgrâce de Turgot*, NRF, 1951, p.398. V. également : P.LEGENDRE, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, PUF, Thémis, 1968, p.252.

² Le décret du 16 janvier 1791 supprimant toutes les forces de l'Ancien Régime, l'empressement des Révolutionnaires se comprend aisément.

³ Const. 03 septembre 1791, titre IV ; Const. 22 août 1795, titre IX.

⁴ Const. du 04 novembre 1848, chapitre IX.

⁵ Décr. des 06 et 12 décembre 1790 portant codification des principes d'organisation de la force publique.

⁶ L. 06-16 déc. 1790, art. 3 et 5 ; Const. de 1791, titre IV, art. 8 et 12 ; de 1793, art.112 et 114 ; de 1795, art. 291 ; de 1848, art. 105.

La force publique de l'époque ne disposait donc d'aucune prérogative propre dans le domaine des investigations, ressortissant alors exclusivement au pouvoir judiciaire. Elle ne pouvait que conduire la personne arrêtée en flagrant délit à un juge, sans avoir les moyens juridiques d'ouvrir une enquête. Le pouvoir d'enquête avait été refusé aux agents de la force publique par l'ordonnance criminelle de 1670. Seuls les juges avaient compétence pour accomplir des actes d'information, ainsi que le montre une « Déclaration » du 5 février 1731 précisant « *Voulons que tous juges du lieu du délit, royaux et autres, puissent informer, décréter et interroger tous accusés quand même il s'agirait de cas royaux ou de cas prévôtaux. Leur enjoignons d'y procéder aussitôt qu'ils auront eu connaissance desdits crimes...* »¹.

Néanmoins, le danger, que représentait la justice pour le législateur révolutionnaire, et sa volonté de mettre en œuvre la théorie de la séparation des pouvoirs l'ont sans nul doute conduit à diviser les pouvoirs de la justice pour en confier une partie à d'autres personnes que les juges. Les forces de l'ordre furent les heureux bénéficiaires de cette concession. Les Révolutionnaires ont voulu que, au-delà du concours matériel qu'elle apporte traditionnellement à la justice, la force publique, ou tout au moins certains de ses agents, ait dans la poursuite et la répression des infractions un rôle d'enquêteur, autrefois dévolu au juge. On a donc exigé de la force publique, et de ses agents une intervention plus élaborée, d'ordre intellectuel, dans la mission judiciaire, pour laquelle leur ont été conférés de nouveaux pouvoirs.

Convaincus qu'il n'y a pas de liberté sans séparation des pouvoirs, les Révolutionnaires avaient l'incontestable volonté de différencier force publique et justice². Ainsi le Code de brumaire an IV a pris acte de ces leitmotifs dans son article 15 : « *la répression des délits exige l'action des deux autorités distinctes et incompatibles, celle de la police et celle de la justice. L'action de la police précède essentiellement celle de la justice* ». Cependant, il n'est pas de séparation des pouvoirs qui ne s'accompagne de leur collaboration, indispensable au fonctionnement efficace d'institutions aussi complémentaires que celle de la justice et de la force publique³.

¹ Cité par F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Plon, 2^e éd., tome 3 relatif à la « police judiciaire », 1866, p.19.

² Rappelons que l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme édicte que « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation déterminée, n'a pas de constitution* ».

³ Sur cette question de l'indispensable collaboration entre pouvoirs : J. CADART, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, 1975, t.1, p. 280 et s.

Force est de constater que la nouvelle articulation entre ces deux institutions, justice et police, a été établie en spoliant les pouvoirs de l'une au profit de l'autre par le biais de la « police judiciaire » et de ses officiers. La notion de « police judiciaire » est donc le trait d'union de ce nouveau mode de « séparation-collaboration » entre justice et police. Le vocable de « police judiciaire » emprunte, par là même, cette promiscuité entre police et justice. Cette remarque emporte conséquence : elle marque la police judiciaire du sceau d'une longue évolution historique. Le Code de procédure pénale a assuré l'accouchement de la notion de « police judiciaire », au terme d'une gestation difficile d'un siècle et demi, en consacrant le transfert définitif de l'intégralité des pouvoirs de police judiciaire à la force publique.

L'expression même de « police judiciaire » apparaît pour la première fois dans l'article 18 du Code du 3 brumaire an IV. En qualifiant ce mode de collaboration de « police judiciaire », ce Code a, le premier, donné une définition pour l'opposer à la « police administrative » (art. 16 à 20). Ainsi, la « police judiciaire » devait rechercher les délits dont la police administrative n'avait pu empêcher la commission, en rassembler les preuves et en livrer les auteurs à la justice. La promulgation du Code du 3 brumaire an IV marque donc la naissance officielle de la « dichotomie policière »¹ entre police judiciaire et police administrative qui va se perpétuer jusqu'à l'époque contemporaine².

Bien que l'on ne puisse se féliciter de la césure entre ces deux polices, l'avènement de la notion de police judiciaire exprime l'idée qu'existent dorénavant des « pouvoirs de police » ou des « droits de police » pour reprendre la formule de Faustin Hélie. Cette conception est d'ailleurs conforme à la lettre du Code d'instruction criminelle dont le livre I est intitulé « De la police », pour l'opposer au livre II intitulé « De la justice ».

L'avènement de la police judiciaire résultant du transfert de pouvoir entre police et justice a, ainsi, révélé l'existence d'une force publique autonome, dotée de « pouvoirs propres » puisés dans le droit pénal ou le droit public. En sorte qu'il n'est plus possible de reléguer dans des tâches subalternes, de pure exécution, la force publique moderne. Mais il ne faut pas se méprendre sur le sens du qualificatif « autonome », lequel ne veut nullement signifier une absence de contrôle, indispensable dans un Etat de droit, de la part de l'autorité judiciaire.

¹ V. J. BUISSON, *op.cit.*

² *Ibid* : p. 1.

Ce contrôle passe notamment par une détermination restrictive des agents de la force publique habilités à accueillir ces pouvoirs de police judiciaire. Ces agents sont alors l'émanation de la police judiciaire. Ils jouissaient de la qualité d' « officier de police de sûreté », cheville ouvrière de l'articulation entre la justice et la police, qui précédait celle d' « officier de police judiciaire », terminologie que l'on connaît aujourd'hui. La police judiciaire s'est recentrée autour du corps des forces de l'ordre, c'est-à-dire la police et la gendarmerie. Ces derniers se voient dorénavant investis, dans l'exercice de la police judiciaire, d'un pouvoir de contrainte qui n'est autre qu'un pouvoir propre.

Le régime coercitif de ces pouvoirs est circonscrit dans un cadre juridique bien précis. D'abord le « flagrant délit » que le Code de procédure pénale structure en un ensemble de pouvoirs de contrainte sur les personnes et sur les choses (art. 53 et s. C. pr. pén.) ; ensuite l' « enquête officieuse », créée par les besoins de la pratique¹, que le Code de procédure pénale, consacre par l'instauration de l' « enquête préliminaire », qui réunit des règles régissant une sorte de coercition sous condition d'acceptation du citoyen (art. 75 et s. C. pr. pén.)².

Les pouvoirs conférés à la police et à la gendarmerie pour l'exercice de la police judiciaire consistent essentiellement dans la contrainte sur les personnes et sur les choses. L'attribution de ces pouvoirs s'est faite en s'accroissant au fil du temps : le mouvement d'émancipation de la force publique amorcé par l'œuvre législative antérieure fut ainsi parachevé par les législateurs successifs. Aujourd'hui, les policiers et les gendarmes constituent des auxiliaires décisifs de la justice, apportant à celle-ci une double collaboration. Collaboration juridique, parce qu'ils ont reçu de la loi un pouvoir propre de contrainte dans le domaine de l'investigation judiciaire. Collaboration matérielle, parce qu'ils apportent à la justice la main-forte indispensable à l'exécution, donc à l'efficacité des décisions de justice, première et unique mission de la force publique au temps de sa création, compte tenu de la conception qu'en avait le législateur révolutionnaire, lequel ne concevait pas qu'elle fut dotée d'un pouvoir propre.

L'évolution de la collaboration entre la justice et la police est aujourd'hui achevée. La force publique a donc, au fil du temps, absorbé les pouvoirs de la « police judiciaire » qui, si elle existe encore par référence à ce transfert historique, semble avoir perdu son ambiguïté

¹ Sur ce point : D.DENIS, *L'enquête préliminaire – Etude théorique et pratique*, éd. Police-Revue, thèse 1974, p.55 et s., p. 142 et s.

² J. BUISSON, *L'enquête préliminaire* : Rép. Pén. Dalloz 2002.

originelle. Aujourd'hui, la police judiciaire désigne clairement l'ensemble de ces pouvoirs autrefois confié à la justice dont ils ont été progressivement détachés pour assurer, entre l'autorité judiciaire et la force publique autrement comprise, une collaboration destinée à la sauvegarde de la paix publique et à la sécurité des citoyens, indispensable à la liberté qui en est sa composante.

Parcourir l'évolution historique de la notion de police judiciaire, aussi sinieuse soit-elle, fut riche d'enseignement. Progressivement, les termes du sujet se sont dévoilés pour être désormais mieux interprétés.

II – Exégèse terminologique

Précisée dans ses origines et son essence, la police judiciaire trouve mieux à s'expliquer (A). De cette notion en ressortit des « pouvoirs propres », conception qui appelle des précisions tant elle est source de confusion (B).

A/ La définition de la « police judiciaire »

Point n'est besoin de rappeler que la police judiciaire représentait la part des pouvoirs dévolus par la justice à la police. Néanmoins, ces pouvoirs de police étaient majoritairement attribués à des magistrats de l'ordre judiciaire de sorte qu'ils justifiaient pleinement leur expression sous la terminologie de « pouvoirs de police judiciaire ». Or, l'évolution s'est faite progressivement vers une « déjudiciarisation » de ces pouvoirs en les concédants à des agents administratifs de la force publique. Cette distillation a connu quelque valse-hésitation, notamment durant la période impériale, mais l'histoire législative a œuvré sensiblement à la faveur des forces de l'ordre afin qu'ils puissent bénéficier d'une plénitude de compétence. De sorte qu'aujourd'hui, le législateur a dépouillé le juge de ces pouvoirs de police judiciaire pour les remettre à la force publique.

Plus opportun est de remarquer que cette police contemporaine n'a plus rien de judiciaire si ce n'est que le procureur a conservé ses attributions de police judiciaire ainsi que, dans une moindre mesure, le juge d'instruction. L'ordre des choses est ainsi renversé. Force est de constater le paradigme selon lequel le principe, autrefois acquis, devient l'exception et l'exception devient, aujourd'hui, le principe.

L'expression de « police judiciaire » n'est donc plus en phase avec la réalité policière contemporaine, elle ne représente que l'image d'une réalité surannée, celle qui faisait de l'autorité judiciaire la première détentrice des pouvoirs de police. Cette notion n'a pas su évoluer avec son temps. Elle ne fut que reproduite de corpus en corpus législatif sans aucune réflexion de fond sur l'actualité de cette notion si bien qu'aujourd'hui, sauf à dénaturer la notion de « police judiciaire », elle apparaît dénuée de sens. Pis, elle pourrait aboutir à un contre sens. Envisagée *stricto sensu*, elle ne conduirait qu'à retenir les pouvoirs de police conférés à l'autorité judiciaire, à savoir le procureur de la République et le juge d'instruction¹. Se serait alors méconnaître la portée qu'ambitionne cette notion qui inclut, plus largement pour ne pas dire exclusivement, l'ensemble des pouvoirs dévolus aux forces de l'ordre.

La terminologie de « police judiciaire » a donc une valeur plus historique que juridique car elle porte en elle les stigmates d'un difficile transfert de compétence, si profondes qu'elles en demeurent patentes. C'est davantage le poids de l'histoire que la terminologie évoque qu'une réalité juridiquement observable.

L'expression de « police judiciaire » souffre aussi d'ambivalence dans la mesure où, au-delà de son sens matériel, elle tend parfois à désigner les services chargés d'exercer cette activité, principalement deux d'entre eux de la police nationale, alors désignés par les termes « Police Judiciaire »² : la Direction centrale de la Police Judiciaire³ et la Direction de la Police Judiciaire de la préfecture de police.

La police judiciaire a donc, avant tout, été pensée comme un instrument permettant de doter les forces de l'ordre – du moins certains de ses agents – de « pouvoirs propres ».

B/ La définition des « pouvoirs propres »

Au gré des développements historiques de la police judiciaire, l'autre versant de notre sujet a pu être ainsi appréhendé : celui des « pouvoirs propres ». Cette formulation est, hier comme aujourd'hui, fréquemment usitée par la doctrine. Elle en appelle des précisions.

¹ La liste des officiers de police judiciaire ne comprend plus de magistrats. Après avoir éliminé le juge d'instruction de cette liste par la loi du 23 juin 1999 (abrogation de l'art. 72 C. pr. pén.), le Code de procédure pénale a également enlevé la qualité d'officier de police judiciaire au procureur de la République. Certes, il lui a confié la direction de la police judiciaire (art. 12 C. pr. pén.), ainsi du reste que les pouvoirs et prérogatives attachées à la qualité d'officier de police judiciaire (art. 41 C. pr. pén.).

² Les majuscules étant alors employées pour bien distinguer ce service spécialisé de la Police nationale.

³ Dont la compétence matérielle est déterminée par décret (art. D.4 C. pr. pén.).

L'histoire nous a enseigné que les pouvoirs de police autrefois attribués aux forces de l'ordre l'étaient de manière exceptionnelle. Le transfert de pouvoirs de l'autorité judiciaire à la force publique s'est fait de manière progressive, seuls quelques agents habilités pouvaient en bénéficier. Cette parcimonie était telle qu'elle ne pouvait qu'être remarquée en doctrine. Les auteurs ne manquaient pas alors de saluer les « gestes » du législateur comme une faveur faite à la force publique¹. Il s'agissait de mettre en exergue la part des compétences de l'autorité judiciaire qui lui était transférée. Ces pouvoirs constituaient alors un îlot d'autonomie par lequel la force publique pouvait s'émanciper du joug de l'autorité judiciaire. La « propriété » de ces pouvoirs² était alors revendiquée par la force publique.

Aujourd'hui, la répartition des compétences ne se pose plus en termes d'enjeux puisqu'elle est réglée au bénéfice des forces de l'ordre. Les pouvoirs qui leur sont dévolus n'ont plus rien d'exceptionnels. Nul n'est besoin de démarquer par le qualificatif « propre » ce qui relève du droit commun. Si cette analyse pouvait se justifier hier, elle apparaît aujourd'hui obsolète.

La formulation de « pouvoirs propres » n'est donc que l'expression de la tradition. Tout au plus peut-on lui prêter un intérêt didactique en démarquant, comme le font les ouvrages³, ce qui relève de la compétence des officiers de police judiciaire de ce qui leur est enjoint par l'instruction. L'article 14 du Code de procédure pénale est, traditionnellement, présenté comme le siège de cette opposition : l'alinéa 1 consacrant les pouvoirs dits « propres » alors que l'alinéa 2 représente les pouvoirs « délégués » suite à l'ouverture d'une instruction.

L'inanité de cette formulation est renforcée par ce qu'elle constitue de pléonasme. L'agent chargé des fonctions de police judiciaire tient ses prérogatives de la loi, qui précise toujours le contenu qu'elle entend donner à la coercition, et non d'une quelconque délégation de l'autorité judiciaire. Le pouvoir qu'il exerce suite à l'ouverture d'une information ne constitue pas, en tant que tel, un pouvoir dont il peut se prévaloir. La force publique est, dans ce cadre, reléguée dans sa fonction première⁴, celle de simple exécutrice passive des ordres de l'autorité judiciaire. Cette conception manœuvrière de la force publique n'est pas compatible avec la reconnaissance de pouvoirs de police. L'histoire en est le témoin puisque ce n'est qu'avec la reconnaissance d'une compétence d'ordre intellectuelle, non plus seulement manœuvrière, que la force publique s'est vue doter de « pouvoirs de police ». Relégués dans

¹ A.BESSON : art. préc.

² Ces pouvoirs demeurent, rappelons-le, toujours soumis à un contrôle *a posteriori*.

³ V. notamment S.GUINCHARD et J.BUISSON, *Procédure pénale*, 5^e éd., Litec, p.497. Les auteurs sérient les pouvoirs de police judiciaire en deux grandes catégories : « les pouvoirs propres » et « les pouvoirs délégués ».

⁴ La citation précitée de Rabaut-Saint-Etienne est, à cet égard, éloquent.

des tâches subalternes, ces agents ne jouissent d'aucun pouvoir mais plutôt du devoir de déférer aux réquisitions de l'autorité judiciaire. Saisie par commissions rogatoires, la force publique n'est que le relais du pouvoir du juge d'instruction. Ce dernier exerce ses prérogatives par son intermédiaire.

Prétendre que les forces de l'ordre détiennent un pouvoir à ce titre, fût-il « délégué », est un raccourci qui ne saurait être permis¹. En toute rigueur, il n'est alors de pouvoirs de police judiciaire que des pouvoirs propres. Dans cette perspective, parler de « pouvoirs propres de police judiciaire » revient à verser dans le pléonasme. La critique n'est ici portée qu'à une fin terminologique puisqu'elle est juridiquement platonique.

Toutefois l'expression semble recouvrir un intérêt lorsqu'elle vient désigner les pouvoirs que l'officier de police judiciaire peut exercer *motuo proprio* c'est-à-dire spontanément, sans autorisation préalable notamment celle du procureur de la République. Ces pouvoirs traduisent alors l'opportunité laissée par le législateur aux officiers de police judiciaire dans le déroulement des enquêtes. Il en va spécialement ainsi dans le cadre de l'enquête de flagrance et, dans une moindre mesure, dans l'enquête préliminaire. Mais parler, dans ces hypothèses de « pouvoirs propres » relèvent, à notre sens, d'un manque de rigueur. D'abord, cette expression entretient la confusion avec ce qu'elle désignait, autrefois, de parcelles de compétences transférées de l'autorité judiciaire à la force publique. Ensuite, parce que présenter les pouvoirs de police dans le cadre des enquêtes judiciaires sous l'expression de « pouvoirs propres » est réducteur puisqu'ils ne s'en résument pas². En effet, tous les pouvoirs de police judiciaire ne peuvent pas être exercés spontanément, tous ne peuvent pas se passer de l'autorisation préalable de l'autorité judiciaire.

L'expression doctrinale de « pouvoirs propres de police judiciaire » est ainsi malaisée, vous en conviendrez. Mieux vaut-il parler, à leur égard, de « pouvoirs autonomes » ou, pour ne pas heurter les esprits³, de « pouvoirs spontanés » mais encore de « pouvoirs d'initiative ».

¹ Dans la pureté des principes, les forces de l'ordre ne disposent d'aucuns pouvoirs de police dans le cadre d'une instruction. Cependant, en pratique, il en va autrement. Les commissions rogatoires sont formulées en des termes si généraux que la police judiciaire dispose, de fait, d'une certaine autonomie. De la sorte, nos propos doivent être tempérés car il faut bien reconnaître que la force publique jouit à cet égard d'un certain pouvoir. Cf. *infra* : Titre 1, Chap.1, II-, B/.

² Pour constat, nous vous renvoyons à l'ouvrage précité de S. GUINCHARD et J. BUISSON qui traitent tous les pouvoirs de police judiciaire (dans le cadre des enquêtes) dans une section relative aux « pouvoirs propres de police judiciaire », p. 498.

³ L'expression pourrait donner à penser que ces pouvoirs jouissent d'une certaine impunité alors qu'il n'en est rien, s'ils ne requièrent pas l'autorisation préalable du procureur pour être exercés, il n'en demeure pas moins soumis au contrôle *a posteriori* de l'autorité judiciaire.

L'expression « pouvoirs propres de police judiciaire » devrait désigner, selon la définition consacrée¹, les pouvoirs qui appartiennent spécialement à la police judiciaire, qui la qualifie et la distingue de façon spécifique. Précisément, cette particularité réside dans une notion souvent rencontrée mais sur laquelle on ne s'arrête jamais assez : la contrainte. Elle est, en effet, dévolue spécifiquement à la police judiciaire pour imprégner peu ou prou l'ensemble de ses pouvoirs. La contrainte constituerait ainsi le substrat des pouvoirs de police judiciaire. Cette notion est, à notre sens, la seule à mériter de revêtir le qualificatif de « propre » pour investir pleinement les pouvoirs de police judiciaire et en extraire leur singularité.

III - Problématique

La déclinaison historique et terminologique de ces notions a révélé la fragilité d'un sujet qui ne pouvait être appréhendé sans être reconsidéré. Le sujet gagnerait, en effet, en intelligibilité s'il était envisagé au singulier à comprendre qu'il n'y aurait pas tant des pouvoirs propres de police judiciaire qu'un pouvoir propre, celui de contrainte². Notre réflexion s'affranchira donc des considérations doctrinales malaisées³ pour rejoindre cette notion souvent inconsiderée alors même qu'elle représente toute la spécificité des pouvoirs de police judiciaire.

La démarche présente l'audace d'envisager un sujet privatiste, les pouvoirs de police judiciaire, à l'aune d'une notion publiciste, la contrainte. Car la matière de la police est tout entière placée sous le signe de la « schizophrénie juridique » oscillant tantôt entre droit pénal et droit administratif. De cette altérité, le droit s'en trouve altéré. D'ailleurs, la division du droit a caché au pénaliste des moyens que celui-ci ne pouvait trouver que dans le droit public pour traduire juridiquement la réalité à laquelle il se trouvait confronté⁴. C'est précisément de l'absence d'une réflexion d'ensemble dont souffre le sujet. Loin de verser dans la reprise d'un

¹ L'adjectif « propre » peut, en effet, être défini comme « *ce qui appartient spécialement à quelqu'un, quelque chose, ce qui le qualifie et le distingue de façon spécifique* », extrait du *petit Larousse illustré*, éd. 2001.

² L'existence d'un « *pouvoir propre de contrainte* » avait été subodorée par certains auteurs mais aussitôt, ils l'ont rattaché plus largement à la conception classique des « pouvoirs propres de police judiciaire ». V. André DECOCQ, Jean MONTREUIL, Jacques BUISSON, *Le droit de la police*, Litec, 2^{ème} éd, p. 330.

³ Ces conceptions doctrinales ne seront pas pour autant ignorées mais simplement autrement considérées.

⁴ Cf. André DECOCQ, Jean MONTREUIL, Jacques BUISSON, *op.cit.* Ils soulignent notamment que, la division du droit a interdit au juriste d'appréhender la réalité matérielle directement observable celle d'un policier ou d'un gendarme déployant, chaque jour, des pouvoirs dans une finalité globale, l'ordre public (doctrine publiciste), et/ou dans une finalité intermédiaire, la manifestation de la vérité judiciaire (doctrine privatiste).

énoncé fastidieux des pouvoirs propres de police judiciaire qui n'aurait d'autre intérêt que d'être descriptif, il nous faut procéder à une démarche systémique et synchrétique.

Ce déficit d'explication juridique des pouvoirs de police trouve pourtant sa résolution dans une notion trop longtemps oubliée, trop longtemps refoulée : la contrainte. Les pénalistes n'ont pas, en effet, pris en considération le fait que ces pouvoirs trouvent leur plénitude dans la contrainte étatique, parce que ce concept de droit public ne paraît guère usité en droit pénal. La procédure pénale n'appréhende pas davantage l'exercice de la contrainte étatique, alors même qu'elle régit les actes de police judiciaire substantiellement coercitifs.

Il s'agira donc d'envisager le droit pénal avec ce qu'il partage de complémentarité avec le droit public car, comme la relevé le doyen Duguit : « *il n'y a pas le droit public et le droit privé, il y a le droit* ». Ainsi est-il utile de rappeler, avec le professeur Eisenmann, qu'« *on est habitué à penser la notion de droit privé et celle de droit administratif comme deux notions exclusives l'une de l'autre se situant sur des plans différents...Et pourtant ne constate-t-on pas que certaines questions sont traitées à la fois par les deux disciplines...* ».

En se prémunissant de toute cécité partielle résultant d'un clivage juridique artificiel, notre regard de pénaliste devra envisager les pouvoirs de police judiciaire sous un angle nouveau. Dans cette perspective, convient-il de préciser les rapports qu'entretiennent les pouvoirs de police judiciaire avec la contrainte en se demandant : dans quelle mesure la contrainte est-elle l'expression singulière des pouvoirs de police judiciaire ? Comment la contrainte vient-elle justifier de la cohérence des pouvoirs de police judiciaire ?

Autant de questions qui permettront d'exciper les spécificités des pouvoirs de police judiciaire à travers cette notion de contrainte. Car c'est bien elle qui constitue le « propre » de ces pouvoirs en s'affichant comme son dénominateur commun. L'expression de « pouvoir propre » retrouvera alors le sens qu'il convient de lui donner à savoir un pouvoir spécifique dévolu à la seule police judiciaire. Bien sûr au cours de notre étude, nous serons amenés à croiser ce que la doctrine consacre de « pouvoirs propres » mais la conception qu'elle en donne n'est qu'un aspect de notre sujet¹. Celui-ci est beaucoup plus vaste puisqu'il consiste dans l'étude des pouvoirs de police judiciaire envisagés dans ce qui les rassemble, dans ce qui fait leur cohérence.

¹ Les « pouvoirs propres de police judiciaire » au sens qu'en donne la doctrine ne sont qu'une modalité d'exercice du pouvoir propre de contrainte imprégnée d'une certaine autonomie.

Si la contrainte apparaît comme la clef de lecture des pouvoirs de police judiciaire, elle n'en demeure pas moins quelque peu délaissée en doctrine. Parce qu'elle est à la base de notre raisonnement, nous devons nous essayer à la réhabilitation de cette notion¹. Ainsi rétablie, elle se pose comme le fondement des pouvoirs de police judiciaire. Tous peuvent être résolus en elle, en un. De la sorte, elle s'érige en tant que pouvoir propre de police judiciaire (Titre 1). Néanmoins, cette notion ne peut être transposée en tant que telle dans notre Etat de droit. La nécessaire adaptation de la contrainte dans l'ordonnement juridique conduit à l'éclatement de ce pouvoir et, *ipso facto*, à la consécration *des* pouvoirs de police judiciaire (Titre 2).

¹ Pour des développements plus complets sur cette notion, V. J. BUISSON, *op. cit.*, p.531 à 723.

Titre 1

La réhabilitation de la contrainte comme fondement *du* pouvoir propre de police judiciaire

Une étude de la contrainte n'a jamais été menée même si des analyses partielles existent. Celles-ci n'ont porté que sur un aspect de la contrainte, sur tel ou tel pouvoir coercitif (comme la garde à vue, les vérifications d'identité, les perquisitions, etc.) sans jamais envisager la notion dans son ensemble, dans ce qui fait sa cohérence. Confondus dans une vision focalisée, les auteurs n'ont abordé la contrainte qu'en filigrane des pouvoirs de police judiciaire. Autant dire que cette conception ne fait qu'exacerber la diversité de ces pouvoirs au lieu de les rassembler. Négligents la vocation unificatrice de la contrainte, ils ont vu des pouvoirs propres de police judiciaire là où il n'y en avait qu'un. Dépréciée de la sorte, la contrainte ne peut restituer ce qu'elle véhicule de syncrétisme. C'est l'absence d'une étude d'ensemble, d'une synthèse transversale des divers procédés coercitifs, permettant une mise en évidence des traits communs qui est décriée. La modestie de notre étude ne pouvant prétendre à une théorisation de la contrainte, qu'à la seule réhabilitation de cette notion ne sera-t-il aspiré.

La contrainte a une portée bien plus substantielle que la doctrine ne le laisse paraître. En faisant de la contrainte la conséquence directe des pouvoirs de police judiciaire, la doctrine adopte une vision réductrice de la notion, pis spécieuse. Il est vrai que ces pouvoirs de police judiciaire aboutissent nécessairement à la contrainte. Personne ne saurait le dénier, quiconque pourrait le constater. Mais il n'en est pas moins vrai que la contrainte justifie la mise en œuvre de ces pouvoirs de police. C'est parce qu'ils disposent d'un pouvoir de coercition que les forces de l'ordre sont fondées à agir. Cause et effet ne peuvent être ici dissociés : les pouvoirs de police judiciaire s'expriment par la contrainte et aux fins de contraindre. Plus que son aboutissement, la contrainte constitue le fondement des pouvoirs de police. Osons nous aventurer dans les confins du raisonnement pour reconnaître *un* pouvoir de contrainte dévolu à la *seule* force publique.

L'émergence d'un tel pouvoir conduit à considérer que tous les pouvoirs dévolus aux forces de l'ordre en tant que « pouvoir propre » sont réalisables par la contrainte. C'est par là que les pouvoirs de police judiciaire trouvent leur unité : ils se réduisent en elle, se confondent en elle. La contrainte apparaît donc comme le seul pouvoir propre de police judiciaire. Seulement, elle ne peut trouver à s'appliquer dans l'absolu, elle n'est qu'une représentation abstraite des pouvoir propre de police judiciaire (**Chapitre 1**).

Bien que la réhabilitation de la contrainte postule la reconnaissance d'un pouvoir de police judiciaire unique, il n'en demeure pas moins que ce pouvoir revêt de multiples facettes. Il ne s'agit pas d'avouer une quelconque diversité dissimulée mais de consacrer une déclinaison avérée. Aussi diverses soient-elles, les manifestations de la contrainte n'aviennent aucunement notre thèse mais ne font qu'illustrer la plénitude du pouvoir de contrainte et entériner le principe d'un pouvoir propre de police judiciaire unique. Elles sont la surface émergente d'une notion autrement plus ennoyée, la contrainte, qui va s'exonder à l'aune de ces manifestations. Quand celles-ci participent de la concrétisation de la contrainte, celle-là participe de la matérialisation du pouvoir propre de police (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : La représentation *abstraite* des pouvoirs de police judiciaire

La contrainte revêt une dimension abstraite en ce qu'elle n'a pas vocation à s'appliquer en tant que telle dans notre ordonnancement juridique. Pourtant, il y est souvent fait référence dans le cadre des pouvoirs de police judiciaire. Cette conception n'envisage la contrainte que dans sa finalité première, immédiatement observable par tout un chacun. Elle n'est alors qu'une conséquence purement factuelle d'une réalité autrement plus conceptuelle. Cette réalité transcende les pouvoirs de police judiciaire pour en faire les éléments d'un tout. Chacun de ces pouvoirs participe de la conceptualisation de la contrainte. Ils restituent dans les faits ce que la contrainte livre dans l'abstrait. De l'abstraction à la concrétisation de la contrainte il n'est qu'un pas, un pas franchi par la reconnaissance *des* pouvoirs de police judiciaire. La contrainte est portée au spectre visible par le rayonnement de ces pouvoirs. Elle ne se découvre que par ce qu'elle leurs concède de sa portée. La contrainte se diffuse donc, dans les faits, par le relais des pouvoirs de police judiciaire. Ces derniers apparaissent donc comme la face apparente de cette notion.

Or, une étude juridique ne peut se cantonner au factuel, au *sein*, mais doit tendre à ce qui devrait être, au *sollen*. Ainsi, il convient de s'affranchir de ce qui relève du fait, les pouvoirs de police judiciaire, pour s'en remettre à ce qui est – ou du moins ce qui devrait être – considéré comme en étant le fondement : la contrainte. Toute ambiguïté doit être levée : la contrainte est davantage la cause des pouvoirs de police judiciaire qu'une de ses conséquences. Comme l'a souligné un auteur : « *L'apparence, qui rend parfois vraisemblable une situation, se révèle souvent trompeuse de la réalité* »¹. La contrainte n'est pas une fin en soi, n'est pas l'aboutissement des pouvoirs de police. Elle en constitue le préalable. Elle est un moyen desservant une fin.

Afin de poser les bases d'un raisonnement cohérent, il nous faut procéder à l'analyse de cette notion (I). Si cette étude conduit à voir dans la contrainte la représentation abstraite

1 Philippe CONTE, *L'apparence en droit pénal*, thèse Grenoble, 1984.

des pouvoirs de police judiciaire, le « propre »¹ de ces pouvoirs n'est révélé qu'au moment de l'exercice de la contrainte (II).

Le raisonnement va crescendo. Dans une première composition, théorique et abstraite, les pouvoirs de police judiciaire sont réduits à leur plus simple expression : la contrainte. Ils résonnent alors à l'unisson. En pratique, cette symphonie concertante ne peut être jouée que par la force publique. La seconde composition se clôt ainsi, à cor et à cri, en attribuant aux forces de l'ordre ce pouvoir de contrainte qui leur est « propre ».

I – L'analyse de la contrainte

Première pierre de notre réflexion, l'analyse de la contrainte en constitue également la pierre angulaire. Cette étude posera donc les bases de notre raisonnement. Ce dernier a déjà été exposé en des termes et sous une argumentation relevant plus de la supputation que d'une réflexion construite. Les données, telles qu'elles vous ont été livrées jusqu'à présent, n'ont été que subodorées. Afin de ne pas hypostasier, ces assertions doivent s'inscrire et répondre à la rigueur d'un raisonnement juridique. De la sorte, notre intuition pourra aspirer à être légitimée en droit et emporter la conviction des plus réticents.

Pour cela, il faut s'assurer de la portée de la notion de contrainte et de son effectivité juridique. Parce qu'elle relève de l'abstrait, il faut veiller à ne pas verser dans des considérations hypothétiques. La démarche consiste à apprécier si la contrainte dispose d'une substance suffisante pour revêtir une existence juridique autonome de sorte que, même si elle relève d'une appréciation abstraite, elle écarte, par son assise juridique, la perspective d'une « chimère juridique ».

La difficulté consiste à donner une assise juridique à une notion qui se veut, par nature, ajuridique. Non pas qu'elle n'entretienne pas de relation avec la norme juridique mais plutôt qu'elle trouve à s'exprimer autrement que par elle. Le droit ne fait que saisir ce que la nature livre de plus primaire : la « violence » diraient certains, la « contrainte » diraient d'autres, qui jugule les relations entre les hommes et structure leur relation dans un Etat de droit. Abrupte, cette notion n'est pas transposable en tant que telle dans l'ordre juridique. C'est d'ailleurs ce qui participe de son caractère abstrait.

¹ L'adjectif « propre » n'est reporté ici qu'à des fins stylistiques par référence au pouvoir dit « propre » de police judiciaire. Le terme ne doit pas être entendu dans le sens d'une spécificité révélée mais plutôt comme une exclusivité avérée de ces pouvoirs aux seules forces de l'ordre.

La difficulté est redoublée par la nébulosité qui entoure cette notion. La question a pourtant mobilisé une partie de la doctrine mais sans doute mérite-t-elle de ne pas être abordée uniquement à l'aune du droit public pour embrasser plus largement la matière juridique. La contrainte n'étant pas d'acception purement juridique, elle n'est pas à trait à telle ou telle branche du droit. Il n'est donc aucune dévolution de principe de sorte que le droit public n'est pas fondé à en faire son « pré carré », pas plus que n'est fondé le droit privé à l'ignorer.

Ce clivage juridique artificiel n'a pas favorisé l'exégèse de la contrainte voire à participer à son ésotérisme. Dans ce contexte, une analyse de la contrainte apparaît nécessaire afin de lever ce voile obscurantiste. Cette démarche doit être ramenée à la dimension du droit, nonobstant les divisions intrinsèques à la matière¹.

Il nous est donc proposé de mener un travail de définition afin de se départir de conceptions – conçues ou préconçues – susceptibles de desservir la portée que l'on entend donner à la notion considérée. Cette analyse permettra de subsumer les pouvoirs de police judiciaire dans la contrainte. Cette dernière ramène en son sein les pouvoirs de police judiciaire, pris non plus isolément mais globalement comme faisant partis intégrants de son ensemble. La terminologie de « contrainte », mot issu du langage courant, permet ainsi de restituer ce que les pouvoirs de police judiciaire véhiculent de syncrétisme. Par la contrainte, notion ajuridique, il nous est permis de sortir du droit pour illustrer toute la technicité de ces pouvoirs (A).

Ce pouvoir de contrainte reconnu, il apparaît comme un pouvoir propre de police judiciaire. Cette démarche unificatrice est ainsi poursuivie dans le cadre de la réalisation de la contrainte où celle-ci affirme son identité et sa vocation unitaire (B).

A/ La définition de la contrainte

Définir la contrainte est une entreprise laborieuse voire périlleuse puisqu'il faut extirper cette notion de l'ésotérisme qui l'entache (1°). Certes le terme de « contrainte » relève de l'entendement mais certains de ses aspects sont souvent occultés ou malaisément appréhendés. Rétablie dans les termes, elle peut restituer toute sa portée et développer sa plénitude (2°). Cette notion retrouve alors la place qui lui est dévolue dans le droit.

¹ Comme l'a relevé DUGUIT, « *il n'y a pas le droit public et le droit privé, il y a le droit* » (*op. cit.*). L'analyse de la contrainte mérite donc d'être appréhendée en toute neutralité.

1°) L'ésotérisme notionnel

Le halo qui enveloppe la notion de contrainte d'un voile obscur est le produit de deux facteurs. Parce que la contrainte n'est pas d'une acception purement juridique, elle est soumise à la concurrence du langage courant où les termes se substituent les uns aux autres sans une réelle cohérence. La contrainte ressort avilie de cette confrontation qui procède d'une confusion terminologique (a). Bien que très usitée par la doctrine, la notion de contrainte est d'une grande imprécision. En effet, les diverses définitions que nous avons relevées, essentiellement chez les publicistes, révèlent des carences (b).

Cet ésotérisme est donc à la conjonction des confusions terminologiques et des carences doctrinales.

a) Les confusions terminologiques

La contrainte possède un aspect pluridisciplinaire qui dépasse le clivage droit public-droit privé et tend à démontrer qu'elle bénéficie d'une identité propre qui ne s'arrête pas à l'ensemble public ou privé dans lequel elle prend place.

D'où la nécessité pour le juriste de remettre en cause ces présupposés ou d'éclaircir ces doutes afin de leur donner réellement une signification claire qui soit le résultat d'un travail de réflexion.

La notion de contrainte est souvent assimilée à d'autres termes tels que la coercition, la violence, la répression. Or, chacun de ces concepts possède une signification distincte qu'il convient de préciser.

D'ores et déjà, nous pouvons évacuer du débat la violence définie comme le caractère de ce qui se manifeste, se produit ou produit ses effets avec une force intense, extrême, brutale¹. Bien qu'elle se rapproche de la notion de contrainte, elle s'en distingue par son absence de légitimité. Cette notion est, à l'évidence, incompatible avec les exigences d'un Etat de droit.

Plus malaisée est la distinction avec la répression en raison de la confusion tendant à affirmer que la police judiciaire aurait pour objet la répression. Or cette dernière n'entre pas dans la compétence de la police ou de la gendarmerie auxquelles ne peut jamais revenir que la contrainte, laquelle appartient constitutionnellement au pouvoir exécutif dont l'une et l'autre dépendent. Seule l'autorité judiciaire dispose de la répression.

¹ Définition donnée par le dictionnaire *Le petit Larousse*, éd. 2001.

Reste donc à distinguer la contrainte de la coercition, clivage objet d'un plus vif débat. La lecture de spicilèges en la matière révèlent que là où la doctrine privatiste se réfère à la « coercition », la doctrine publiciste préfère employer le terme de « contrainte ». Pourquoi cette dualité terminologique pour définir une même réalité juridique ? Faut-il y voir, ici encore, une réminiscence de la frontière artificielle entre ces deux branches du droit ?¹ Mieux vaut-il ne pas y croire : il serait, en effet, pour le moins ubuesque de distinguer artificiellement, par une terminologie différenciée, une même réalité aux seules fins de revendiquer leur singularité.

Ces doctrines n'ignorent pas, pour autant, l'existence réciproque des autres termes. Néanmoins, la place qui leur est dévolue n'est d'aucune équivalence à celle qui leur est propre.

Le terme même de coercition n'apparaît que très rarement sous la plume des auteurs de droit public qui, soit omettent complètement l'idée d'emploi de la force physique soit utilisent l'expression de contrainte, un peu comme une sorte de coercition adoucie. Il est vrai qu'en droit public, la contrainte est d'une moindre véhémence. Dans cette perspective, la distinction terminologique peut trouver à s'expliquer.

Du point de vue privatiste, la contrainte s'avère plus générale que la coercition qui paraît plus restreinte, cantonnée à la contrainte uniquement matérielle. La coercition se définit comme l'usage légitime de la force physique dans un Etat de droit. Elle est le synonyme du terme de force matérielle auquel toutefois elle ajoute le caractère justifié. La coercition participe donc de la contrainte à ceci près que cette dernière lui ajoute une dimension psychologique. Autrement dit, la contrainte englobe tout à la fois la contrainte matérielle et psychologique.

Ainsi pouvons-nous conclure avec un auteur que si elle se résume souvent dans l'usage de la force par les agents de la force publique par les agents de la force publique, la contrainte peut recouvrir diverses formes et « *se caractériser par l'aptitude de la force publique à forcer un citoyen à l'obéissance* »².

De plus la difficulté d'appréhender la contrainte est également due à l'absence de base textuelle unique et homogène ; en effet, aucun recensement n'a été opéré en matière coercitive. Certes, le Code de procédure pénale constitue une sorte de base où certaines

¹ Cf. introduction.

² J.BUISSON, *op. cit.*, p.736

techniques de coercition sont expliquées mais toutes ne s'y trouvent pas, éparpillées entre divers textes. Cet aspect hétéroclite constitue une réelle difficulté pour cerner l'ensemble des procédés coercitifs, pour percevoir une globalité, une sorte d'universalité de la notion dans ces éléments qui peuvent sembler disparates et si différents qu'aucune unité ne puisse se réaliser, si ce n'est l'emploi de la force. Difficile à aborder car apparaît sporadiquement, exceptionnellement et de diverses manières, la contrainte ne se laisse pas aisément approcher surtout lorsque le vocabulaire lui-même déroute et conduit à des erreurs.

La confusion est entretenue par les auteurs. Pour preuve, la coercition est définie dans le vocabulaire juridique Cornu, comme « *la contrainte, d'origine étatique, exercée sur les biens d'un individu (saisie) ou sur sa personne (emprisonnement) comportant l'emploi de la force au service du droit (pour l'exécution d'une obligation) par des moyens conformes à la loi (par les voies de droit) à l'exclusion des voies de faits* ».

Alors qu'il eût été souhaitable, la doctrine ne constitue qu'un faible palliatif à cette confusion terminologique et à cette dissémination textuelle.

b) Les carences doctrinales

Outre les difficultés notionnelles qu'elle suscite, la contrainte apparaît comme une notion fugitive dans l'espace juridique notamment en matière privatiste. En effet, comme nous l'avons relevé dans nos propos liminaires¹, les pénalistes n'ont pas pris en considération le fait que la force publique développe la contrainte étatique, parce que ce concept de droit public ne paraît guère usité en droit pénal. La procédure pénale n'est pas davantage loquace sur le sujet en ce qu'elle n'appréhende pas l'exercice de la contrainte étatique, alors même qu'elle régit les actes de police judiciaire qui sont essentiellement des actes de contrainte². S'ils l'envisagent fréquemment, les privatistes semblent considérer que la définition de la notion n'entre pas dans le champ d'application de leurs compétences.

Seuls les publicistes semblent avoir captés cette notion par l'importance des développements qu'ils lui consacrent. Ce sont évidemment les seuls qui aient eu besoin de définir la contrainte puisque celle-ci ressortit principalement au droit public, tout au moins pour son exécution.

¹ Cf. introduction.

² L'article préliminaire, paragraphe III, al.3 C. pr. pén. concède néanmoins le terme de « *contrainte* ». La notion est aussi portée par d'autres normes en d'autres termes : « *rigueur* » (art. 9 DDHC) et « *privation* » (art. 5 CESDH).

Néanmoins, les définitions qu'ils en donnent semblent entachées d'imprécisions¹. Les diverses définitions que nous avons relevées doivent être ainsi appréciées avec la plus grande relativité.

Selon Hauriou, « *la coercition administrative consiste en l'emploi direct, par l'autorité administrative, de la force publique ou de la force armée pour obtenir un certain résultat de fait, le tout pour assurer l'exécution de lois et règlements, mais non pas en exécution, de décisions de justice* »². M. Teitgen l'analyse en « *l'emploi direct par l'autorité administrative de la force publique ou de la force armée, pour obtenir en fait et sans confirmation préalable d'un juge, l'exécution d'une loi ou d'une décision administrative* »³. Quant à Duguit, il appelle « *puissance de contrainte* » le fait pour les « *gouvernants* » de « *mettre en mouvement une force matérielle* »⁴, sans se préoccuper du but poursuivi. M. Papanicolaïdis, lui, la définit comme « *l'emploi direct de la force matérielle par les autorités de police, en vue d'obtenir l'exécution, soit d'une norme préventive générale ou individuelle, soit d'une sanction administrative* »⁵.

Les définitions pourraient ainsi être déclinées au fil des auteurs mais cela ne viendrait qu'ajouter aux définitions précitées sans ne leur apporter aucune valeur ajoutée. Toutes se recoupent, peu ou prou, pour envisager la contrainte malaisément : elle est confondue dans des notions qui ne restituent pas sa portée.

Eu égard aux distinctions notionnelles dressées précédemment, nous pouvons considérer que la doctrine définit la contrainte soit trop restrictivement dans la mesure où elle l'assimile à la force, soit trop extensivement en y incluant la répression. Les contours de cette notion apparaissent abscons. Cette difficulté est moins intrinsèque à la notion même de contrainte qu'elle lui est extrinsèque. Certains auteurs considèrent que les publicistes sont trompés par leur discipline qui les pousse à envisager la coercition seulement sous l'angle de l'exécution d'office ou forcée, n'y voyant qu'un procédé exceptionnel, une entorse au « *principe fondamental selon lequel l'exécution des lois et des règlements est assurée par la justice dès*

¹ J. BUISSON dans sa thèse (*op. cit.*) porte un regard excessivement critique à l'égard des définitions données par la doctrine publiciste soulignant qu'elles « *révèlent des lacunes voire des erreurs* » (v. p. 294).

² Le « *résultat de fait* » peut être « *une arrestation, une dispersion de rassemblement, une expulsion, une perquisition, une apposition de scellés sur les portes d'un local pour en assurer la fermeture, une saisie d'objets mobiliers, etc.* ».

³ Pierre-Henri TEITGEN, *La police municipale*, thèse Nancy, 1934, p.331-332.

⁴ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., p.45.

⁵ Démètre PAPANICOLAÏDIS, *Introduction générale à la théorie de la police administrative*, Paris, LGDJ, 1960, p.85.

qu'elle n'est pas volontaire »¹, auquel la contrainte déroge. Le procédé de la contrainte administrative demeure toujours exceptionnel, écrit un auteur, le principe c'est que l'administration n'a pas le droit de se faire justice à elle-même. Une telle proposition aboutit à réduire la contrainte à une portion congrue mais surtout à introduire un ferment de confusion. Or la contrainte, qui ne peut être qu'administrative dans son application², n'est aucunement « *exceptionnelle* » si on veut bien la resituer dans l'ensemble de la matière juridique sans la limiter à la mise en œuvre des décisions administratives. On s'aperçoit alors que le jeu de la contrainte sans intervention préalable d'un magistrat est fréquent dans le cadre du droit pénal ou de législation spécialisées³.

A n'en plus douter, la contrainte trouve à s'appliquer dans notre droit. Mieux encore, la fréquence avec laquelle le droit y recourt banalise ces mesures coercitives et les inscrit dans le paysage juridique. Pourtant, le droit public semblait moins enclin à une telle propension en la restreignant à des hypothèses « exceptionnelles ». La contrainte était alors rejetée en marge du droit. Le droit privé prend alors le relais pour restaurer la portée de la contrainte dans l'espace juridique contemporain. Par l'exercice quotidien qu'il fait de la contrainte, le droit privé décroïsonne la contrainte du caractère exceptionnel dans lequel elle était enfermée pour proroger sa portée. Ce n'est pas en termes de considérations théoriques que le droit privé engage le débat mais de manière purement pragmatique. Quand la théorie (publiciste) est mise en échec par la pratique (pénaliste), sans doute appelle-t-elle à être révisée.

À mesure que la notion de contrainte gagne en clarté, elle développe sa portée. Ainsi nous espérons avoir dégagé cette notion de l'ésotérisme qui l'entache pour démontrer, à présent, toute sa plénitude.

2°) La plénitude notionnelle

La notion de contrainte constitue le soubassement de notre raisonnement. Pour s'assurer de sa solidité, cette notion doit être ancrée dans le paysage juridique. La détermination de la place de la contrainte dans notre droit constituera notre principale

¹ D. PAPANICOLAIDIS, *op.cit.*, p.85.

² J. BUISSON souligne, à cet égard, que si la contrainte peut puiser son titre dans le droit privé, elle ne peut être qu'administrative dans sa mise en œuvre qui est le fait de la force publique (cf. thèse *op. cit.*, 2^{ème} partie, T. I, ch. II).

³ Par exemple, la législation applicable à l'alcoolisme permet des prélèvements sanguins (art. L. 234-1 et s. C. route) ou des placements en « chambre de dégrisement » (art. L. 3341-1 CSP). Est-il besoin de souligner que de telles mesures coercitives sont quotidiennement pratiquées ?

préoccupation. Toute chronologie gardée, il conviendra, au demeurant, d'établir l'existence de cette notion que nous avons jusqu'alors présumée. La contrainte étant consubstantielle au droit, cette présomption ne saurait être mieux entérinée (a). Cette existence n'est pas purement platonique puisque, en tant que procédé général de réalisation du droit, la contrainte est assurée d'effectivité (b). Par ces deux caractères, la contrainte véhicule toute sa plénitude juridique.

a) Une notion consubstantielle au droit

L'étude de la contrainte, notamment quant à sa place dans le droit, touche à une question fondamentale de la philosophie du droit qui structure la conception contemporaine de l'Etat.

La question dépasse largement les intérêts qu'on veut bien ici lui prêter pour s'inscrire dans une démarche de sociologie voire de philosophie juridique. Autant dire que ces matières nous sont pour le moins étrangères et dépassent nos compétences. Qu'on se rassure, ce développement n'aspire pas à une telle ambition au risque d'être hors de propos. L'enjeu n'est autre que de démontrer la légitimité que revêt la contrainte dans l'ordre juridique.

La place qu'occupe la contrainte dans notre droit est sujette à des considérations antagonistes que l'on peut emprunter d'une part à Max Weber, d'autre part à Emmanuel Kant.

Catherine Colliot-Thelene résume en toute clarté la portée de la place que Weber accorde à la contrainte dans le droit : « *ce qui a déterminé la transformation de l'interprétation de la contrainte étatique, et qui a conduit à assimiler celle-ci à une forme de violence, (ce fut) ..., la modification de l'interprétation de la nature du droit* »¹. Weber distingue entre contrainte physique et contrainte psychique, et il semble en définitive choisir le terme « violence » afin de désigner spécifiquement la contrainte physique. Selon Michel Coutu, le terme de violence se confond ainsi avec celui de contrainte physique². Si Weber n'a pas retenu la contrainte psychique, alors que nous y voyons une composante à part entière de la contrainte, c'est

¹ Catherine COLLIOT-THELENE, *Violence et contrainte*, Lignes, XXV, 1995, p. 208.

² Michel COUTU, *La légitimité de l'Etat et du droit autour de Max Weber*, Les presses de l'Université Laval, 2005.

qu'elle n'est pas de l'exclusivité de l'Etat¹ de sorte qu'il ne pouvait pas l'intégrer dans sa démarche définitionnelle de la puissance étatique.

Kant définissait l'Etat comme « *l'unification d'une multiplicité d'hommes sous des lois juridiques* »². Max Weber, auquel on doit la définition célèbre de l'Etat par le monopole de la violence physique légitime, ne niait pas que l'Etat fût un « ordre juridique »³. Mais tandis que pour le premier le droit est par définition exclusif de la violence (bien qu'il soit identique au pouvoir de contraindre), pour le second le droit est l'organisation institutionnelle d'une violence monopolisée.

Autrement dit, l'examen de la place de la contrainte dans le droit invite à considérer, soit la perspective kantienne où la violence est l'antithèse du droit, soit la perspective wébérienne où le droit est consubstantiel à la violence physique⁴.

Sans prétendre naturellement répondre à cette question décisive, qui mériterait de bien plus larges développements que ce que nous pouvons lui consacrer ici, relevons simplement que le droit positif français, loin de considérer la contrainte comme lui étant étranger, l'intègre à sa rationalité. Est-il nécessaire de rappeler, ô combien, la contrainte trouve à s'appliquer dans notre droit ?⁵

Par conséquent, la reconnaissance de la contrainte par le droit est difficilement contestable. La contrainte trouve à s'exprimer par la voie du droit. Dès lors qu'elle sert les intérêts de ce dernier, elle est assurée d'une légitimité.⁶ Celle-ci est d'autant plus renforcée que la contrainte se pose en tant que nécessaire dans l'ordre juridique. L'interaction entre le droit et la contrainte est très forte : le droit ne va pas sans la contrainte, la contrainte ne doit pas aller sans le droit.

¹ Il considérait que d'autres communautés, ainsi l'Eglise, qui peut user d'une « contrainte psychique », telle la menace d'excommunication. Si cette exception à l'exclusivité de la contrainte par la puissance étatique pouvait s'expliquer au XIX^{ème} siècle, elle est aujourd'hui somme toute relative.

² Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs*, 1785.

³ Max WEBER, *Le savant et le politique*, (1919), préface de R. Aron et traduction par J. Freund, Plon, 1959.

⁴ Il faut entendre ici « violence physique » dans le sens de « contrainte physique ». La contrainte psychologique n'est exclue, comme nous l'avons vu, qu'en raison de pures considérations définitionnelles, ce qui ne nous concerne guère.

⁵ Outre l'hypothèse de l'individu en état d'ébriété déjà citée, nous pouvons évoquer brièvement les cas de la mise en fourrière ou d'immobilisation de véhicules (art. L.325-1 C. route) et plus généralement le cadre du flagrant délit qui assure quotidiennement un usage important de la coercition (cf. *infra*).

⁶ La contrainte, pour être légitimée, doit respecter certaines exigences procédurales telles que la nécessité et la proportionnalité (cf. *infra*, Titre 2, Chapitre 2).

Bien que cette notion relève de l'abstrait, elle voit son existence juridiquement consacrée. Mieux encore, alors que l'on pouvait douter jusqu'à son existence, la contrainte se révèle occuper une place prépondérante dans l'ordre juridique et ses rouages. L'existence de la contrainte, ainsi démontrée, n'a de sens que si elle est assortie d'effectivité.

En tant que procédé général de réalisation du droit, la contrainte n'a pas une existence purement platonique. Elle trouve sa pleine mesure dans la concrétisation du droit. C'est dans ce contexte qu'elle revêt toute son effectivité et inscrit le droit dans la pérennité.

b) Une notion concrétisant le droit

L'existence de la contrainte n'est pas, *ipso facto*, significative d'effectivité. Encore faut-il déterminer comment la contrainte trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique interne. Il s'agit de donner une dimension concrète à une notion qui en est, *a priori*, dépourvue. Autrement dit, la question se pose de savoir comment rallier la contrainte à la réalité concrète ?

Certains auteurs mettent en exergue l'existence d'une norme de contrainte définie comme « *une norme contenant une disposition qui permet d'exercer la contrainte* »¹. La contrainte trouverait alors une substance concrète dans la norme juridique. L'assise juridique qui lui est ainsi allouée ne peut être le fait que du législateur qui en détermine les modalités. En effet, seule la loi est compétente pour accorder un pouvoir de contrainte en vertu d'une norme spécifique. Le texte doit édicter le droit d'user la contrainte, psychologique ou matérielle, que ce soit explicitement ou implicitement. L'aménagement de nos libertés étant conçu selon le régime répressif, la logique veut qu'une masse importante de ces normes soient puisées dans le droit pénal. Ainsi l'article 709 du Code de procédure pénale qui évoque le concours de la force publique pour l'exécution d'un jugement, autorise-t-il *implicitement* l'utilisation de la contrainte nécessaire, tandis que d'autres textes, tels les articles L.3354-1 du Code de la santé publique ou L. 1 du Code de la route, donnent pouvoir *exprès* de procéder à une opération coercitive. Ces hypothèses illustrent respectivement les deux types de manifestation de la contrainte dans notre droit : ce que les auteurs décrivent comme la « *contrainte médiate* » et la « *contrainte immédiate* ».

¹ André DECOCQ, Jean MONTREUIL, Jacques BUISSON, *op.cit.*, p. 318.

Le processus de réalisation du droit emprunte donc deux formes dont l'une est plus rapide que l'autre puisque immédiate, mais toujours en exécution d'un titre de contrainte. Seule cette forme d'intervention de la contrainte, propre au droit répressif, retiendra notre attention car elle peut être exercée spontanément. Ainsi en va-t-il de l'arrestation de l'auteur présumé d'un flagrant délit. L'article 73 du Code de procédure pénale permet, par exemple, de concrétiser la norme substantielle que constitue l'un des articles du Code pénal.

Duguit soutenait, à propos des lois pénales, que « *la contrainte matérielle...n'apparaît que pour permettre d'exécuter la condamnation...est donc employée non pas pour assurer l'exécution de la loi, mais l'exécution d'un jugement rendu conformément à la loi* ». Or l'étude de la procédure pénale révèle que la contrainte s'applique en dehors de toute condamnation¹. Elle s'exerce en réalité pour mettre fin à un trouble provoqué par la violation d'une norme substantielle. Contrairement à ce qu'a affirmé le commissaire du gouvernement Romieu, l'autorité administrative ne reçoit pas du juge l'autorisation de se servir de la force publique « *pour assurer directement l'exécution matérielle de ses injonctions et des ordres du législateur* »². La meilleure doctrine excipe que la contrainte prévue par une norme de contrainte est autonome par rapport à la norme substantielle dont elle assure la réalisation³. La contrainte, envisagée comme procédé de réalisation du droit, a vocation à intervenir toutes les fois qu'une norme substantielle le requiert et que la norme de contrainte le permet.

Ainsi, pour le droit pénal, la contrainte peut être mise en œuvre avant même tout procès dans le cadre de l'enquête de flagrance, puis après la condamnation pour l'exécution. Mais le jeu de la procédure pénale aboutit parfois au seul exercice de la contrainte antérieure à l'instance.

L'existence de la contrainte dans notre Etat de droit a, d'abord, été postulée par les doctrines sociologiques. Même si elles lui confèrent une portée considérable au point de la rendre consubstantielle au droit, cette portée est, somme toute, théorique. Cette approche n'avait d'autre vocation que d'établir la réalité de cette notion et l'assortir d'une légitimité dans l'Etat de droit.

L'appréciation de son effectivité et la détermination de sa portée ne pouvait procéder que d'une démarche positiviste. Celle-ci a permis d'ancrer la contrainte dans le paysage juridique

¹ Dans le cadre des enquêtes préliminaire, de flagrant délit ou sur commission rogatoire.

²² Cf. conclusions sur l'arrêt Société immobilière de Saint-Just : TC, 02 décembre 1902.

³ J. BUISSON, *op.cit.*

au moyen de la norme de contrainte qui en constitue l'assise juridique. En tant que notion abstraite, la contrainte n'a pas vocation à s'appliquer en tant que telle dans l'ordre juridique. Mais, relayée par cette norme, elle peut désormais rayonner en droit interne. Mieux, elle irrigue l'ensemble du droit nonobstant les frontières juridiques qui jalonnent la matière. Que l'on s'en félicite puisque la contrainte est un procédé général de réalisation du droit. À cet égard, la contrainte ne saurait être plus effective. Elle trouve à s'appliquer autant que le législateur lui concède. Avec l'abondance de normes de contrainte qu'il édicte, autant dire que la contrainte confine à la plénitude. La contrainte ne peut respirer, dans le droit, qu'à travers les pores de la norme de contrainte qui en assure l'existence – du moins juridique – et en ventile la portée.

A la lumière de ces développements, la contrainte a pu être précisée dans les termes et dans sa portée. Bien qu'elle ne présente aucun attribut juridique¹, l'analyse a révélé sa plénitude en la matière. La contrainte s'est peu à peu détachée de son caractère abstrait pour recevoir une concrétisation en droit. Ainsi a émergé ce que certains ont appelé un « droit de contrainte » conféré par une norme spécifique dite, pareillement, de contrainte. En pratique, la réalisation de la contrainte est le fait de la police judiciaire. Parce qu'il constitue l'essentiel de leurs prérogatives, ce droit de contrainte s'analyse davantage en un pouvoir de police judiciaire. Le vaste champ d'application de cette notion confère à la force publique un pouvoir de contrainte important qui va se révéler lui être « propre ».

B/ La réalisation de la contrainte

Ce pouvoir de contrainte, dont il vient d'être établi l'existence, est de la seule compétence de la police judiciaire. Il constitue pour ainsi dire le « pré-carré » de cette entité (1°). La contrainte est développée par les forces de l'ordre au moyen des pouvoirs qui lui sont conférés. Malgré leur diversité, les pouvoirs de police judiciaire trouvent dans la contrainte leur unité (2°).

¹ Cette notion, empruntant au langage courant, a d'ailleurs été choisie pour sa neutralité juridique afin de restituer, dans une approche syncrétique, toute la technicité de notre sujet.

1°) Le monopole de la police judiciaire

Conformément au principe de séparation des pouvoirs, la contrainte ne devrait être conférée qu'au pouvoir exécutif dont relève, par hypothèse, la police judiciaire ; celle-ci étant rattachée au ministère de l'Intérieur¹. Pourtant, il n'en a pas toujours été ainsi. L'histoire en est le témoin.

Jusqu'à la période révolutionnaire, les forces de l'ordre ne disposaient d'aucune prérogative propre en matière de contrainte. Cette dernière était alors à la seule disposition des juges qui, pour son exécution, avaient recours à la force publique.

Elle était d'ailleurs définie comme « *la réunion des forces individuelles, organisées par la Constitution, pour maintenir les droits de tous et assurer l'exécution de la volonté générale* »², ou « *pour défendre l'Etat contre les ennemis du dehors et assurer au-dedans le maintien de l'ordre et l'exécution des lois* »³. Ces missions de maintien de l'ordre montrent suffisamment que les législateurs de l'époque avaient de la force publique une conception essentiellement manouvrière⁴. Dans leur esprit, elle constituait une sorte d'instrument passif, sans initiative aucune, sans pouvoir propre. Les termes qu'ils utilisaient le disent assez puisqu'ils la qualifient « *d'essentiellement obéissante* », ne pouvant intervenir que « *sur la réquisition écrite des autorités constituées* »⁵. On garde même le sentiment qu'on la voulait tout à la fois essentiellement exécutrice et affectée exclusivement à l'emploi de la force physique.

Bien qu'elles disposassent de l'usage de la contrainte, les forces de l'ordre ne pouvaient aucunement se prévaloir d'un quelconque pouvoir de contrainte, celui-ci ressortait de la seule autorité judiciaire. L'atteinte au principe de séparation des pouvoirs était alors patente.

Animé par la volonté de consacrer ce principe de séparation des pouvoirs, le législateur révolutionnaire procéda au transfert des pouvoirs de contrainte de la justice pour les confier à la force publique. Cette réforme aboutira, avec le Code d'instruction criminelle, à la création d'une force publique autonome⁶, dotée d'intelligence et de pouvoirs effectifs

¹ Depuis la loi du 3 août 2009, la gendarmerie nationale est, avec la police nationale, rattachée au ministère de l'Intérieur.

² L. 15 juin 1791, relative aux colonies, titre VIII, art. 1^{er}.

³ Constit. de 3 septembre 1791, art. 3.

⁴ Cette conception des forces de l'ordre a fait l'objet de plus larges développements dans nos propos introductifs. Nous vous y renvoyons pour le surplus.

⁵ L. 6-12 décembre 1790, art. 3.

⁶ Sans se méprendre sur le terme « autonome » qui ne veut évidemment pas signifier qu'elle est sans contrôle.

puisés dans le droit pénal ou dans le droit public, même si aucune loi n'est venue enregistrer cette évolution considérable.

Ce n'est donc qu'à l'issue de cette dotation que la force publique put se voir reconnaître un pouvoir de contrainte. La théorie de la séparation des pouvoirs étant désormais respectée, la force publique est seule habilitée à disposer de ce pouvoir qui lui appartient en propre. Seule ombre au tableau, les attributions de police judiciaire encore théoriquement reconnues aux autorités judiciaires que sont le procureur de la République et le juge d'instruction. Pour l'atteinte qu'elles portent au principe de séparation des pouvoirs, ces attributions – pourtant dévolues en propre à la police judiciaire – ne peuvent être regardées qu'en tant qu'anomalies procédurales¹. Cette remarque doit être toutefois tempérée dans la mesure où ces autorités n'exercent guère leurs prérogatives de police judiciaire en pratique. Le procureur se contente de ne pas en disposer, le juge d'instruction, quant à lui, s'en déleste par commission rogatoire². Finalement, ces autorités n'interviennent qu'afin de couvrir l'action policière de leur paravent judiciaire qu'elles tirent de l'article 66 de la Constitution. Assurer de la sorte la protection des libertés relève de l'artifice mais lorsque cela est fait aux dépens du principe de séparation des pouvoirs, tout aussi salvateur des libertés, on verse dans le paradoxe.

Le pouvoir de contrainte est donc désormais conféré à la seule police judiciaire, eu égard au principe de séparation des pouvoirs. Quand bien même la théorie vient tempérer ce principe, la pratique en restitue la portée.

En définitive, la force publique est le seul organe qui exerce la contrainte au nom de l'Etat. Elle seule dispose d'une compétence générale en matière de contrainte dont elle constitue, au profit de l'Etat, l'unique instrument en cette matière. Sans doute est-ce pour cette raison que la Cour de cassation lui reconnaît, dans le domaine des constatations des infractions pénales, une compétence de droit commun³.

Forte de ce monopole, la force publique jouit d'un pouvoir propre de contrainte étendu qu'elle déploie par ses pouvoirs de police judiciaire. La contrainte essaime donc, en droit, sous des manifestations diverses.

¹ Cet aspect sera développé subséquentement, Cf. *infra* : Titre 2, Chap.1, I-, B/, 2°), b). Relevons d'ores-et-déjà qu'un auteur ne manque pas de relever l' « *aberration juridique consistant à confier les attributions de police judiciaire à un juge d'instruction* », (J. BUISSON, thèse préc., p.811).

² Cf. *infra* : Titre 1, Chap.1, II-, B/.

³ Crim. 22 juin 1977, Germain : *Bull. crim.* n° 232.

2°) Les pouvoirs de police judiciaire : expression plurielle de la contrainte

La police judiciaire est dotée des pouvoirs les plus vastes et les plus diversifiés aux fins d'administration de la preuve. Ces pouvoirs conduisent la manifestation de la vérité et, au-delà, le maintien de l'ordre public¹. Pour les intérêts supérieurs qu'ils engagent, les pouvoirs de police judiciaire sont assurés d'effectivité par le recours à la contrainte. Cette dernière est, en effet, omniprésente dans les actes de la police judiciaire au point que certains parlent « *des pouvoirs de contrainte* ». *A priori*, cette expression n'est que l'image de ce que l'action immédiate des forces de l'ordre porte de conséquences. Elle représente le constat d'une réalité patente, celle de l'action coercitive de la police judiciaire. Si cette expression se comprend dans les faits, elle ne saurait être tolérée en droit. La maladresse dans l'expression expose la matière à des risques de confusion.

Pour rappel, il est *un* pouvoir de contrainte et *des* pouvoirs de police judiciaire. Il ne s'agit pas de marquer un clivage entre deux expressions consubstantielles mais de respecter la cohérence du raisonnement juridique dans lequel elles s'inscrivent. Parler des pouvoirs de contraintes en lieu et place des pouvoirs de police judiciaire procède d'une confusion des genres. La substitution du singulier par le pluriel est lourde de conséquences : elle banalise la portée de la contrainte aux seuls effets de l'intervention policière.

Certes, la contrainte n'est immédiatement observable que lors de la mise en œuvre des pouvoirs de police judiciaire. La confusion est donc compréhensible puisque l'apparence est trompeuse de la réalité. Cette réalité entretient des liens bien plus profonds avec la contrainte. Elle intervient en amont de la réalisation de la contrainte pour veiller à la réalisation du droit. La réalisation de la contrainte n'est que l'aboutissement de la portée réelle de cette notion. Afin de préciser cette portée, une analyse de la contrainte a été menée laquelle a excipé l'existence d'un « pouvoir de contrainte »². La contrainte serait donc un moyen à la disposition de la police judiciaire, non simplement la finalité de leur action.

L'émergence d'un pouvoir de contrainte nous pousse à affirmer que tous les pouvoirs de police judiciaire sont réalisables par la contrainte. Seules les modalités de leur mise en œuvre

¹ Se rejoignent ici respectivement les doctrines privatistes et publicistes.

² D'autres auteurs ont préféré retenir la terminologie de « droit de contrainte »

varient en fonction de la nécessité que le législateur ou le juge apprécient. C'est par là que les pouvoirs de police judiciaire trouvent leur unité. Les auteurs sont en ce sens¹.

La contrainte accueille en son sein l'ensemble des pouvoirs de police judiciaire. Elle constitue la substance des pouvoirs de police judiciaire. Par ce qu'elle véhicule de syncrétisme, elle ne saurait être envisagée au pluriel. Il n'est donc pas, à notre sens, « des pouvoirs de contrainte ». Penser la contrainte dans sa diversité, c'est se projeter sur les pouvoirs de police judiciaire. La contrainte représente les pouvoirs de police judiciaire dans leur plus simple expression.

Désormais les pouvoirs de police judiciaire ne pourront être appréhendés qu'à l'aune de la contrainte qui en est la représentation abstraite. Cette notion apparaît comme le point de convergence des différents pouvoirs de police judiciaire, leur base commune pour ainsi dire.

L'analyse de la contrainte a démontré que les pouvoirs de police judiciaire trouvent, dans cette notion, toute leur cohésion. Pourtant, *a priori*, l'abondance et la diversité de ces pouvoirs œuvrent davantage à une conception inverse. Chaque pouvoir exacerbant davantage leur diversification. Le législateur n'arrange rien en procédant par touches successives, ajoutant des pouvoirs au gré des réformes. Mieux vaut-il s'affranchir de ce que les faits livrent d'apparence pour saisir ce qu'ils concèdent de réalité. La compilation des mesures coercitives relève moins d'une stratification que d'une conglomération ; la contrainte en constituant le ciment. Dans sa vocation syncrétique, la contrainte s'érige en tant qu'unique pouvoir de police judiciaire, en tant que « pouvoir propre ». Ce pouvoir va être renforcé par l'exercice qui en est fait par les policiers².

II – L'exercice de la contrainte

La mise en œuvre concrète de la contrainte par les forces de l'ordre va permettre de préciser les modalités d'exercice de ce pouvoir propre de police judiciaire. Ce que la théorie nous a jusqu'alors enseigné, la pratique va le confirmer. Mieux, elle va exacerber la

¹ Nelly FERREIRA, *La coercition en droit public français*, Thèse Paris 1, 2000. Cette auteure remarque que « la coercition possède une teneur unifiée : l'emploi de la contrainte matérielle ». J.BUISSON, thèse *op. cit.*, p. 672).

² Le terme « policier » doit être entendu dans un sens générique comme englobant tout les membres de la police judiciaire en ce compris les gendarmes.

« propriété » de la police sur ce pouvoir de contrainte en lui reconnaissant une certaine autonomie d'exercice.

Dans le cadre de leur mission, la police judiciaire dispose d'un réel pouvoir d'opportunité afin de déterminer si les faits auxquels elle est confrontée justifient la mise en œuvre de la norme de contrainte (A). La police judiciaire se voit ainsi investie d'un pouvoir d'appréciation voire de décision lui octroyant une véritable impulsion dans l'exercice de la coercition. Dans ce contexte, nous serons amenés à croiser les « pouvoirs propres de police judiciaire » (sic), expression doctrinale désignant les pouvoirs de police judiciaire que l'officier peut exercer *motuo proprio* c'est-à-dire spontanément, sans autorisation préalable. Ces pouvoirs ne sont ni plus ni moins que la forme la plus aboutie du pouvoir propre de police judiciaire, au sens où nous l'entendons, puisqu'ils permettent de s'affranchir, dans une certaine mesure, de l'autorité judiciaire¹. D'ailleurs, on assiste, de plus en plus en pratique, à une forme d'autonomisation de la police judiciaire à l'égard de l'autorité judiciaire (B).

A/ Un pouvoir d'opportunité de la police judiciaire

Ce pouvoir d'opportunité n'est concédé à la police judiciaire que pour les besoins de la pratique. Les forces de l'ordre ne peuvent recourir à la contrainte qu'en fondant leur action sur l'apparence de la situation (1°). Cette opportunité va, *ipso facto*, conférer à la police judiciaire une faculté d'appréciation quant à la mise en œuvre de la contrainte et participer à son émancipation à l'égard de l'autorité judiciaire (2°).

1°) L'opportunité fondée sur l'apparence

A raison du caractère réactif de la police matérielle, la force publique n'intervient jamais qu'en réaction à un motif constitué par un désordre². Essentiellement réactive, la police ne peut donc intervenir sans avoir préalablement constaté l'existence d'un trouble à l'ordre public pour la résorption duquel elle doit mettre en œuvre la norme de contrainte.

Le législateur se contentant volontairement d'une simple habilitation générale en matière de contrainte³, les agents de la force publique bénéficient nécessairement d'un certain pouvoir d'appréciation pour appliquer la norme législative aux faits en édictant une « *coercition ad*

¹ L'autorité judiciaire n'interviendra plus qu'a posteriori pour contrôler l'acte de police judiciaire.

² Dans un Etat de droit, ce désordre est défini par le législateur.

³ Cf. *supra* (Titre 1, Chapitre 1, I-, B/,1°)).

hoc »¹. Or, cette appréhension de la situation et sa traduction en termes juridiques se font le plus souvent dans l'urgence. Dans ce contexte, on comprend que l'apparence joue un rôle décisif dans l'exercice de la contrainte. La police réagit à partir de faits tels qu'ils lui apparaissent². Elle utilise ce qu'elle perçoit de la situation, ce qu'elle discerne à travers des témoignages parfois incomplets. Intervient donc un jugement personnel de la situation sur la base de la gravité de l'acte, la réaction de l'intéressé : « *la fonction de la police implique naturellement une dose de pouvoir discrétionnaire car il est souvent nécessaire que l'autorité policière puisse déterminer librement et en s'inspirant de considérations de pure opportunité pratique, les mesures qu'il convient de prendre pour atteindre au résultat voulu* »³.

La théorie de l'apparence est, naturellement, sujette aux plus vives contestations car elle procède d'un raisonnement hasardeux. Comme l'a relevé un auteur : « *l'apparence, qui rend parfois vraisemblable une situation, se révèle souvent trompeuse de la réalité* »⁴. C'est pourtant sur ce fondement, dégagé d'une analyse fugace, succincte parfois insuffisante, que les forces de l'ordre vont déployer la contrainte. La méthode est classique, pis récurrente. Lorsque les faits ne peuvent pas être ancrés dans la réalité, les présomptions permettent de compenser le défaut de matérialité factuelle. L'apparence, désignée comme « *le caractère ostensible, aisément perceptible de la réalité* »⁵, tend à permettre une intervention policière à partir d'un commencement de concrétisation du trouble à l'ordre public, laissant présumer une réalité vraisemblable. Elle vise à autoriser l'exercice de la contrainte dès la première manifestation du trouble qui le rend vraisemblable.

¹ N. FERREIRA, *op.cit.*, p 328.

² Jean MONTREUIL, Crimes et délits flagrants, *Proc. pén.* Art. 53 à 73, n°76 : « *il faut admettre que l'intervention de police est souvent placée sous le signe de l'apparence immédiate, c'est-à-dire d'indices à la fois fugaces et équivoques* ».

³ Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920-1922, Rééd. CNRS, 1985, p. 504-505. Concernant les pouvoirs de police. Carré de Malberg dénombre trois types de lois de police, en fonction de la nature et de l'étendue des pouvoirs qu'elles confèrent. En premier lieu, celles qui visent un objet spécial et énoncent les mesures que l'administration pourra ou devra prendre, ainsi, l'article 18 de la loi du 19 juin 1838 autorise les préfets à prononcer des internements d'office. En second lieu, les lois qui octroient à l'administration, pour un objet et un but déterminés, le pouvoir de prendre toutes les mesures qu'elle estime utiles, et l'investissent de pleins pouvoirs pour des éventualités graves et exceptionnelles, pour une catégorie d'affaires strictement limitée. Enfin, celles qui assignent à l'administration certains buts de police, comme la loi du 5 avril 1881 qui définit les attributions de l'autorité municipale par la détermination de l'ordre public. V. opinion contraire de Jacques ROBERT, *Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration*, Thèse, LGDJ, 1956, p. 219-220 : « *Un fonctionnaire ne saurait avoir un pouvoir illimité, il n'existe d'ailleurs plus aujourd'hui à proprement parler d'actes purement discrétionnaires, il y a seulement des pouvoirs plus ou moins larges d'appréciation de l'opportunité de la décision à prendre* ».

⁴ Philippe CONTE, *op.cit.*

⁵ André DECOCQ, *Droit de la police, op. cit.*, p. 310.

Quoiqu'on en dise, la théorie de l'apparence s'impose comme une exigence de la pratique. D'ailleurs, cette formulation relève de l'oxymore car il n'est pas de notion plus pragmatique que celle de l'apparence. Elle n'a d'autres intérêts que de ménager le travail heuristique de la police judiciaire (art. 54 C. pr. pén). A défaut, les forces de l'ordre achoppent sur la rigueur du droit aux dépens de l'ordre public.

Bien que l'on accuse parfois les textes d'imprécisions, ce n'est là que la nécessaire latitude concédée à la force publique pour ajuster « *la loi du livre à la loi de la rue* » selon l'expression de F. HIRT. La notion d'apparence représente l'adaptation du droit à la réalité policière. Le droit ne se plie pas tant à la volonté de la force publique mais prend conscience des difficultés de la pratique. À ceux qui crient haro sur cette « théorie »¹, ne vaut-il pas mieux un inflexible droit que sa neutralisation ? Au risque d'être taxé de discours sécuritaire : ne vaut-il pas mieux s'exposer à d'hypothétiques dérives policières plutôt que d'exposer assurément l'ordre public aux troubles ?

Sans pour autant supputer sur ces dérives, l'opportunité laissée aux forces de l'ordre leur confère un pouvoir d'appréciation voire un pouvoir de décision. Le pouvoir de contrainte s'en trouve grandi puisqu'il aspire à une certaine autonomie.

2°) L'opportunité, facteur d'autonomisation de la contrainte

Nonobstant la norme de contrainte, la force publique semble posséder un pouvoir de coercition spontané. La police judiciaire se serait ainsi créé un pouvoir quasi « autonome » dans le choix de la mesure, son initiative et son degré de contrainte : « *on s'aperçoit alors que le jeu de la contrainte sans intervention préalable d'un magistrat est fréquent dans le cadre du droit pénal ou de législations spécialisées* »². Or, ces pouvoirs qui devraient être exceptionnels, se révèlent importants, non seulement parce que la force publique possède un large pouvoir d'appréciation, mais aussi parce que, parfois, il s'agit d'une réelle compétence décisionnelle : « *elle étend son champ d'action avec l'accord tacite ou explicite de la justice et du pouvoir. Insensiblement, la faculté devient la règle et le Code de procédure pénale un*

¹ Comme l'avons relevé, parler de « théorie » dans le cadre de l'apparence relève de l'oxymore. Mieux vaut-il parler de « notion d'apparence ».

² Jacques BUISSON, thèse préc., p. 327.

fonds d'astuces juridiques dont il convient de tirer le meilleur parti. Voilà la définition principale de la puissance policière »¹.

Ainsi, par le truchement d'une interprétation des textes basée très souvent sur l'apparence de la situation, existe une sorte de « dilatation » du pouvoir policier, que les agents s'accordent le plus souvent eux-mêmes. Ainsi, ont-ils tendance à privilégier l'enquête de flagrance au lieu d'utiliser l'enquête préliminaire qui est d'une moindre efficacité puisque la contrainte y est davantage régulée². Ce choix d'étendre le pouvoir de contrainte, en le fondant sur la notion d'apparence, se rencontre également en matière de contrôle d'identité³.

La force publique possède un pouvoir de décision d'user de la contrainte physique (mais aussi psychologique), qui se déduit du pouvoir d'opportunité qui lui est reconnu : *« l'opportunité consiste dans la possibilité de librement déterminer les conditions d'une action : son moment, ses motifs, ses moyens (...). Il y a donc opportunité quand il y a alternative entre l'action et l'inaction ou quand, l'action étant décidée, il y a alternative entre ses conditions »⁴.*

Malgré cette faculté d'opportunité, la force publique est tenue d'agir lorsque la nécessité l'impose ; en effet, elle a une obligation générale de sauvegarde de l'ordre public et, pour cela, elle doit réagir lorsque les faits l'exigent.

En définitive, la force publique dispose de l'initiative de la contrainte eu égard aux circonstances de l'espèce, ce qui fait dire à certains auteurs qu'elle disposerait d'un « pouvoir propre » (sic). Il faut prendre garde à cette expression doctrinale qui est trompeuse de la réalité, elle ne désigne pas tant le pouvoir propre de police judiciaire, que nous trouvons dans la contrainte, mais la part d'autonomie de ce pouvoir. Le « pouvoir propre » tel que le définit la doctrine n'est donc qu'une modalité d'exercice du pouvoir propre de contrainte. Certes, cette modalité en constitue la forme la plus aboutie mais elle n'est qu'une des déclinaisons de ce pouvoir propre et ne peut donc aucunement prétendre en fonder le principe. C'est pourquoi, afin d'éviter toute confusion terminologique, nous avons considéré qu'il était plus

¹ Bertrand DES SAUSSAIES, *La machine policière*, Editions du Seuil, 1972, p. 73.

² L'aspect procédural de la contrainte et les cadres d'enquêtes dans lesquels elle s'inscrit seront développés plus en aval (cf. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, I-).

³ Cf. *infra* (Titre 1, Chapitre 2, I-, A/, 1^o), b)).

⁴ Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, thèse LGDJ, 1967, p. 303, n°207.

opportun de qualifier ces « pouvoirs propres » (sic) de « pouvoirs autonomes » ou de « pouvoirs d'initiative »¹.

La doctrine diverge cependant sur la réalité de cette autonomie dans l'exercice du pouvoir de contrainte. À la lumière des remarques sus formulées, nous pouvons citer un auteur affirmant que « *la lecture du Code de procédure pénale indique suffisamment que le pouvoir de coercition trouvé dans l'exercice de la police judiciaire est un pouvoir propre* (sic). *L'officier de police judiciaire décide seul des arrestations, perquisitions, saisies et gardes à vue dont le déroulement de l'enquête et la situation révèlent l'utilité* »². D'autres auteurs s'offusquent de ces propos : « *certain auteurs, qui évoquent ainsi un pouvoir propre de la police judiciaire* (sic), *comme si la force publique était dotée de pouvoirs autonomes* »³.

Voilà ce que livrent de contradiction deux thèses différentes envisageant une même réalité : le pouvoir de contrainte. Pour l'une il est assurément une autonomie dans l'exercice du pouvoir de contrainte ; pour l'autre, il est, aberrant, de soutenir de telles considérations. L'opportunité apparaît comme la clef de lecture de ces affirmations péremptoires. À n'en pas douter, elle a participé de l'extension du pouvoir de police judiciaire et introduit un ferment d'autonomie. Reste à en connaître la teneur et la portée. Force est de constater que l'opportunité suggère un pouvoir d'appréciation, pouvoir résultant d'impératifs pratiques. Par suite, l'opportunité postule une liberté d'action, plus ou moins grande, suivant les circonstances. Le pouvoir d'appréciation confine alors au pouvoir de décision. À mesure que l'on avance dans le raisonnement, cette graine d'autonomie croît d'autant. Le pouvoir de police judiciaire bénéficie de cette évolution pour apparaître progressivement comme un centre d'impulsion, une spontanéité dans la coercition.

Pour autant, le pouvoir d'appréciation ne se confond pas avec le pouvoir de décision. La force publique demeure soumise – et plus encore dans notre matière⁴ – au principe de légalité. Ainsi, s'ils peuvent profiter de l'imprécision des textes pour s'en écarter, ils ne peuvent en aucun cas s'en détacher. De même, convient-il de rappeler que l'action de la police judiciaire est commandée par les exigences de la protection de l'ordre public. La portée de ce pouvoir de décision est donc à relativiser.

¹ Cf. introduction.

² J. BUISSON, thèse préc., p. 195.

³ N. FERREIRA, *op.cit.*, p. 328.

⁴ Art. 111-4 C. pén. : « *La loi pénale est d'interprétation stricte* ».

La mise en œuvre de la contrainte oscille ainsi entre pouvoir d'appréciation et pouvoir de décision. Parce que l'un comme l'autre n'est pas consacré textuellement, aucun d'eux ne peut imposer son existence juridiquement. Ils ne peuvent pas davantage marquer leur prééminence sur l'autre, d'abord parce que ces deux pouvoirs sont consubstantiels, ensuite parce qu'ils sont tributaires de la casuistique. Sans doute est-ce le critère de l'apparence qui fera pencher la balance.

Par conséquent, les deux thèses précitées doivent être rassemblées plus qu'opposées afin de les envisager dans ce qu'elles postulent de complémentarité. Certes, ce pouvoir d'opportunité permet à la police judiciaire de diligenter spontanément certaines mesures coercitives mais elles ne sont pas couvertes, pour autant, par une pleine autonomie. La première thèse doit donc être envisagée à l'aune de la seconde pour être consacrée comme le principe ; l'autre thèse intervenant pour la tempérer avec les exigences d'un Etat de droit¹.

Selon que le curseur de l'apparence pointe sur le pouvoir de décision ou sur le pouvoir d'appréciation, sachant que celui-ci participe de celui-là, la police judiciaire se verra respectivement dotée d'une plus ou moins grande autonomie.

Que l'on rassure les détracteurs de la « puissance policière »², ces agents agissent toujours sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire notamment celle du procureur de la République. Bien que ce principe soit fondamental – puisque salvateur des libertés – la pratique va ici encore le déjouer pour imposer sa réalité. Cette réalité est celle de l'émancipation de la police judiciaire qui s'affranchit, peu à peu, du joug de l'autorité judiciaire pour tendre vers une autonomisation.

Que l'on s'en excuse, le réconfort n'aura été que de courte durée.

B/ Une émancipation de la police judiciaire par rapport à l'autorité judiciaire

L'autorité judiciaire, *janus* de la liberté individuelle aux termes de l'article 66 de la Constitution, intervient pour juguler et sanctionner les atteintes qui lui sont portées. La police judiciaire, détentrice du pouvoir de contrainte, engage nécessairement cette liberté sacramentelle. Dès lors, elle doit répondre de son action devant cette autorité : « *il est de principe dans une société civilisée que de telles atteintes (aux droits fondamentaux) ne*

¹ Dans un Etat de droit, le pouvoir de contrainte ne peut être recevoir une pleine autonomie (cf. *infra*).

² Cette formulation est empruntée à Bertrand DES SAUSSAIES (*op.cit*).

puissent être portées que sous le contrôle et avec l'autorisation d'un juge »¹. Les rapports entre la police judiciaire et l'autorité judiciaire sont placés sous le signe de l'obéissance de cette première à cette dernière. En la matière l'autorité judiciaire est représentée par le procureur de la République ; le juge d'instruction pouvant revêtir cette qualité dans le cadre de l'ouverture d'une instruction.

Juridiquement, ces rapports sont précisés par le Code de procédure pénale. L'article 12 de ce Code énonce : « *la police judiciaire est exercée, sous la direction du procureur de la République, par les officiers, fonctionnaires et agents désignés au présent titre* », tandis que l'article 13 dispose qu'elle est placée « *dans chaque ressort de cour d'appel, sous la surveillance du procureur général et sous le contrôle de la chambre de l'instruction conformément aux articles 224 et suivants* ». Selon l'article 14, « *lorsqu'une information est ouverte, elle exécute les délégations des juridictions d'instruction et défère à leurs réquisitions* ».

Tels sont les principes directeurs qui gouvernent les rapports entre l'autorité judiciaire et la police judiciaire. Observons, d'une manière plus pragmatique, que certains dévoiements de procédure existent. Ainsi, la police, avisée d'un crime ou d'un délit, peut arriver sur les lieux et hésiter à avertir le parquet, préférant auparavant entendre les témoins, recueillir les indices. De même, le fait que la police classe une affaire sans prévenir le parquet constitue un procédé classique, mais illégal puisque l'article 19 du Code de procédure pénale énonce que « *les officiers de police judiciaire sont tenus d'informer sans délai le procureur de la République des crimes, délits et contraventions dont ils ont connaissance* » ; c'est donc une véritable obligation qui pèse sur la police judiciaire². De plus, l'article 40 de ce même Code prévoit que c'est le procureur de la République qui « *apprécie la suite à donner* » aux plaintes et dénonciations. La loi est donc dévoyée par la pratique, qui aboutit à ce que ce « *tri* » soit opéré par la police et non par le parquet³. Il en va de même pour le fait de ne communiquer qu'une partie de ses résultats d'investigation afin d'orienter l'enquête.

¹ Georges VEDEL et Pierre DELVOLLE, *op. cit.*, tome 1, p. 323.

² Ces obligations, d'une importance toute particulière, sont examinées par ailleurs dans le détail. Les doléances des parquetiers à l'endroit des OPJ sont souvent relatives soit à la rétention d'information, soit à la non-transmission des P-V dans les délais normaux.

³ Jean PRADEL, Les pouvoirs de la police judiciaire en droit français, extrait de *Droits de l'individu et police*. Acte du colloque tenu à Poitiers en mai 1988. Litec 1990, p. 84 : « *On assiste donc, en application d'une sorte de coutume à une déviation de la loi, la police judiciaire procédant à une première sélection des affaires et le parquet n'opérant qu'au second degré sur ce qui a bien voulu lui laisser cette police* ». Selon cet auteur, cette inscription se fait afin de ne pas surcharger le service, lorsque la personne visée est inconnue au fichier de la police, ou que le plaignant « *marque une grande mollesse* » ; l'auteur rappelle que, parfois, l'officier de police

Certains voient dans ces graves illégalités une incontestable supériorité de la force publique sur la justice, celle-ci étant soumise au bon vouloir de la première. Dans le cadre de l’instruction la démarche est inverse ; l’autorité judiciaire semblant s’en remettre, plus ou moins volontairement, à la volonté de la police judiciaire. Explicitons notre propos.

Bien que la police judiciaire soit définie à l’article 14 du Code de procédure pénale comme l’activité qui consiste « à constater les infractions à la loi pénale, à en rassembler les preuves et à en rechercher les auteurs, tant qu’une information n’est pas ouverte », doctrine et jurisprudence étendent cette définition trop étriquée à leur sens. Ils admettent ainsi que la police judiciaire recouvre plus largement la recherche des auteurs réels ou supposés d’une infraction réelle ou supposée¹. Par conséquent, la police judiciaire se manifeste encore pendant le cours de l’information, les actes accomplis par le biais d’une commission rogatoire recevant parfois cette qualification². Assimiler certains actes d’instructions à des actes de police judiciaire procède d’une confusion des genres.

Pourtant, le législateur a pris le soin de définir expressément – chose qu’il ne fait pas toujours – la notion de police judiciaire³. De surcroît, il est venu préciser le cadre de l’action policière et des pouvoirs adventices en les bornant à l’ouverture d’ « une information ». Doctrine et jurisprudence ont donc fait fi du clivage entre pouvoir de police et pouvoir d’instruction pour les assimiler alors qu’il convenait de les distinguer. Partant de ce postulat, la confusion était inévitable. Sur cette base *contra legem*, la distinction entre pouvoirs propres (sic) et pouvoirs délégués fut ensuite bâtie. Or, il ne va pas sans dire qu’un tel raisonnement ne saurait tenir alors qu’il est manifestement entaché d’illégalité. Si la confusion était inévitable, elle n’en demeure pas moins inexcusable sauf à admettre qu’ils puissent se prévaloir de leur propre turpitude. Un adage s’y refuse⁴.

Par conséquent, dans la rigueur des textes et des principes, la police judiciaire ne dispose d’aucun pouvoir dans le cadre d’une instruction. La force publique est, dans ce cadre, reléguée dans sa fonction première⁵, celle de simple exécutrice passive des ordres de l’autorité

judiciaire n’inscrit pas la plainte sur le registre de la main courante mais la rejette, suivant d’ailleurs les mêmes critères. « En le faisant, le policier n’a pas le sentiment d’exercer un pouvoir puisqu’il se borne à affirmer son incompétence. Indirectement, il en exerce pourtant un, et qui est évidemment *contra legem* », art. préc. p.88.

¹ Georges VEDEL, *Cours de droit administratif*, 1970-71, p.48, M.SCHMELCK in concl. sur l’aff. : TC., 16 janvier 1968, Sieur Tayeb.

² Jean PRADEL, Du droit de la force publique : *RD publ.* 1954, 967.

³ Art. 14 al.1^{er} C. pr. pén (cf. *supra*).

⁴ Est visé un adage existant dans un tout autre domaine mais trouvant à s’appliquer avec sagacité : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

⁵ Il est fait référence à la conception révolutionnaire de la force publique (cf. Introduction).

judiciaire. L'article 14 al.2 C. pr. pén., fondement de cette délégation, reprend d'ailleurs le verbe « exécute » pour référer de l'action de la police judiciaire. Celle-ci n'est que le relais du pouvoir du juge d'instruction. Ce dernier exerce ses prérogatives par son intermédiaire. Considérant que les pouvoirs rogatoirement confiés à la force publique ne sont pas des pouvoirs de police judiciaire mais des pouvoirs d'instruction détenus par l'autorité judiciaire, quand bien même les eût-elle délégués, ils n'entrent pas dans le cadre de notre sujet circonscrit au(x) pouvoir(s) de police judiciaire.

Toutefois, il est vrai que la pratique semble déjouer ces considérations théoriques. En effet, dans le cadre de l'exécution des commissions rogatoires, les OPJ se trouvent investis *de facto* de pouvoirs importants, puisque les juges ont tendance à déléguer systématiquement leurs pouvoirs d'instructions aux agents de la force publique, leur octroyant *de fait* leurs propres prérogatives. Si cette commission rogatoire peut être spéciale, c'est-à-dire préciser le ou les actes dont l'exécution est demandée, elle est souvent générale, c'est-à-dire donne délégation pour effectuer « tous actes utiles à la manifestation de la vérité »¹. À la différence de la commission rogatoire générale quant aux infractions, la commission rogatoire quant aux actes a été admise par la Cour de cassation². L'officier de police judiciaire délégué conserve, dans l'exécution de la commission rogatoire à lui délivrée, le plein emploi de son pouvoir de contrainte qu'il puise dans la norme de contrainte. Mieux encore, il détient deux prérogatives dont le juge délégant ne dispose pas : celui de placer en garde à vue une personne pour les nécessités de l'information (art. 154 C. pr. pén), et celui de la réquisition à personne qualifiée.

Cette délégation est d'autant plus fâcheuse pour l'autorité judiciaire qu'une fois concédée, elle ne peut normalement plus exercer les pouvoirs qu'elle a délégués sans suspendre immédiatement ladite délégation et rendre *ipso facto* incompetent l'OPJ délégué. Il ne peut, en effet, pour les mêmes actes, déléguer ses pouvoirs et les exercer spontanément. Paraphrasant un adage existant dans un tout autre domaine, un auteur affirme que « *déléguer et retenir ne vaut* »³.

¹ Maintes commissions rogatoires contiennent, en effet, une délégation ainsi rédigée : « *de bien vouloir faire poursuivre l'enquête par toutes voies de droit utiles, notamment auditions, confrontations, perquisitions, saisies, réquisitions, et plus généralement tous les actes utiles à la manifestation de la vérité* », à laquelle est souvent ajoutée « *vu l'urgence et le principe d'unité de l'enquête* » la faculté d'exécuter ces actes sur l'ensemble du territoire en application de l'article 18, alinéa 4, du Code de procédure pénale. Dans les dossiers d'instruction ouverts contre X., cette commission rogatoire est, en principe, le premier acte du juge qui marque l'ouverture de l'information.

² Crim., 6 février 1996 : *Justices* 1996, 286, obs. D. REBUT.

³ Serge GUINCHARD, *op. cit.*

L'autonomisation de la police judiciaire est, ici, exacerbée par le recours inconsidéré aux commissions rogatoires. Alors qu'en dehors de l'instruction, cette forme d'autonomie est la conséquence pratique de l'opportunité d'exercice du pouvoir propre de contrainte par la police judiciaire ; dans le cadre de l'instruction, elle est davantage la conséquence pratique de l'exercice abusif du pouvoir de délégation par l'autorité judiciaire.

Le constat est, pour le moins, édifiant. N'est-il pas paradoxal que l'autorité judiciaire participe de cette autonomisation de la police judiciaire alors qu'elle a vocation à l'endiguer pour mieux la contrôler ? Le constat est, pour le moins, affligeant. Par son comportement, l'autorité judiciaire manifeste son désengagement dans le contrôle de la police judiciaire et donc dans la protection des libertés. Bien que les délégations de pouvoir puissent être justifiées par les nécessités de la pratique, l'usage excessif qui en est fait confine à la déviance. Pour reprendre une expression hyperbolique, elle « livre en pâture » les libertés aux forces de l'ordre¹.

Que l'on se place dans le cadre des enquêtes sous la direction du procureur de la République ou dans le cadre de l'instruction sous la direction du juge d'instruction, l'étude empirique de l'action policière révèle un effacement de l'autorité judiciaire au profit de la police judiciaire. Cette extension du pouvoir policier profite de l'imprécision des textes et du fait que les magistrats y ont adhéré, du moins implicitement².

Envisagée sous le regard de la pratique coercitive, la combinaison de ces facteurs participe à une émancipation de la police judiciaire à l'égard de l'autorité judiciaire. Il s'ensuit un renforcement du pouvoir propre de contrainte de la police judiciaire qui profite de cette conjoncture autonomiste. Dans ce contexte, le pouvoir propre de police judiciaire a pu nous livrer une de ses facettes les plus éclatantes, celle se manifestant sous ces « pouvoirs autonomes »³ que la doctrine dénomme « pouvoirs propres de police judiciaire » (sic). Relayé par une autonomie fonctionnelle, le pouvoir propre de police judiciaire est ainsi sublimé.

¹ Serge GUINCHARD reprend l'idée d'une manière plus nuancée : « *la confusion des pouvoirs, propres et délégués, ne peut qu'être source de détournement de pouvoir de procédure préjudiciable aux garanties des justiciables, donc à l'intérêt supérieur de la justice* ». *Op. cit.* p.990.

² Jean PRADEL, art. préc. p.88. « *Comment a été rendue possible cette dilatation du pouvoir policier? (...) Incontestablement, elle a été rendue possible ou facilitée par le caractère assez vague de certains textes et aussi, ne l'oublions pas, par les nécessités de la pratique* ».

³ Une autre terminologie aurait pu être aussi retenue comme celle susvisée.

Sans verser dans l'absolutisme, le pouvoir de contrainte dispose d'une réelle impulsion, prenant son point d'ancrage dans l'organe étatique que représente la police judiciaire. Point n'est besoin de recourir à des constructions doctrinales artificielles¹ pour traduire ce que la contrainte nous livre de syncrétisme. Il suffisait de penser la notion différemment pour qu'elle nous apparaisse autrement, comme le fondement du pouvoir propre de police judiciaire. Envisagée abstraitement, elle livre la cohésion des pouvoirs de police judiciaire compris dans leur ensemble. Envisagée concrètement, elle restitue la réalité juridique de ces pouvoirs. Ils n'ont qu'une réalité, le pouvoir de contrainte, dont les manifestations juridiques sont aussi diverses que variées.

¹ Cette construction doctrinale est, bien entendu, celle des « *pouvoirs propres de police judiciaire* ».

Chapitre 2 : La représentation *concrète* du pouvoir propre de police judiciaire

Jusqu'à présent, la contrainte a été pensée dans sa dimension abstraite afin, précisément, de rassembler une matière émaillée. Le pouvoir de contrainte a, ainsi, pu vous être présenté comme le fondement du pouvoir propre de police judiciaire.

Mais il n'est là que des considérations purement théoriques. Si la théorie n'a de sens que dans la dimension pratique à laquelle elle s'applique, alors, exempt d'applications concrètes, la théorie n'est qu'aliénation de l'esprit. Par conséquent, la contrainte doit être replacée dans la sphère pratique qui lui est dédiée et le pouvoir de contrainte qu'elle postule confronté avec la réalité concrète de l'action policière. La réalité recoupant des situations infiniment variées, la contrainte va se manifester de manière diversifiée. Dans ce contexte, le pouvoir de contrainte se décline sous des pouvoirs de police judiciaire. Ce que la théorie consacre d'unité, la pratique le livre à la diversité.

On remarque que la pratique procède d'une démarche opposée à celle de la théorie. Dans la théorie, la contrainte est un point de départ, avec pour aboutissement les pouvoirs de police judiciaire susceptibles de la produire, ces données étant inversées dans la pratique où les pouvoirs de police judiciaire, faits générateurs de la contrainte, sont le préalable à sa réalisation. La contrainte représente tout à la fois un moyen et une fin : un moyen en tant que fondement du pouvoir propre de police judiciaire et une fin en tant qu'aboutissement des pouvoirs de police judiciaire. L'inversion est normale, mieux encore rassurante, les deux hypothèses servant des logiques différentes, pour se situer différemment dans la théorie de la contrainte. La représentation abstraite des pouvoirs de police judiciaire¹ est constitutive, leur représentation concrète restitutive. Le premier chapitre répondait à une logique de définition, celui-ci répondra à une logique d'application. Tout deux œuvrent pour la réhabilitation de la contrainte comme fondement du pouvoir propre de police judiciaire : l'un posant le principe, l'autre l'entérinant.

Ainsi, aussi diverses soient-elles, les manifestations de la contrainte n'avilissent aucunement notre thèse mais ne font qu'illustrer la plénitude du pouvoir de contrainte et entériner le principe d'un pouvoir propre de police judiciaire unique.

¹ Cette représentation abstraite est, vous l'aurez compris, celle du pouvoir propre de contrainte.

Les procédés coercitifs seront ici analysés. Toutefois, il ne s'agit pas ici, d'une analyse approfondie de chaque pouvoir coercitif, d'un catalogue exhaustif qui se bornerait à un recensement descriptif et ne permettrait pas une vue globale, mais d'une étude d'ensemble, d'une synthèse transversale des divers procédés permettant une mise en évidence des traits communs. Les pouvoirs de police judiciaire seront étudiés à l'aune de la contrainte, notion qui en constitue le fondement. L'analyse de cette notion a révélé son caractère bifide : la contrainte pouvant être matérielle ou psychologique. Cette acception recoupe la conception que pouvait en avoir Jhering¹. Dans cette perspective, les pouvoirs de police judiciaire doivent être envisagés sous ces deux facettes : la contrainte matérielle (I) ou la contrainte psychologique (II).

I – L'expression de la contrainte matérielle

La contrainte matérielle est l'expression la plus primaire des pouvoirs de police parce qu'elle est exercée *manu militari*. Elle concentre, néanmoins, l'essentiel des pouvoirs des forces de l'ordre, sans doute, parce qu'elle est la raison même de leur existence, du moins historiquement². La force publique peut manifester différemment son emprise coercitive selon qu'elle l'emploie directement à l'encontre des individus ou selon qu'elle la dirige contre les biens, même si dans cette hypothèse, l'individu reste indirectement visé. Cette distinction revêt une importance considérable au regard de l'atteinte portée aux libertés, celle-ci étant d'une moindre gravité à l'égard des biens qu'à l'égard de l'intégrité physique.

C'est donc sur la base de cette *summa divisio*, fondée sur l'objet contre lequel la force physique est utilisée, qu'il convient d'envisager les manifestations de la contrainte personnelle (A) et de la contrainte réelle (B).

A/ La contrainte « personnelle »

La contrainte physique exercée à l'encontre des personnes nous place au cœur de la coercition. Celle-ci atteint son apogée par la privation de la liberté d'aller et venir, ou plus

¹ Rudolf Von JHERING, *La lutte pour le droit*, Dalloz 2006. Dans cet ouvrage, l'auteur distingue la contrainte selon l'usage de la force physique. Lorsque celle-ci est employée, la contrainte sera dite physique ou matérielle, à défaut, la contrainte sera dite psychologique. Cf. supra : Titre 1, Chap. 1, I-, A/,

² Durant la période révolutionnaire, la force publique était considérée comme essentiellement exécutive et uniquement affectée à l'usage de la force physique.

généralement, la liberté de mouvement (1°). Cette coercition peut même aller jusqu'à porter atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé ; la contrainte « physique » trouve alors la pleine mesure de ses propos (2°).

1°) Privation de liberté

Le *jus ad corpus* ne subsiste guère qu'en matière de privation de liberté. La force publique en assure la survivance et ce depuis des temps anciens. Selon qu'elle enserme, plus ou moins, cette liberté de mouvement, elle jouira tantôt de son pouvoir d'arrestation (a), tantôt de son pouvoir de détention (b).

a) Le pouvoir d'arrestation

Tout policier ou gendarme, qu'il soit officier ou agent de police judiciaire, peut procéder à l'arrestation de l'auteur présumé d'un crime ou d'un délit flagrant. (art. 73 C. pr. pén.)¹.

Il s'agit là d'une « *arrestation sans titre, très provisoire, ne s'accompagnant d'aucune formalité spéciale et qui n'a pour but que de conduire l'auteur d'un crime ou d'un délit flagrant devant l'OPJ le plus proche* » (art. C. 131 Instr. Gén.).

Dans le cadre de cette arrestation, le policier doit, s'il n'est pas en uniforme², justifier de son identité soit en la déclinant soit en présentant dès que possible, son insigne officiel ou mieux encore sa carte professionnelle. Lorsqu'il agit en civil, le policier doit porter un signe ostensible d'identification tel un insigne ou brassard sur lequel est mentionné le terme « police ». Certaines circulaires administratives provenant du ministère de l'intérieur sont venues préciser les conditions dans lesquelles ces interventions devaient intervenir. Ainsi, lors des interventions nocturnes des patrouilles de sécurité publique, l'un des gardiens de la paix au moins doit porter la tenue réglementaire complète, tandis que le véhicule de patrouille doit être doté d'une plaque lumineuse portant le mot « police ».

Les forces de l'ordre bénéficient d'une plénitude de compétence territoriale en la matière. L'arrestation peut être réalisée sur tout le territoire national. Les forces de l'ordre

¹ Certaines lois spéciales renferment des dispositions relatives à l'arrestation par un agent de l'autorité : art. L.239 LPF, art. 323 C. douanes.

² L'article 96 du décret organique du 20 mai 1903 dispose que « *l'action de la gendarmerie s'exerce toujours en tenue militaire* ».

disposent de moyens variés pour procéder à cette arrestation. Ils peuvent notamment émettre et diffuser des recherches (art. C.226 Instr. gén.) ou recourir à des barrages routiers, etc.

L'arrestation peut être opérée dans des lieux variés tels que la voie publique, un véhicule automobile, un domicile, etc. Quelle que soit la localité de l'arrestation, le policier doit toujours respecter le principe des heures légales même dans le silence du législateur.

Or ce pouvoir d'arrestation, s'il est majoritairement mis en œuvre par la police judiciaire n'est pas de leur seul ressort. En effet, les termes de l'article 73 C. pr. pén. sont suffisamment large pour conférer cette prérogative à tout citoyen dès lors qu'il répond aux prescriptions dudit article. On se souvient que le Code d'instruction criminelle créait déjà un devoir d'appréhension à la charge de tout particulier.¹

L'appréhension conduite par tout citoyen ne peut être légitimée que si elle est suivie de la conduite de la personne appréhendée « *devant l'officier de police judiciaire le plus proche* ». Cette condition est également remplie lors d'une rétention de force de la personne appréhendée pendant le temps nécessaire à l'arrivée de l'autorité publique. La personne qui a ainsi appréhendé un délinquant a « *le devoir de le remettre à un officier de police dans les meilleurs délais, mais (...) elle satisfait à ce devoir en prévenant celui-ci et en s'assurant de la personne du délinquant jusqu'à l'arrivée du policier aussi bien qu'en le conduisant elle-même auprès de lui* »².

Par cette disposition, le Code de procédure pénale concède un pouvoir considérable aux personnes privées puisqu'elles peuvent, conformément à l'art. 122-4 C. pén.³ combiné avec l'article précité, attenter à la liberté individuelle, liberté pourtant constitutionnellement garantie⁴. Le citoyen se voit ainsi doté d'une prérogative coercitive marquant une exception au principe du monopole de la police judiciaire en la matière⁵. Ce constat ne vient

¹ Art. 106 C. d'instr. crim., décrété le 17 nov. 1808 : « *tout dépositaire de la force publique, et même toute personne, sera tenu de saisir le prévenu surpris en flagrant délit ou poursuivi soit par la clameur publique, soit dans les cas assimilés au flagrant délit, et de le conduire devant le procureur impérial sans qu'il soit besoin de mandat d'amener, si le crime ou délit emporte une peine afflictive ou infamante* ».

² Crim., 1er octobre 1979, confirmé par CA Versailles, 26 septembre 1978 : Gaz. Pal. 1980, 1, p. 306. - V. aussi pour une solution implicite : Civ.2^{ème}, 10 juin 1970 : RSC 1971, p. 420, obs. Levasseur.

³ Art. 122-4 C. pén. : « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaire* ». Le Code pénal rejoint l'art. 9 DDHC reconnaissant qu'il peut être « indispensable (...) d'arrêter » un sujet de droit dans des conditions elles-mêmes placées dans le champ d'application de l'art. 7.

⁴ L'art. 1^{er} DDHC dispose « *les Hommes naissent et demeurent libres (...)* ». La DDHC, étant intégrée au bloc de constitutionnalité, a valeur constitutionnelle.

⁵ La France est d'ailleurs un des rares pays à prévoir un tel dispositif. La plus grande majorité des pays retiennent une compétence exclusive de la police judiciaire en la matière.

aucunement ébranler notre thèse. Comme a pu nous rassurer un auteur : « *l'article 73 du Code de procédure pénale ne donne aux particuliers aucune autre prérogative de police que le pouvoir d'arrestation* »¹. À l'instar d'un raisonnement tenu en matière de légitime défense, nous pouvons considérer que ce pouvoir d'arrestation demeure un pouvoir de police dans la mesure où le citoyen vient, par son arrestation, pallier à la carence des pouvoirs publics à assurer la préservation de l'ordre. D'éminents auteurs ont ainsi considéré que « *lorsque, dans les cas d'urgence, les moyens habituels de la justice ne suffisent plus à assurer la sécurité des personnes ou même des biens* », « *le citoyen qui se défend coopérant aux lieu et place de l'autorité au maintien de l'ordre* »², exerce « *davantage un pouvoir de police privée qu'un pouvoir de justice privée* »³. Dans ce contexte, ce pouvoir de police judiciaire semble davantage prêté au citoyen que concédé.

Dans l'exercice de ce pouvoir, la police judiciaire renoue avec une certaine autonomie. Outre les moyens dont il dispose dans l'appréhension d'un individu, l'agent peut lui mettre des entraves ; il lui est même recommandé d'agir de la sorte lorsque les circonstances (de temps et de lieu, ou tenant à la personnalité de son interlocuteur) sont de nature à faire redouter un danger. Cependant, en tant que complément coercitif, cette prérogative est encadrée par le législateur. L'article 803 C. pr. pén. (L. n. 93-2, 4 janvier 1993), disposent que « *nul ne peut être soumis au port des menottes ou entraves que s'il est considéré soit comme dangereux pour autrui ou pour lui-même, soit comme susceptible de tenter de prendre la fuite* » est compatible avec ce principe. Bien que réglementée, cette faculté d'entrave reste soumise à la seule appréciation des forces de l'ordre. Or l'opportunité permet à l'autonomie de se développer, du moins de germer.

L'opportunité occupe aussi une large place dans l'appréciation de la temporalité de l'arrestation. Comme l'écrivait le procureur général BESSON : « *Il ne dépend que de l'OPJ de fixer le jour et l'heure de l'appréhension du suspect* »⁴. La capture peut être réalisée non seulement concomitamment avec la commission de l'infraction mais pendant toute la durée de l'enquête de flagrant délit. Les illustrations sont aussi nombreuses que la pratique le requiert. Il en va spécialement ainsi du revendeur dont l'arrestation est reportée afin d'identifier ses

¹ D. Mayer, note ss Civ.2^{ème}, 1er avril 1999 : D. 1999, jurispr. p. 387.

² A. MERLE et A. VITU, Traité de droit criminel, Cujas, 5^{ème} éd., p. 525.

³ A. DECOCQ, Droit pénal général, op. cit., p.317. V. aussi Y. MAYAUD, Droit pénal général, PUF Droit, coll. Droit fondamental, 2007, p.462.

⁴ Dans l'aff. Crim. 19 septembre 1990 : Dr. Pénal 1992, chron. 26, obs. tenues dans D. 1958, chron. 129.

fournisseurs. Là encore, un aspect de l'arrestation relève de l'opportunité de la police judiciaire même si elle est, le plus souvent, postulée par les nécessités de l'enquête.

L'étude de cet aspect de la coercition a révélé un paradoxe même s'il peut être raisonnablement relativisé. Alors que ce pouvoir d'arrestation est un des procédés le plus coercitif, il est partagé – pour ne pas dire – disséminé dans l'ensemble de la société. Or, même si ce pouvoir échappe à la police judiciaire en ce qu'il ne relève pas de son seul ressort, certains aspects de cette mesure coercitive restent rattachés au pouvoir de police judiciaire. Mais, avec le pouvoir de détention, la police judiciaire recouvre la pleine disposition de la privation de liberté.

b) Le pouvoir de rétention

Dans le langage courant, retenir signifie « arrêter », « empêcher de partir »¹. Les forces de l'ordre peuvent ainsi, en s'en prévalant, s'opposer à la libre circulation d'un individu. Ce pouvoir coercitif est considérable puisqu'il permet de fixer la personne qui en fait l'objet en un lieu précis et pendant une durée déterminée dans le but de procéder aux investigations nécessaires à la manifestation de la vérité. Eu égard à son importance pratique², la garde à vue concentre sous sa coercition l'essentiel du pouvoir de rétention (α). Pourtant, il existe, à côté de cette mesure, d'autres formes de rétention tout aussi coercitives par la privation de liberté qu'elles prévoient (β).

α - La garde à vue

La garde à vue est l'une des premières manifestations de ce pouvoir de rétention dévolu à la force publique. Cette mesure n'a été réglementée qu'à partir du milieu du XX^{ème} même s'il apparaît à l'évidence qu'elle était déjà une pratique courante. Comme le déclarait en 1955 le procureur général BESSON, président de la Commission d'études pénales législatives, il « *est apparu qu'il valait mieux la reconnaître (la garde à vue) que de feindre d'en ignorer l'existence* ». Depuis 1959, la rétention des personnes dans le cadre de l'enquête

¹ Selon la définition empruntée au *Littré*.

² D'après le porte parole du ministère de l'Intérieur Gérard GACHET, le nombre de garde à vue s'élevait à près de 800.000 en 2009. Même s'il représente déjà une importance considérable, ce chiffre est faussé en ce qu'il ne prend pas en compte les gardes à vue pour les délits routiers ni ceux de l'outre mer. Il faut donc les ajouter en sus.

de police judiciaire est donc réglementée dans le Code de procédure pénale et placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire.

Le placement en garde à vue est éminemment coercitif ; certains auteurs le considèrent même comme « *l'acte le plus dangereux (au regard des libertés) que peut réaliser un OPJ pour la nécessité de l'enquête* »¹. Le projet de réforme du Code de procédure pénale met en exergue ce caractère coercitif dans la définition qu'il donne de cette mesure : « *la garde à vue constitue une mesure de contrainte par laquelle une personne est, dans les conditions, selon les modalités et pour les durées prévues par la présente section, maintenue à la disposition des enquêteurs au cours de l'enquête judiciaire pénale* »². Cette pratique a toujours été exposée à de vives critiques puisqu'elle doit assurer l'efficacité de l'enquête policière tout en ménageant les libertés enserrées par la coercition. Pour cela, cette mesure est strictement réglementée par le législateur nonobstant le cadre d'enquête. Qu'elle ait lieu dans le cadre de l'enquête de flagrance ou dans le celui de l'enquête préliminaire, la garde à vue doit répondre à des conditions communes au premier rang desquelles celle exigeant « *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner de soupçonner qu'elle (la personne placée en garde à vue) a commis ou tenté de commettre une infraction* »³. La prévision de cette disposition dans le cadre de l'enquête préliminaire ne peut que susciter l'étonnement puisqu'elle est censée être d'une moindre coercition⁴. La contrainte fait donc fi de l'économie procédurale pour affirmer sa plénitude.

Cette harmonisation de la garde à vue à l'ensemble des cadres juridiques résulte de la loi du 4 janvier 1993. Cette volonté d'homogénéité assure à l'enquête de flagrance, l'enquête préliminaire ou l'instruction, un corps de règles sensiblement commun. Ainsi, les OPJ ne peuvent retenir le simple témoin susceptible de fournir des renseignements que le temps nécessaire à sa déposition, ce qui doit être distingué de la garde à vue⁵. Depuis 2000, toutefois, la Chambre criminelle affirme, dans une jurisprudence qui s'affermirait en dépit des critiques, qu'aucune disposition légale n'impose de placer une personne en garde à vue dès lors qu'elle accepte d'être entendue sans contrainte⁶.

¹ Thierry GARET et Catherine GINESTET, *Droit pénal et procédure pénale*, Dalloz, 4^e éd., 2006.

² Art. 327-1 issu de l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale soumis à concertation.

³ Cette formulation est respectivement reprise par les articles 63 (formulation issues de L. n°2002-307 4 mars 2002) et 77 C. pr. pén..

⁴ Nous traiterons de cet aspect de la contrainte subséquentement (cf. Titre 2, Chap. 1, I-, B/).

⁵ Art. 63 al.1^{er} C. pr. pén. issu de la L. 15 juin 2000.

⁶ Crim. 5 décembre 2001, *JurisData* n°012597. V. aussi Crim. 10 juillet 2002, PG-CA Paris : *JurisData* n°015535.

De même, la durée de cette mesure est commune à chaque cadre procédural. Elle est strictement définie par les textes dans la mesure où, rappelons-le, elle permet de retenir une personne protégée par la présomption d'innocence. Ainsi en principe, la personne gardée à vue ne peut être retenue plus de vingt-quatre heures. À titre exceptionnel cependant, la mesure peut être prolongée de vingt-quatre heures supplémentaires par décision écrite et motivée du procureur de la République. La garde à vue peut alors atteindre quarante huit heures. Enfin, dans certains domaines comme le trafic de stupéfiants ou le terrorisme, une seconde prolongation de quarante huit heures du délai peut être autorisée par le juge des libertés et de la détention. Le législateur prend ici en compte la complexité des investigations et porte la durée totale de la garde à vue à quatre-vingt seize heures. A la durée exceptionnelle, le juge des libertés et de la détention peut ajouter deux prolongations supplémentaires d'une durée de vingt-quatre heures chacune, au cas de « *risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste...* » ou « *des nécessités de la coopération internationale* » (art. 706-88 C. pr. pén.). La durée exorbitante de cent quarante quatre heures de garde à vue peut ainsi être atteinte.

Par ailleurs, dans l'hypothèse où plusieurs gardes à vue se succèdent, la durée totale de la mesure ne doit pas excéder le maximum imposé par les textes. En outre, un PV relatant les faits, mentionnant les motifs de la rétention, sa durée, la durée de chaque interrogatoire et de chaque repos, doit être établi. Ce PV permet d'assurer une traçabilité de la mesure et de son déroulement. Il s'inscrit dans le dossier de la procédure et pourra faire l'objet d'un contrôle subséquent.

Afin de respecter les prescriptions constitutionnelles, cette procédure se déroule sous le contrôle de l'autorité judiciaire¹. À cette fin, le procureur de la République est informé « *dans les meilleurs délais* »² même si la prise de décision et son exécution incombe au seul OPJ. De même, lors de l'exécution d'une commission rogatoire, le juge doit être informé dans les meilleurs délais, selon l'art. 154 C. pr. pén. Cette exigence tend à assurer une surveillance effective de ce pouvoir de police judiciaire tel que le requiert l'article 66 de la Constitution. D'ailleurs, seule l'autorité judiciaire, à savoir le procureur de la République ou le juge

¹ L'art. 41 C. pr. pén. dispose que « *le procureur de la République contrôle les mesures de garde à vue* ». Lorsqu'une instruction est ouverte, le juge d'instruction prend le relais du procureur dans le contrôle de la mesure. L'art. 154 C. pr. pén. retient, en effet, que « *ce dernier (le juge d'instruction) contrôle la mesure de garde à vue* ».

² C. const. n°93-326 DC, 11 août 1993, relative à la garde à vue. Selon les sages, cette expression doit s'entendre comme « *prescrivant une information qui, si elle ne peut être immédiate pour des raisons objectives tenant aux nécessités de l'enquête, doit s'effectuer dans le plus bref délai possible de manière à assurer la sauvegarde des droits reconnus par la loi à la personne gardée à vue ; ... les mots « meilleurs délais » ne sauraient avoir pour portée de priver les magistrats concernés du pouvoir de contrôle qu'il leur appartient d'exercer* ».

d'instruction selon les hypothèses, est compétente pour prolonger la garde à vue pour une durée qui ne peut, en principe, dépasser vingt-quatre heures supplémentaires¹.

Malgré ces dispositions de contrôle des conditions de rétention par l'autorité judiciaire, l'intervention de la gardienne des libertés apparait, somme toute, relative. L'effectivité du contrôle s'en ressent, la protection des libertés en pâtit.

Deux causes empiriques peuvent être avancées. D'une part, le manque d'indépendance de ce magistrat du parquet ne permet de restituer – du moins de représenter – ce que l'autorité judiciaire véhicule de garantie². D'autre part, le manque de disponibilité du magistrat ne permet pas d'exercer un contrôle effectif, faute de se rendre sur les lieux de rétention³. Par conséquent, l'application du principe constitutionnel précité demeure purement hypothétique et verse dans l'onirisme en pensant que les agents habilités à le faire respecter sont dotés des attributs suffisants pour l'ancrer dans la réalité. La pratique ne le dément pas. Pour preuve, quelque soit le cadre juridique de la garde à vue, seul un OPJ est compétent pour prononcer cette mesure, le magistrat n'intervient donc qu'une fois la personne privée de sa liberté et au bout d'un délai maximal de vingt-quatre heures, ce qui laisse l'intéressé pendant ce temps à la seule disposition de la force publique. Les OPJ jouissent, de fait, d'un véritable pouvoir d'opportunité quelque soit le cadre juridique d'intervention. Comme l'a relevé un auteur⁴ : « *Du Code de procédure pénale, il résulte que les OPJ sont les véritables titulaires du pouvoir de décider une garde à vue, en appréciant eux-mêmes l'opportunité de cet acte, quel que soit le cadre juridique dans lequel l'enquête policière se déroule* »

Dans le cadre de la garde à vue, la police judiciaire jouit des pouvoirs les plus étendus dans un domaine qui est, pourtant, des plus sensibles, la privation de liberté. Le dispositif de surveillance judiciaire auquel elle est soumise n'est qu'un artifice de contrôle qui n'a

¹ L'art. 63 C. pr. pén. précise qu'il faut une autorisation écrite du procureur, en matière de flagrance. Dans le cadre de l'enquête préliminaire, les conditions sont plus strictes, puisque l'article 77 C. pr. pén. énonce que le PR ne peut accorder cette prolongation de 24 heures que si la personne lui a été préalablement présentée, toutefois, « à titre exceptionnel », la prolongation peut être accordée sans présentation, mais le législateur n'a pas précisé quelles situations cela recouvrait, se contentant d'exiger, dans ce cas, une « décision écrite et motivée » du procureur. Dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire, il revient au juge d'instruction de prononcer la prolongation par décision écrite, une fois que l'intéressé lui a été présenté. Mais « à titre exceptionnel », il peut, sans cette présentation préalable, autoriser la présentation par « décision écrite et motivée ». De manière générale, exception faite des mineurs qui doivent être impérativement présentés au magistrat, il n'est pas nécessaire de lui amener la personne sauf si lui-même l'exige.

² La question de l'indépendance du procureur de la République sera traitée par la suite (Titre 2, chap.2, I-B/, 2°)).

³ Christine LAZERGES, Députée, n°1468, Assemblée nationale 1999, p.19 regrettant que « *le contrôle du procureur de la République, pourtant explicitement prévu par la loi du 4 janvier 1993, demeure largement théorique* ».

⁴ Hartini MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, Thèse, LGDJ, 1996, n°749, p.618.

d'existence concrète que dans les textes et les agents de contrôle ne sont que les paravents judiciaires cachant à la Constitution la réalité des pratiques policières. Dans ce contexte, la police judiciaire se voit dotée d'une autonomie certaine dans l'exercice de son pouvoir de contrainte. Ce dernier trouve pleinement à s'exprimer au moyen de cette disposition. Le pouvoir de contrainte de la police judiciaire atteint son apogée dans ce pouvoir de rétention.

Pour compenser la prépotence policière, des garanties essentielles sont accordées au gardé à vue par des textes plusieurs fois remaniés. Là n'est pas tellement la préoccupation de notre sujet, c'est pourquoi nous esquisserons simplement les droits du gardé à vue sans en dépeindre le fond. Les garanties procédurales ont été particulièrement accrues par les lois des 4 janvier et 24 août 1993 mais c'est essentiellement au droit européen que nous devons l'essentiel des avancées en la matière.

Ils consistent dans les droits à notification de la nature de l'infraction, objet de l'enquête, à aviser sans délai l'une des personnes désignées, à un examen médical, au silence, à l'alimentation, à un médecin pour les investigations corporelles, à l'entretien avec un avocat, à un délai raisonnable d'implication¹.

Malgré la consécration de ces droits, l'équilibre auquel il est aspiré ne semble toujours pas atteint. En témoigne la polémique² qui enflamme autour de cette procédure avec pour toile de fond une jurisprudence récente de la Cour de Strasbourg³. Outre les contestations pour le recours abusif à ces procédures, celles-ci portent sur la présence de l'avocat dans son cadre. Suite à une affaire médiatique⁴, le bâtonnier de Paris, Christian Charrière-Bournazel, faisait par de sa véhémence en déclarant : « *toutes les procédures de garde à vue sont illégales* »⁵, excipant de la jurisprudence européenne. Il invitait alors tous ses confrères à contester ces procédures devant les juridictions.

¹ Ces droits sont énoncés de manière intelligible dans l'art. 327-4 de l'avant projet de réforme du C. pr. pén. et repris plus en substance aux articles 327-13 et s.

² On ne saurait énumérer tous les articles y afférent depuis la fin de l'année 2009. Ces titres affichent ostensiblement cette polémique : « Polémique autour de la garde à vue de mineurs à Paris, *Lemonde.fr*, 09/02/10. Celle-ci a été exacerbée

³ V. CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c/ Turquie* ; CEDH, 13 octobre 2009, *Dyanan c/ Turquie* ; CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c/ Pologne*. Certes, ces arrêts ne concernent pas directement la France mais posent pour principe la présence d'un avocat dès le début de la procédure et durant son déroulement.

⁴ Suite au placement en garde à vue d'une avocate, un vent de révolte a soufflé sur la profession s'insurgeant alors contre la pratique de la garde à vue. V. *Le Monde* édition du 19 novembre 2009.

⁵ Propos rapportée par le *Nouvel observateur* dans son article du 28 octobre 2009 intitulé « le système de garde à vue français, contraire aux droits de l'Homme ? ».

Les revendications portent sur la présence effective d'un avocat dès le début de la garde à vue, avant tout interrogatoire de la personne par les forces de l'ordre, et non pas à l'issue de la trente-sixième heures¹ ou de la soixante-douzième heures² comme cela peut être le cas selon les hypothèses. En outre, la communication à l'avocat des pièces de l'enquête de police constitue une autre réclamation³.

A l'heure où nous rédigeons ces lignes, une réforme de la procédure pénale est en cours laquelle est sur le point d'aboutir. Elle a d'ailleurs donné lieu à la rédaction d'un avant-projet de réforme du Code de procédure soumis à concertation. Ce dernier nous laisse ainsi percevoir les perspectives d'évolution en la matière⁴. Il assure un meilleur encadrement de cette procédure coercitive en la restreignant aux personnes pour lesquelles les faits soupçonnés sont passibles d'une peine de prison. L'art. 327-2 de cet avant projet reprend la formulation que l'on connaît pour la modifier *in fine* : « *Ne peuvent être placées en garde à vue que les personnes contre lesquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement* ». La présence de l'avocat est, quant à elle, renforcée avec une réminiscence possible à l'issue de la douzième heure et non plus au seul moment du renouvellement de la mesure. L'intervention de l'avocat est voulue plus efficiente par l'accès qui lui est fait aux pièces de la procédure ou par la possibilité d'assister aux auditions de son client dans l'hypothèse d'une prolongation (art. 327-17 avant projet C. pr. pén.).

Il est ainsi prévu d'assurer une meilleure protection des droits de la défense sans pour autant avilir le pouvoir de contrainte de la police judiciaire.

Cette mesure de privation de liberté prend fin avec la libération de l'intéressé ou son emprisonnement mais cette décision renoue avec l'intervention de l'autorité judiciaire qui, seule, décide de l'issue de la garde à vue.

Cette mesure ne représente pas le seul pouvoir dévolu à la force publique en la matière. La privation de liberté se présente, en effet, sous de multiples facettes qui reflètent la plénitude du pouvoir de contrainte de la police judiciaire.

¹ En matière de criminalité organisée (association de malfaiteurs, de proxénétisme ou d'extorsion de fonds aggravée).

² En cas de participation à un trafic de stupéfiants ou à un acte de terrorisme (art. 63-4 al.7 et 9 ; 77 et 154, dern. al. C. pr. pén.).

³ V. Didier REBUT, En l'absence d'instruction, il faut une communication des pièces de l'enquête de police, *La semaine juridique*, éd. Générale, n°29-30 du 13 juillet 2009.

⁴ Nous vous renvoyons, au surplus, aux dispositions exhaustives relatives à la garde à vue (Livre III, Titre II, Chap. VII de l'avant-projet de C. pr. pén. consultable en ligne depuis le 1^{er} mars 2010).

β – Les autres rétentions policières

Les rétentions policières ne s'épuisent pas par le placement en garde à vue. Cette mesure est si fréquemment usitée par les forces de l'ordre qu'elle tend à éclipser – du moins dans l'esprit des justiciables – les autres formes de rétentions. Pourtant, le pouvoir de contrainte des forces de l'ordre en matière de privation de liberté trouve à s'exprimer de bien d'autres manières.

La confusion avec la garde à vue est un lieu commun dont il conviendra de se préserver. Celle-ci est d'autant plus facile que les articles afférents à la garde à vue participent de cette confusion en recourant à la terminologie de rétention¹. Le critère de distinction nous semble être davantage la finalité de la mesure.

➤ **Rétention faisant suite à une mesure de garde à vue**

D'abord la distinction doit être faite entre la garde à vue et la mesure de rétention pouvant lui succéder ; celle-ci n'intervenant qu'aux seules fins de maintenir le suspect à la disposition de l'autorité judiciaire pendant le temps strictement nécessaire à son transfert.

Autrefois, la confusion était permise puisque la jurisprudence étendait la garde à vue par le défèrement au procureur de la République de la personne mise en cause, en justifiant des « *nécessités de l'enquête* »².

Désormais, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a marqué expressément la distinction entre la garde à vue et la rétention y faisant suite dans l'attente d'un défèrement. Ce dernier est maintenant soumis à un régime juridique différent puisqu'il ne répond plus de la logique de la garde à vue. Ainsi, à l'issue de cette dernière, la personne déférée, qui ne peut comparaître le jour même devant le procureur de la République³, puisse être retenue à cette fin dans des locaux de la juridiction spécialement aménagés durant un délai qui ne peut excéder vingt heures, délai pendant lequel la personne a le droit de faire prévenir un proche, d'être examinée par un médecin et de s'entretenir avec un avocat⁴. Ce délai ne commence à courir qu'à compter de la mainlevée de

¹ Les articles 63, al. 2 et 77, al. 1^{er} C. pr. pén., précisent que les personnes gardées à vue ne peuvent être « *retenues* » plus de vingt-quatre heures.

² Crim., 4 janv. 2005 : *Juris-Data* n° 2005-026708

³ Art. 803-2 C. pr. pén.

⁴ Art. 803-3C. pr. pén.

la garde à vue, celle-ci ne devenant effective qu'au moment de la notification de la fin de la garde à vue¹.

L'extension, autrefois admise par la jurisprudence, de la garde à vue dans l'attente du défèrement se comprenait au regard des considérations pratiques. Cette loi est intervenue pour marquer dans les textes ce que la pratique dictée. Néanmoins, elle en a profité pour créer un nouveau régime de privation de liberté ménageant dans le même temps le délai de garde de vue. Celui-ci n'est donc plus amputé par la durée nécessaire au défèrement et peut donc être tout entier tourné vers les réelles « nécessité de l'enquête ».

Force est de constater que cette rétention n'est que l'ersatz de la garde à vue : sans s'y confondre, elle présente une analogie troublante.

➤ **Rétention aux fins d'audition**

Depuis les lois n° 2000-516 du 15 juin 2000 et n° 2002-307 du 4 mars 2002, quelque soit le cadre d'enquête (flagrance, préliminaire ou l'exécution d'une commission rogatoire), les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction, ne peuvent être retenues que le temps strictement nécessaire à leur audition². Ces législations viennent rompre avec les dispositions antérieures permettant (sauf en cas de flagrance) de garder à vue l'ensemble des personnes susceptibles d'avoir un lien avec la commission d'une infraction, quel que soit le degré ou la nature de ce lien. La personne concernée pouvait être un mis en examen ou un simple témoin³ ; seules « les nécessités de l'enquête » importaient. La distinction du régime de témoin et de suspect revêt désormais tout son intérêt.

Dans ce contexte, la garde à vue s'efface pour laisser place à la rétention aux fins « d'audition ». L'OPJ n'a pas à interroger la personne mais à recevoir ses déclarations. Cependant, en mettant l'accent sur « l'audition » de la personne retenue, en cas de garde à vue, la Cour de cassation rend malaisée la distinction entre celle-ci et la rétention policière⁴.

¹ Crim., 26 octobre 2004 : *Juris-Data* n° 2004-025785

² Les articles respectivement applicables suivant les cadres d'enquêtes sont les suivants : art. 62 dernier al. ; art. 78, al. 2 et art. 153, 1er al. C. pr. pén.

³ Des exceptions existent pour certaines personnes protégées par une inviolabilité, comme pour les parlementaires, exception faite toutefois des cas de flagrance. Les consuls et diplomates bénéficient aussi de cette protection, aux termes de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 et du 24 avril 1963, ratifiées par les lois du 20 novembre 1969.

⁴ V. Crim., 11 juillet 1994

➤ **Rétention d'un mineur**

De même les mineurs de treize ans, s'ils ne peuvent être placés en garde à vue, peuvent en revanche être retenus à partir de l'âge de dix ans, lorsqu'il existe des indices graves ou concordants laissant présumer qu'ils ont commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement, avec l'accord préalable et sous le contrôle d'un magistrat du Ministère public, d'un juge d'instruction spécialisé dans la protection de l'enfance ou d'un juge des enfants, pour une durée que ce magistrat détermine et qui ne saurait excéder douze heures. Une prolongation pour une même durée par ce magistrat est cependant possible, après présentation du mineur devant lui, sauf si les circonstances rendent cette présentation impossible. Cette retenue est strictement limitée à la déposition du mineur et à sa présentation devant le magistrat compétent ou à sa remise à ses parents, au tuteur ou à la personne à qui il a été confié¹.

Toutefois, le législateur a pris soin d'étendre, au mineur de treize ans retenu, le bénéfice des droits reconnus au mineur gardé à vue, ce qui atteste, à nouveau, de la très relative distinction entre les deux mesures et traduit la grande lucidité de la loi sur la nature profonde de cette rétention du mineur de treize ans². La présence de l'avocat est même ici une obligation puisque, si le mineur ou ses représentants ne le désigne pas, le magistrat ou le policier doivent, dès le début de la retenue, informer « *par tous moyens* » et « *sans délai* » le bâtonnier pour que soit commis un avocat d'office.

➤ **Rétention dans le cadre du Code de la route**

Le placement en garde à vue ne doit intervenir que lorsqu'il en va du bon déroulement de l'enquête. Il est des hypothèses, comme en matière de circulation routière, où l'acte d'administration de la preuve ne le requiert pas. Dans ce cas, le législateur prévoit, à titre subsidiaire, que l'OPJ et l'APJ disposent du pouvoir de retenir le conducteur d'un véhicule automobile pendant le temps strictement nécessaire au dépistage ou à la vérification des opérations prévues aux articles L. 234-3 et s. C. route. La Cour de cassation rappelle la

¹ Ord. n° 45-174, 2 février 1945, art. 4, rédaction L. n° 2002-1138, 9 septembre 2002, art. 16.

² Dans le même sens, J. Brandeau, Vers un triple régime de la garde à vue des mineurs : *Gaz. Pal.* 1994, 2, doctr. p. 968.

finalité probatoire de cette mesure coercitive qui doit s'inscrire dans une temporalité proximale¹.

Finalement, ce n'est là qu'une considération de pur fait. En effet, la loi ne saurait conférer à l'OPJ ou l'APJ un pouvoir de contrainte exprès sans les doter d'un titre de contrainte afin de pouvoir l'exercer. Le législateur susciterait, paradoxalement, un vide juridique défini comme « *une inadéquation entre la mission légalement impartie et les moyens juridiques accordés* »².

➤ **Retenue en matière de répression de l'ivresse publique**

Pour rester dans le domaine de l'ébriété, le législateur prévoit que toute personne trouvée en état d'ivresse publique sera par mesure de police ou de gendarmerie conduite « *à ses frais au poste le plus voisin ou dans une chambre de sûreté, pour y être retenue jusqu'à ce qu'elle ait recouvré sa raison* »³. Derrière ce pouvoir de contrainte, la force publique s'assure du respect de l'ordre public, prenant, ici, les traits d'une mesure de salubrité publique. De la sorte, on pourrait y voir une mesure de police administrative. La remarque est purement platonique puisque nous n'avons que faire de cette distinction artificielle.

Il va de soi qu'aucun placement en garde à vue n'est envisageable tant que la personne n'a pas recouvré la raison⁴. L'état d'ébriété dans lequel se trouve la personne interpellée est, en effet une circonstance insurmontable l'empêchant de comprendre la portée des droits qui auraient pu lui être notifiés. Cependant, cette circonstance ne dispense pas l'OPJ de son devoir d'information à l'égard du procureur de la République jusqu'à la notification effective des droits. Toutefois, une fois que la personne a recouvré sa lucidité, elle peut être placée en garde à vue sauf à ce qu'elle consente à être entendue librement.

Ce pouvoir de contrainte est ancien puisqu'on le retrouvait sous l'art. L.76 du Code des débits et boissons. Pressé par l'urgence du désordre public, ce pouvoir aboutit à la rétention d'une personne sans aucun contrôle juridictionnel, sans aucune limite horaire ; l'imprécision des dispositions donnant de fait aux agents une compétence très étendue, quant à la décision et à l'exécution de la mesure.

¹ Crim., 21 juin 2006, PG-CA Chambéry : *JurisData* n°2006-034523. En l'espèce, les gendarmes avaient procédé au contrôle de l'alcoolémie du conducteur d'une automobile dans la brigade de gendarmerie la plus proche dotée d'un éthylomètre aux fins de vérification de son alcoolémie, le premier contrôle ayant été effectué à 4h30 et le second à 5h30, à l'issue duquel le mis en cause avait été laissé libre.

² J. BUISSON, thèse *op. cit.*, t.2, p. 520.

³ Art. L. 3341-1 CSP - D. 20 mai 1903, modifié D. 22 août 1958, art. 308.

⁴ Crim., 11 janvier 2001 : *Juris-Data* n° 2001-008733 ; *Dr. pén.* 2001, comm. 107, note A. Maron

➤ **Rétention consécutive à une arrestation**

Lorsque l'arrestation n'est pas le fait de la police judiciaire mais d'un particulier, conformément aux dispositions des articles 24 et 73 C. pr. pén., celle-ci ne peut retenir le délinquant que pour le temps strictement nécessaire à sa remise à un OPJ¹. La retenue doit, par conséquent, être brève². En reconnaissant un pouvoir d'arrestation à cette personne privée, le législateur lui reconnaît, de fait, un pouvoir de rétention consubstantiel.

Dans d'autres hypothèses³, certaines arrestations requièrent une retenue policière dans l'attente d'une présentation de l'individu au magistrat compétent, juge d'instruction ou procureur de la République.

La retenue n'intervient, une fois de plus, que le temps strictement nécessaire à la présentation de la personne devant l'autorité compétente et est mentionnée au procès-verbal de mise à exécution du mandat. Tel était, du reste, l'unique but de la garde à vue avant qu'elle ne fût réglementée en 1958, d'où peut-être la confusion dans les termes à l'article 307 du décret du 20 mai 1903.

Toutefois, si l'interrogatoire ne peut être immédiat, la personne « arrêtée » peut être retenue pendant une durée maximum de vingt-quatre heures suivant son arrestation⁴. On distinguera désormais, depuis la loi du 9 mars 2004, les mandats d'amener et d'arrêt évoqués du mandat de recherche délivré par le procureur de la République (en cas d'infraction flagrante punie d'au moins trois ans d'emprisonnement) ou le juge d'instruction : ce mandat a pour objet de rechercher la personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction et de la placer précisément en garde à vue⁵.

¹ Cf. *supra* (Titre 1, Chap. 2, I-,A/,1°),a),a-).

² Il a été jugé qu'une retenue de plus de sept heures avant d'appeler la police est une séquestration arbitraire : Crim., 16 février 1988 : *Bull. crim.* 1988, n° 75.

³ Uniquement en cas d'infraction flagrante ou bien en exécution d'un mandat d'amener ou d'arrêt.

⁴ Art. 125 et 133 C. pr. pén.

⁵ Art. 70 et 122 C. pr. pén.

➤ Vérification d'identité

Comme l'ont relevé certains auteurs, « *la vérification d'identité cache, sous ce terme anodin, une véritable privation de liberté temporaire durant le temps nécessaire à l'établissement de l'identité* »¹.

La rétention se définit ici comme la détention d'une personne aux fins de découvrir son identité. À l'instar de toute mesure de contrainte, la rétention doit répondre à un « *cas de nécessité* » (art. 78-3, al.1^{er} C. pr. pén.). Appliquée à cette mesure, la rétention ne peut excéder le temps strictement exigé par l'établissement de l'identité et le législateur limite à une durée maximale de quatre heures à partir du début du contrôle d'identité. Or, elle ne peut être mise en œuvre que dans l'hypothèse où « *la personne contrôlée se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité* ». Il est alors prévu que l'intéressé peut être conduit dans un local de la police ou maintenu sur place i.e. dans un véhicule automobile, dans la rue, à son domicile, etc.

À supposer que la personne refuse de collaborer à cette vérification ou qu'elle fournisse des renseignements manifestement inexacts, l'OPJ peut alors procéder à une prise d'empreintes digitales ou de photographies. Mais encore faut-il qu'au préalable ces mesures aient été autorisées par un magistrat (procureur de la République ou juge d'instruction) et qu'elles constituent de surcroît l'unique moyen d'établir l'identité de la personne. Précisons enfin que le refus de se prêter à ces mesures fait encourir à son auteur une peine de trois mois d'emprisonnement et 3.750€ d'amende. En outre, l'opération peut déboucher sur le placement en garde à vue.

Comme nous en avons déjà référé précédemment, la garantie que représente le contrôle de l'autorité judiciaire² semble assez dérisoire du fait de sa surcharge de travail, notamment dans le cadre de la surveillance des mesures de gardes à vue. Par conséquent, ces vérifications d'identité incombent, en fait, totalement aux OPJ. Le constat est pour le moins récurrent : cette mesure de contrainte relève, peu ou prou, de la seule force publique.

¹ Nelly FERREIRA, *op.cit.*, p.417.

² Ce contrôle répond ainsi, selon le Conseil constitutionnel, à l'exigence de l'intervention de l'AJ : décision n°80-127 des 19-20 janvier 1981, Sécurité et liberté, Rec p.15, cons. 3 : « *l'intervention d'un magistrat du siège pour autoriser, dans ce cas, la prolongation de la GAV, est nécessaire conformément aux dispositions de l'article 66 de la Constitution* ». Décision n°86-211 DC du 26 août 1986, Rec p.120, cons. 3 : « *les dispositions de la loi relative aux contrôle d'identité (...) ne sont pas, sous les conditions de forme et de fond énoncées (...) et compte tenu en particulier du rôle confié à l'autorité judiciaire, contraires à la Constitution* ».

➤ **Rétention douanière**

Les perspectives de rétention ne sont pas exclusivement policières mais peuvent être aussi douanières. L'article 323 Code des douanes dispose ainsi que les agents des douanes peuvent procéder à la capture des auteurs d'infractions douanières flagrantes ; la durée de la retenue ne saurait excéder vingt-quatre heures, sauf prolongation d'une même durée autorisée par le procureur de la République. Ce dernier peut désigner un médecin.

Le Code des douanes semble bien distinguer cette rétention de la garde à vue ; preuve il en est, le dernier alinéa de l'article précité retient : « *lorsque les personnes retenues sont placées en garde à vue au terme de la retenue, la durée de celle-ci s'impute sur la durée de la garde à vue* ». De même, la chambre criminelle entérine la distinction tout en la relativisant : « *l'imputation de la retenue douanière sur la durée de la garde à vue a seulement pour objet de limiter la durée maximale de privation de liberté de la personne en cause et est sans effet sur les régimes respectifs de ces mesures* »¹.

Mais, eu égard aux grandes similitudes entre la garde à vue et cette rétention, leur parenté est proche : possibilité de procéder à des interrogatoires, examen médical, finalité non précisée, contrôle du procureur de la République. Cela tient, on le sait, à la nature exorbitante du droit douanier sur la légitimité duquel on ne cessera de s'interroger (il est vrai qu'avant la loi du 8 juillet 1987 modifiant l'article 323 du Code des douanes, la pratique de la retenue n'était pas réglementée, ce qui était pire). La retenue douanière semble donc bien être une garde à vue qui ne dit pas son nom.

Le fait que cette mesure ne soit du ressort des policiers, entendus *stricto sensu*, pourrait-on y voir une nouvelle tempérance à la mise en œuvre de la contrainte par la seule police judiciaire. Il n'en est rien. En effet, les douaniers ne jouissent pas de pouvoir qui leur est propre, ils sont simplement dotés de certaines attributions de police judiciaire. L'art. 28 C. pr. pén. évoque, à cet égard, « *les fonctionnaires et agents des administrations et services publics auxquels des lois spéciales attribuent certains pouvoirs de police judiciaire* ». Sous le bénéfice de cette observation, les agents des douanes sont investis de pouvoirs de police judiciaire par plusieurs lois spéciales². Par conséquent, le pouvoir de contrainte qui se manifeste par cette faculté de rétention ne sort pas de la sphère de la police judiciaire.

¹ Crim., 25 avril 2001 : *Juris-Data* n° 2001-009716 ; *Dr. pén.* 2001, comm. 108, note A. Maron.

² L. 30 décembre 1986.

Le pouvoir de rétention se décline donc sous bien des aspects. Bien qu'elle soit toujours relative à la durée nécessaire à la finalité de la mesure, la rétention n'en demeure pas moins privative de liberté. Cette diversification participe donc de l'extension du pouvoir de privation de liberté. Or, il ne saurait y avoir de pouvoir plus coercitif que le présent sauf peut-être ceux portant atteinte à l'intégrité physique.

2°) Atteintes à l'intégrité physique

L'intégrité physique est, sans doute, la première exposée lors du déploiement du pouvoir de contrainte par la police judiciaire. Alors que les fouilles à corps apparaissent comme le pouvoir traditionnel générant ces atteintes, d'autres pouvoirs sont apparus plus récemment suite à l'évolution des données de la technique. Ils ont une vocation probatoire puisqu'ils y sont recourus aux fins de comparaisons et identifications (b).

a) Fouille à corps

La coercition atteint son paroxysme lorsqu'elle affecte l'enveloppe corporelle de la personne. Ainsi en est-il de la palpation de sécurité, plus encore de la fouille corporelle. Toutefois ces deux notions, bien que souvent confondues, doivent être distinguées¹.

La palpation de sécurité est une procédure de sécurisation consistant en une investigation sommaire aux fins de vérifier la nature des objets, notamment la dangerosité, que l'individu pourrait porter. Elle consiste en un examen rapide, un contact fugace, une investigation parcourant le corps de l'individu sans ne jamais s'y arrêter ou insister. Toutes personnes procédant à l'appréhension de l'auteur présumé d'un flagrant délit peuvent procéder à cette simple mesure de police². Les objets alors découverts sont saisis immédiatement, pour être

¹ Certains auteurs prônent, au contraire, l'assimilation des deux notions. Pour Roger MERLE et André VITU, il s'agit de montrer que la palpation n'est pas un procédé anodin : *Traité de droit criminel*, 1967, Cujas, n°978. Mais pour les autres, il s'agit surtout d'éviter d'entourer la fouille de trop de garanties banalisant cette opération par son identification à la palpation. Michel PEDAMON érige ainsi la palpation en première étape de la fouille, les deux éléments ne formant qu'un tout, même s'il admet qu'ils sont ni indissociables, ni indispensables l'un à l'autre : La fouille corporelle, *RSC*, 1961, p.477. De même, la fouille ne serait qu'un élément accessoire d'une détention, arrestation ou garde à vue. Pour Louis LAMBERT, « *palper, c'est déjà fouiller* », et la distinction ne peut servir qu'à empêcher les agents d'agir efficacement en les soumettant à des formalités tatillonnes. « Le terme palpation n'est qu'une de ces inventions irritantes du byzantisme contemporain et ce mot ne saurait figurer dans une procédure sérieuse (...) que tout individu jugé suspect par la police, dans la rue, dans un lieu public, la nuit surtout, puisse être, sans histoire, interpellé, questionner sur son identité (...) et qu'il puisse être sans histoire, selon son attitude et ses réponses, fouillé immédiatement de la façon qu'il faut ». *Traité de droit pénal spécial*, Editions Police-Revue, 1968, p. 261-262.

² BESSON, VOUIN, ARPAILLANGE, *Code annoté de procédure pénale*, ss. art. 76.

remis à l'OPJ aux fins de saisie dans les formes de droit¹. La palpation de sécurité n'est soumise à aucune condition de formalité si ce n'est la proportionnalité. En revanche, la chambre criminelle assimile la fouille à corps à une perquisition². Cette différence de nature juridique s'explique par une différence de degré.

Si palpation de sécurité et fouille corporelle ont souvent une même finalité immédiate de sécurité, elles ne revêtent pas le même degré de contrainte. La fouille corporelle est un examen minutieux de l'intéressé et de ses vêtements afin de procéder à la saisie des objets ainsi découverts³. Elle apparaît ainsi comme une mesure coercitive pouvant être « *exécutée par la force* »⁴. C'est pourquoi le juge est venu réglementer cette procédure en lui appliquant le régime de la perquisition⁵, alors qu'autrefois, elle ne semblait subordonnée à aucune condition. Par suite, ce pouvoir coercitif est à la seule disposition des OPJ.

Toutefois, dans la pratique, on assiste à un « dévoiement de procédure » : prétextant effectuer une simple palpation de sécurité, les forces de l'ordre se livrent en fait à une véritable fouille. Dans ce contexte, les OPJ jouissent d'un véritable pouvoir d'opportunité dans le choix du procédé et dans sa mise en œuvre. Par cette confusion entretenue entre les deux notions, la fouille corporelle tend à la banalisation. La facilité avec laquelle elle est diligentée s'explique par son double objectif. Non seulement, elle est une mesure de recherche coercitive tendant à la manifestation de la vérité mais surtout elle s'apparente à une mesure de sécurité protégeant la personne contre elle-même et les agents contre cette dernière. Réduite en une simple formalité, son caractère coercitif est trop souvent inconsideré. En toute situation, la décision de la fouille corporelle incombe aux agents de la force publique, sans que le juge intervienne ; en tant que moyen coercitif, elle relève des seuls OPJ. La palpation de sécurité confirme que ce pouvoir de contrainte est le propre de la police judiciaire, puisque considérée comme non coercitive, elle n'est pas de l'exclusivité de la police judiciaire mais peut être le fait de tout citoyen.

La fouille corporelle a une double finalité : sécuritaire et probatoire. Le pouvoir de contrainte peut aussi apparaître nécessaire aux fins de comparaisons et identifications.

¹ Cf. *infra* Titre 1, Chap.2, I-, B/, 2°).

² Crim, 22 janvier 1953 : *JCP* 53, II, 7456.

³ Michel PEDAMON, art. préc. p. 467 : la fouille présente donc deux aspects : « *un aspect personnel en ce qu'elle affecte dans son être l'individu fouillé, un aspect matériel en ce qu'elle le prive de la jouissance des biens qui lui sont provisoirement ou définitivement retirés* ».

⁴ Etienne PICARD, Police et secret des données d'ordre personnel en droit français, *RSC*, 1993, p.288.

⁵ Ce régime sera étudié plus en aval (Cf. *infra* : Titre I, Chap.2, I,B/,1°)).

b) Contrainte nécessaire aux comparaisons et identifications

L'administration de la preuve apparaît comme le vecteur directeur de l'action de la police judiciaire en ce qu'elle conditionne la manifestation de la vérité. Elle va même jusqu'à permettre à la force publique de recourir à des prélèvements d'échantillons humains aux fins de comparaisons et d'identifications. Étant attentatoires à l'intégrité physique et à la dignité de la personne humaine, ces procédés ne peuvent être employés sans l'assentiment de la personne qui en fait l'objet. Certains auteurs concluent alors qu'il n'y a là aucune mesure coercitive mais, ils se fourvoient. La contrainte est pernicieuse : par la menace que les forces de l'ordre font peser sur l'intéressé¹, ils exercent une réelle contrainte psychologique. Cette dernière permet, par le truchement de la sanction, de s'assurer d'une contrainte physique effective. La contrainte va crescendo selon que le prélèvement est interne (α) ou externe à l'individu (β).

α - Le prélèvement sanguin sur l'auteur présumé d'une infraction

Ce procédé s'inscrit dans une double perspective : soit pour rapporter la preuve de la culpabilité de l'auteur présumé de l'infraction soit pour rassurer la victime d'une infraction sexuelle sur le risque de transmission d'une maladie. Quoiqu'il en soit, dans chacun des cas, ce prélèvement sanguin portera sur la seule personne du délinquant. Ce dernier deviendra, au sens propre, le support de la mesure.

➤ **Un prélèvement aux fins probatoires**

Ces prélèvements s'effectuent, comme à l'accoutumé, dans les différents cadres d'enquêtes sur une personne mise en cause dans une procédure judiciaire. Ainsi, dans le cadre de l'instruction le juge peut, en vertu de l'art. 81 al.7 C. pr. pén., « *prescrire un examen médical, un examen psychologique ou ordonner toutes mesures utiles* ». Les termes sont suffisamment ouverts pour laisser une large place à l'imagination. Par exemple, il pourrait être recouru à ce prélèvement afin de comparer l'A.D.N. (ou toutes autres traces biologiques) de l'auteur présumé avec celui retrouvé sur la victime de l'infraction². De même, en matière

¹ Est constitutif d'un délit le fait, pour la personne qui en est légalement l'objet, de refuser de se soumettre à l'un des actes de prélèvements externe et de signalisation (art. 55-1, al. 3 C. pr. pén.), ou au prélèvement aux fins de dépistage (art. 706-47-2, dern. al. C. pr. pén.).

² Cette analyse de l'A.D.N s'opère concrètement par prélèvement d'un élément corporel tel que salive, sang, sperme, os, muscle, etc.

d'enquête préliminaire, dès lors qu'il s'inscrit dans le cadre des « *examens techniques ou scientifiques* », ce prélèvement peut trouver à s'appliquer¹.

Cette mesure est particulièrement sollicitée dans le domaine de la circulation routière où l'ivresse manifeste accompagne malheureusement trop souvent les accidents de la circulation ; elle est d'ailleurs obligatoire en cas d'infraction ou lorsque l'accident a causé un dommage corporel². Plus marginalement, la victime peut aussi faire l'objet de ce contrôle.

Dès lors que des indices peuvent laisser présumer l'état d'imprégnation alcoolique, suite au plus simple constat du policier ou suite aux épreuves de dépistage, les forces de l'ordre feront établir les vérifications destinées à établir la confirmation³. Celles-ci peuvent être de deux sortes : d'une part, au moyen d'analyses et examens médicaux, cliniques et biologiques, d'autre part au moyen d'un appareil permettant de déterminer le taux d'alcool par l'analyse de l'air expiré⁴. Ce dernier contrôle dit « alcootest » permet de préserver l'intégrité physique de la personne. C'est pourquoi, il est laissé à l'entière compétence des forces de l'ordre.

La loi du 12 juillet 1978⁵ a étendu le pouvoir de vérification des forces de l'ordre en les autorisant à procéder à ce type de contrôle (par alcootest), que ce soit sur leur initiative ou celle du procureur, même en l'absence d'accident ou d'infraction⁶. Dans ce contexte, le contrôle par alcootest constitue le principe et le prélèvement sanguin l'exception. Ainsi la police judiciaire ne pourra y recourir y qu'à titre subsidiaire i.e. « *en cas d'impossibilité (pour l'intéressé) de subir ces épreuves (de dépistage) résultant d'une incapacité physique attestée par le médecin requis* », selon l'art. L.234-9 al.3 C. route. Ces procédures de contrôle

¹ Art. 77-1 C. pr. pén.

² V. Jean LARGUIER, L'alcool, la police et le sang, D. 1962, chr. II, p. 10.

³ En vertu de l'art. L.234-4 C. route. L'apparence d'une ivresse autorise le dépistage par alcootest, qui peut être suivi par une prise de sang. L'état d'ébriété doit être visible, par des indices tel le fait que la personne ait un comportement « *incohérent et excessif* » (Crim. 6 février 1990, Juris. auto 1990, p. 100), ou qu'elle « *circulait dangereusement en zigzaguant sur la chaussée* » (Crim. 21 janvier 1992, Juris. auto 1992, p. 187).

⁴ Art. L. 234-4 al.3 C. route.

⁵ Loi n° 78-732 du 12 juillet 1978, inséré dans l'ancien art. L.1 C. route (devenu L.234-9). La circulaire du 14 décembre 1990 assouplit la mise en œuvre de ces contrôles préventifs d'alcoolémie puisque le procureur de la République n'a plus à déterminer préalablement les lieux et dates des opérations. De plus, lorsque la mesure est initiée par l'OPJ, il n'a plus besoin d'être sur place : il peut en donner l'ordre à l'APJ en lui mentionnant les lieux. Cela est possible car le procédé ne touche pas l'intégrité physique : Crim. 3 juillet 1996, Hardouin, *Juris-Data* n°003907 ; *Jur.-clas. procéd.* décembre 1996, n°364 ; en l'espèce, un gardien de la paix qui procédait à un contrôle routier, avait demandé, par radio, à l'OPJ d'opérer un contrôle d'alcoolémie qui, aux termes de l'art. L.234-9, al.1^{er} C. route, doit s'exercer « *sur l'ordre et sous la responsabilité des OPJ* », cette phrase n'impliquant pas leur présence.

⁶ Alors qu'auparavant, cela était impossible : Crim. 29 juin 1961, D. 1961, p. 537 : « *les vérifications ne sont pas autorisées à l'encontre du conducteur d'un véhicule, quel que soit son comportement, au seul effet de rechercher si ce comportement n'est pas dû à l'influence de l'état alcoolique* ». L'intéressé pouvant donc refuser légalement le prélèvement si aucun accident ou infraction n'avait eu lieu.

spontanées des forces de l'ordre s'inscrivent dans le cadre d'une politique de prévention et s'apparentent davantage à une mesure de police administrative. Dès que la présomption d'un état alcoolique apparaît, suite aux procédures de dépistage ou suite au refus de la personne de s'y soumettre, cette mesure se substituera en une opération de police judiciaire du fait de la présomption d'infraction de la conduite en état d'ébriété. Nous retombons alors sous l'empire de l'art. L.234-9 C. route où un contrôle par alcootest peut être effectué, à titre principal, et une prise de sang, à titre subsidiaire.

La compétence décisionnelle est donc à l'entière disposition des OPJ ou des APJ agissant sous leur contrôle quand bien même cette mesure est potentiellement attentatoire à l'intégrité physique des personnes lorsqu'il est recouru à un prélèvement par prise de sang. Certains justifieront que ces procédés n'emportent aucune obligation pour l'intéressé de s'y soumettre puisque son refus se résout en une sanction¹. D'autres rétorqueront avec sagacité que si « *le refus crée une présomption fâcheuse pour celui qui sait dire non, peut-on vraiment parler de liberté de refus, si le refus de preuve sert de preuve ?* »². Le refus de se soumettre à ces vérifications constitue *ipso facto* une infraction et non une « présomption d'infraction » comme l'évoquent certains auteurs³. Par suite, le choix de l'individu semble tracé par les dispositions de la loi. Entre la potentialité d'une culpabilité s'il s'y soumet et une culpabilité certaine s'il s'y refuse, l'hésitation n'est pas permise. La contrainte exercée sur l'individu est telle qu'il se soumettra « volontiers » à la vérification par alcootest ou par prise de sang.

Cette constatation peut être reprise pour les nouveaux types de prélèvement que nous avons succinctement évoqué précédemment (prélèvement génétique). La contrainte psychologique, précédant la contrainte physique, est tout aussi sensible puisque la personne qui aura refusé ces examens pourra être sanctionnée. Pis, des conséquences hâtives s'ensuivent : l'enquêteur y verra un indice de culpabilité et l'opinion publique un aveu de culpabilité tout acquis. Le principe de la volonté individuelle est enserré si vigoureusement par la contrainte que la personne pourra difficilement refuser les tests portant atteinte à son intégrité physique.

➤ **Un prélèvement aux fins sanitaires**

L'OPJ peut faire effectuer, sur la personne soupçonnée de viol ou encore d'atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans, un prélèvement et un examen médical aux fins de

¹ L'art. L. 234-8 C. pr. pén. prévoit une sanction de deux ans d'emprisonnement et 4.500 € d'amende.

² Jean LARGUIER, art. préc. p. 13.

³ Nelly FERREIRA, *op.cit.*, p. 433.

détection d'une éventuelle maladie sexuellement transmissible, le médecin requis devant « s'efforcer d'obtenir le consentement de l'intéressé »¹.

Le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution en opérant une « conciliation entre l'atteinte portée à l'intégrité d'une personne (innocente ou non) et la menace qui pèse sur une autre personne, au regard de l'obligation qui pourrait être la sienne de subir un traitement préventif lourd »².

A la demande de la victime ou lorsqu'un intérêt le justifie, le prélèvement peut être opéré, sans le consentement de l'intéressé, sur instructions écrites du procureur de la République³. Le Conseil constitutionnel a souligné qu'en cas de demande de la victime, l'autorité judiciaire dispose « de toute latitude d'appréciation » lorsque la victime demandera un tel prélèvement et qu'elle pourra, « lorsque la nature de l'infraction ne comporte pas de risque pour la santé de la victime, ne pas donner suite à la demande de celle-ci ».

La contrainte rejoint le même schéma que celui sus exposé : soit l'auteur présumé de l'infraction se soumet à la prise de sang soit il encourt, en sus, une peine d'un an d'emprisonnement et 15.000€ d'amende. Toutefois, la contrainte est ici redoublée pour revêtir une dimension pleinement « physique ». Bien que cela puisse se comprendre au regard des intérêts de la victime, les forces de l'ordre peuvent enjoindre l'auteur présumé de l'infraction à s'y soumettre nonobstant son opposition. La contrainte autrefois adoucie rejoint alors la coercition dans ce qu'elle a de plus véhémente puisqu'elle peut désormais attenter directement à l'intégrité physique de l'intéressé.

β - Le prélèvement externe sur toute personne témoin ou mis en cause

Dans le cadre de son enquête l'OPJ, ou l'APJ placé sous son contrôle, peut aussi faire procéder à des prélèvements externes sur toute personne, qu'elle soit mise en cause ou simple témoin. Le procédé s'étend alors au témoin, non plus au seul auteur présumé de l'infraction.

¹ Art. 706-47-2, al. 2 C. pr. pén.

² B. MATHIEU et M. VERPEAUX : JCP 2004, I, 135, n°20.

³ Art. 706-47-2, al. 2 C. pr. pén.

La loi du 18 mars 2003 a prévu la faculté, pour l'OPJ de procéder, sur ces personnes, à des prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examens techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête¹.

L'OPJ peut également procéder aux opérations de « signalisation », i.e. principalement à la prise d'empreintes digitales ou palmaires et de photographies, l'ensemble de ces opérations étant nécessaire à l'alimentation et à la consultation des fichiers de police².

Le Conseil constitutionnel a, après avoir défini la notion de témoin et souligné que les empreintes génétiques des témoins ne pouvaient être conservées dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques, considéré que « dans ces conditions », les témoins visés ne sont pas définis de façon trop imprécise ni soumises par ce texte à une rigueur non nécessaire au sens de l'art. 9 DDHC³.

Après avoir affirmé que ce prélèvement ne comporte « aucune intervention corporelle interne...aucun traitement douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des intéressés..., n'affecte pas la liberté individuelle de l'intéressé... », le Conseil a estimé qu'il n'impose à la personne mise en cause « aucune rigueur qui ne serait pas nécessaire ». Mais il n'a pas précisé, comme le sollicitaient les auteurs de la saisine, ce qu'il en allait, sur ce point, pour les simples témoins.

Enfin, il a prévu une réserve d'interprétation. Affirmant que ces « prélèvements externes ne portent pas atteinte à la présomption d'innocence (et) pourront, au contraire, établir l'innocence des personnes qui en sont l'objet », et qu'ils ne comportent pas de « voies d'exécution d'office », le Conseil constitutionnel a considéré que le quantum de la peine prévue en cas de refus n'était pas disproportionné et qu'il n'appartiendra au juge répressif de proportionner la peine d'amende « à celle qui pourrait être infligée pour le crime ou le délit à l'occasion duquel le prélèvement avait été demandé »⁴.

À l'instar des prélèvements intrinsèques à la personne, ces prélèvements externes puisent leur contrainte dans la menace d'une sanction qu'ils suspendent à la décision de

¹ Art. 55-1, al.1 C. pr. pén.

² Art. 55-1, al. 1^{er} C. pr. pén.

³ C. const., 13 mars 2003, déc. n°2003-467 DC, § 54.

⁴ *Ibid.*, § 55 à 57

l'auteur présumé¹, telle une épée de Damoclès. Toutefois, la contrainte revêt un champ d'application *ratione personae* plus étendu en ce qu'elle englobe le mis en cause et le témoin.

La police judiciaire dispose, dans l'administration de la preuve, de pouvoirs de contrainte étendus. Quoique ces pouvoirs mériteraient davantage à être analysés en une simple faculté parce qu'ils sont soumis à l'assentiment de l'intéressé. La police judiciaire retrouve sa pleine compétence coercitive dès lors que le consentement n'est plus requis ou est acquis, si tant est qu'il n'est pas déjà présumé en pratique (par la contrainte psychologique pesant sur l'individu).

La contrainte ne concède que peu de son pouvoir. Ce dernier est d'ailleurs maintenant reconnu alors qu'auparavant l'OPJ ne disposait pas expressément de ce pouvoir de prélèvement ou de signalisation, pourtant indispensable à l'accomplissement de sa mission. Ce prélèvement était alors analysé en un accessoire indispensable aux constatations sur la personne, lesquelles lui imprimaient leur régime juridique. Les dispositions régissant ces opérations de constatations sont donc venues combler un vide juridique. Ainsi consacré, ces pouvoirs de police judiciaire renforcent celui de contrainte.

La mission de la police judiciaire consistant à rechercher les auteurs d'infractions pénales, la personne est toujours la cible des forces de l'ordre. Ces dernières peuvent l'atteindre directement en déployant leur pouvoir de contrainte « personnelle » mais ils peuvent aussi l'appréhender indirectement en passant par le relais de la matérialité. Les choses entourant l'auteur présumé de l'infraction permettent souvent de révéler ce que la personne ne veut avouer. Il est alors du plus grand intérêt pour la police judiciaire d'appréhender ces « réceptacles de culpabilité ». Elle pourra ainsi « rassembler les preuves »² afin de confondre l'auteur dans sa culpabilité. Le pouvoir de contrainte peut donc se déployer également à l'égard des choses pour devenir « réelle ».

¹ Est constitutif d'un délit le fait, pour la personne qui en est légalement l'objet, de refuser de se soumettre à l'un des actes de prélèvements externe et de signalisation. L'art. 55-1, al. 3 C. pr. pén. prévoit une peine d'un an d'emprisonnement et 15.000 € d'amende.

² Rassembler les preuves fait aussi partie des missions de la police judiciaire, selon l'art. 14 C. pr. pén.

B/ La contrainte « réelle »

L'emprise coercitive des forces de l'ordre à l'égard des choses suppose, au préalable, leur recherche avant de pouvoir devenir effective et aboutir à leur saisie. À la contrainte inquisitoire (1°) succède la contrainte dépossédante (2°).

1°) Contrainte inquisitoire

La police judiciaire développe son pouvoir inquisitoire au moyen de perquisitions (a) et de fouilles (b). Ces dernières recourent, toutes deux, la même réalité prospective mais évoluent dans des localités différenciées. La distinction n'est pas vaine puisque, bien que leur régime converge, il leur est propre.

a) Les perquisitions

La perquisition se définit comme « *la recherche, dans un lieu clos d'indices ou de pièces à conviction utiles à la manifestation de la vérité* »¹.

Elle apparaît donc comme une mission de police judiciaire consistant notamment à « rassembler des preuves »². Toutefois, ce pouvoir de police judiciaire doit être concilié avec les exigences de principe (intervention de l'autorité judiciaire³), principe ne trouvant guère à s'appliquer en pratique. Ce pouvoir distille une intensité coercitive variant suivant les cadres d'enquête dans lequel il prend place⁴.

D'abord, dans le cadre d'une instruction, le principe exigerait que la perquisition soit réalisée par le juge qui en a la charge ; ce dernier devant ainsi se transporter sur les lieux. Toutefois, ce n'est ici qu'une faculté⁵ balayée par les considérations pratiques permettant au juge de déléguer ce pouvoir à tout juge de son tribunal, tout juge d'instruction ou tout OPJ, par commission rogatoire⁶. Cette délégation, qui peut avoir des justifications pratiques¹,

¹ Définition empruntée à Serge GUINCHARD dans son ouvrage *Procédure pénale, op. cit.*, p.482.

² Cf. art. 14 C. pr. pén.

³ L'indispensable intervention de l'autorité judiciaire dans l'exercice de la contrainte fera l'objet de plus amples développements (Cf. *infra* : Titre 2, Chap. 2, I-, B/).

⁴ À côté de cette qualification liée à leur nature juridique, les perquisitions peuvent être classées selon leur but ; ainsi, des perquisitions dites « probatoires » tendent à la découverte d'éléments utiles à la preuve de la vérité ; d'autres, appelées interpellatives, tendent à trouver un individu recherché par la police. Toutefois, la première classification permet de mieux mettre en exergue les traits communs et d'identifier véritablement une procédure, sans que l'objet, qui peut varier, n'apporte de réelle modification ; en outre, les perquisitions administratives ne sont pas interpellatives mais sont axées sur la constatation d'infractions et de recherche de preuves.

⁵ Selon l'art. 92 al. 1^{er} C. pr. pén., « *le juge d'instruction peut se transporter sur les lieux* ».

⁶ Selon l'art. 151 al. 1^{er} C. pr. pén., « *le juge d'instruction peut requérir par commission rogatoire tout juge de son tribunal, tout juge d'instruction ou tout OPJ...* ».

semble davantage usitée à titre de facilité. En déléguant peu ou prou systématiquement ce pouvoir aux OPJ, cette simple faculté apparaît comme un principe, comme un « raccourci judiciaire »². Toutefois, il est certain que la perquisition lui faisant obligation d'intervenir³.

Ainsi, même si le juge possède la compétence décisionnelle, ce principe est remis en cause par l'usage excessif des commissions rogatoires générales, déléguant de fait la décision du choix du lieu et du moment de perquisition à l'OPJ ; en effet, la commission rogatoire spéciale n'est pas légalement requise, le juge n'ayant pas l'obligation de préciser le nom de la personne, son adresse exacte, tout du moins lorsque ces éléments ne sont pas connus de façon certaine. Cette commission rogatoire générale l'habilite ainsi à perquisitionner dans tous les lieux recelant des objets pouvant participer à la manifestation de la vérité. L'OPJ dispose donc en pratique d'un pouvoir d'investigation très étendu, le juge ne bornant que rarement cette mesure coercitive. Force est de constater la récurrence du hiatus entre le principe et la pratique. Ce constat sert ainsi les pouvoirs de police judiciaire qui se trouvent, dans les faits, renforcés.

Mais, c'est sans doute dans le cadre de l'enquête de flagrance que le pouvoir de coercition est pleinement dévolu aux OPJ⁴. Ces derniers embrassent une autonomie décisionnelle même s'ils peuvent toujours agir sur réquisition du procureur de la République. N'ayant plus à se conformer au mandat du juge, ils peuvent décider librement du lieu à perquisitionner⁵. Une perquisition peut être opérée dans tous les lieux que désigne la nécessité de l'enquête, qu'ils soient clos, ouverts ou mixtes⁶. Le pouvoir qu'induit la perquisition est éminemment coercitif sauf à ce qu'il s'exerce dans le cadre de l'enquête préliminaire.

¹ C'est le cas lorsque le magistrat est surchargé de travail ou lorsque plusieurs perquisitions doivent être opérées dans des endroits différents au même moment, la simultanéité de l'opération étant nécessaire à son efficacité, ou encore lorsque la perquisition doit s'effectuer dans un local éloigné du ressort du magistrat, même s'il est compétent sur l'ensemble du territoire selon l'art. 93 C. pr. pén.

² Cette délégation devient nuisible lorsqu'elle s'inscrit dans un usage systématique. Le juge d'instruction se détache peu à peu du dossier qui échappe alors à son contrôle au bénéfice de la force publique.

³ Cf. art. 56-1 et 56-2 C. pr. pén.

⁴ L'art. 56 C. pr. pén. dispose que « l'OPJ se transporte sans désemparer au domicile (...) pour y procéder à une perquisition dont il dresse P. V. ».

⁵ Il peut s'agir des locaux appartenant à la personne qui paraît avoir participé à l'infraction ou de celle qui semble détenir des pièces relatives aux faits incriminés, en vertu de l'art. 56 al. 1^{er} C. pr. pén. Cependant, dès que le procureur de la République arrive sur les lieux, il dessaisit l'OPJ et exécute tous les actes de police judiciaire. Si un juge d'instruction intervient, le procureur et l'OPJ sont dessaisis pour qu'il dirige les opérations sauf s'il prescrit à l'OPJ de les poursuivre. Dès qu'elles sont terminées, il transmet les pièces au parquet.

⁶ Il existe, toutefois, certains lieux protégés : enceintes des Assemblées parlementaires, locaux de la mission et de la demeure de l'agent diplomatique, locaux universitaires, établissements militaires, etc. D'autres lieux sont protégés à l'égard du secret : cabinet d'un avocat ou locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle, etc.

Cette dernière hypothèse tempère l'expression de la contrainte dans la perquisition. Replacée dans cette enquête, la perquisition se révèle d'une moindre coercition, car soumise à l'assentiment de l'intéressé¹ ; la force ne peut donc être employée sauf si la personne donne son accord, ou depuis l'évolution législative récente si l'autorité judiciaire l'autorise. La coercition n'est alors plus imposée mais proposée².

La perquisition est souvent confondue avec d'autres notions. Pour clarifier la notion, la Cour de cassation a jugé que la perquisition implique une recherche active des indices, objets ou documents. Ainsi, elle doit être distinguée d'une remise spontanée où l'obtention des documents ou objets ont été acquis sans recherche de la part de l'OPJ³. De même, on ne saurait confondre la perquisition avec la simple présentation de l'enquêteur sur les lieux. La Cour de cassation a rappelé que le pouvoir de pénétrer dans les locaux n'autorise pas une perquisition ou une saisie⁴, alors qu'il permet un constat. Elle a également précisé qu'il convient de distinguer pouvoir de perquisition et pouvoir de visite⁵.

La contrainte apparaît être le critère de distinction entre ces différentes notions. Précisément, la perquisition se présente sous les traits d'une contrainte réelle, même si celle-ci peut paraître à certains égards édulcorée. En cela, elle se rapproche d'une autre notion sans s'y confondre : les fouilles. Cette dernière affecte un tout autre champ d'application *ratione loci*. D'ailleurs, elle peut être analysée *a contrario* comme : « *la recherche d'indices dans tous autres endroits qu'un lieu immobilier clos (personne, véhicule, etc)* »⁶.

b) Les fouilles

La Cour de cassation a pris le soin de définir cette notion afin de se prémunir de toute confusion à l'égard de la perquisition. La différence sémantique présente un intérêt dans la mesure où si elle suit normalement le régime juridique de la perquisition, la fouille n'obéit évidemment pas au respect des heures légales, notamment pour le véhicule qui n'a jamais été

¹ Cf. art. 76 C. pr. pén.

² Cf. *infra* Titre 2, Chap. 2, I-, B/.

³ Crim, 20 septembre 1995 : *Dr. pénal* 1996, chron. n°4, par Lesclous et Marsat.

⁴ Crim, 19 juin 1957 : *JCP* 1957, II, 10226 ; 25 juin 1998, Ting et a. : *Bull. crim.* n°208.

⁵ Crim, 6 mai 2002, Urion : non publié.

⁶ Crim., 12 janvier 1988 : *Bull. crim.* 1988, C° 11.

constitutif d'un domicile¹. En dehors des heures légales², la fouille obéit aux mêmes conditions que la perquisition.

Les fouilles ont pour domaine de prédilection les véhicules automobiles. Le pouvoir de procéder à la visite des véhicules a été étendu par la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, pérennisée et élargie par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, relative à la sécurité intérieure, à tous les OPJ et non plus seulement aux agents des douanes.

Ce nouveau dispositif figure désormais aux articles 78-2-2 à 78-2-4 du Code de procédure pénale et recouvre trois hypothèses. Ce premier article recouvre les visites sur réquisition écrite du procureur de la République. Plus intéressant, en termes de coercition, sont les deux suivants.

L'art. 78-2-4 C. pr. pén. prévoit dans des hypothèses graves d'atteinte à la sécurité des personnes et des biens, les OPJ peuvent procéder « *avec l'accord du conducteur ou, à défaut, sur instructions du procureur de la République communiquées par tous moyens, à la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public* ». Et le texte précise que dans l'attente des instructions du procureur de la République, le véhicule peut être immobilisé pour une durée qui ne peut excéder trente minutes. Soit la coercition peut être proposée au conducteur ce qui en réduit l'effectivité, soit elle peut être imposée par le procureur ce qui conditionne sa réalisation à la décision de l'autorité judiciaire. Quoiqu'il en soit, l'OPJ dispose toujours d'un pouvoir d'immobilisation du véhicule pour un temps limité. Si le pouvoir de contrainte de la police judiciaire ne peut trouver à s'exprimer par le plus, elle peut l'être par le moins.

Dans le cadre de l'art. 78-2-3 C. pr. pén., les OPJ peuvent procéder à la visite des véhicules circulant ou arrêtés sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public « *lorsqu'il existe à l'égard du conducteur ou d'un passager une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis, comme auteur ou comme complice, un crime ou un délit flagrant* ». Ces dispositions pourraient laisser penser qu'elles ne sont pas, *a priori*, d'une grande utilité pour l'enquête de flagrance puisque celle-ci renferme déjà un tel pouvoir.

¹ Crim., 15 octobre 1984 : *JCP G* 1985, II, 20410

² L'art. 59 C. pr. pén. définit les heures légales comme celles comprises dans l'intervalle de temps de 6h à 21h.

À l'analyse, elles présentent un intérêt considérable si l'on considère que la simple « *raison plausible* », et non pas l'indice objectif, permet une fouille à partir d'un « soupçon » de flagrance. Une telle disposition bouleverse quelque peu l'économie traditionnelle de l'enquête de flagrance dans laquelle il n'est pas possible d'user du pouvoir de contrainte sans avoir préalablement caractérisé une situation de flagrance objective. Elle aboutit à autoriser l'officier de police judiciaire à entreprendre une fouille coercitive pour découvrir l'infraction flagrante qu'il soupçonne, ce qui lui était, jusque-là, interdit. C'est en quelque sorte une mesure coercitive qui précède et justifie un dispositif coercitif plus large¹ : la coercition appelle la coercition, si l'on peut dire. La police judiciaire retrouve alors la pleine jouissance de son pouvoir de contrainte. Elle s'affranchit de l'autorité judiciaire du procureur pour renouer avec une certaine autonomie.

Le régime des fouilles exposé ci-dessus, notamment la possibilité de fouilles en cas de flagrance, ne vient pas révolutionner la pratique qui s'était développée sur le fondement de l'arrêt de la chambre criminelle du 8 novembre 1979². Au reste, il est conforme aux exigences du Conseil constitutionnel qui s'est prononcé à quatre reprises sur la question³. Le Conseil constitutionnel admet que pour une courte restriction à la liberté d'aller et de venir, la protection du magistrat du Parquet suffit (*art. 78-2-2 C.pr. pén*), et que pour la flagrance (*art. 78-2-3 C.pr. pén*) et la prévention d'atteintes graves à l'ordre public (*art. 78-2-4 C.pr. pén*), il peut même être fait exception à l'intervention préalable de l'autorité judiciaire. Dans cette dernière hypothèse, le Conseil constitutionnel vient pleinement légitimer la compétence de la police judiciaire dans les fouilles de véhicules. Le pouvoir qui en découle apparaît donc comme une autre manifestation du pouvoir de contrainte de la force publique.

La contrainte inquisitoire n'envisage qu'un seul but, celui d'appréhender les objets susceptibles de participer à la manifestation de la vérité. La contrainte consistera, ensuite, à les prélever de la localité dans laquelle il se trouve afin de ménager les preuves⁴. La contrainte se veut ainsi dépossédante. Elle apparaît comme l'aboutissement de la contrainte inquisitoire.

¹ Nous reviendrons plus en détail sur la place dévolue à la contrainte dans le cadre des enquêtes de police (cf. *infra* : Titre 2, Chap.1, I-).

² V. en ce sens Ch. Cutajar, La loi pour la sécurité intérieure (principales dispositions) : *D.* 2003, chron. p. 1106.

³ V. C. const., 12 janvier 1977, n° 76-75 DC ; C. const., 18 janv. 1995, n° 94-352 DC ; C. const. 22 avr. 1997, n° 97-389 DC et C. const. n° 2003-467 DC, 13 mars 2003.

⁴ V. en ce sens l'art. 706-30-1 C. pr. pén. qui aménage la préservation des indices au cas de destructions des produits stupéfiants saisis.

2°) Contrainte dépossédante : les saisies

La saisie se définit comme le placement de « papiers, documents, données informatiques ou autres objets » ainsi que les « informations ou objets relatifs aux faits incriminés » sous main de justice. En somme, il s'agit de « tous les indices utiles à la manifestation de la vérité »¹. La saisie peut donc concerner les choses les plus variées qu'elles soient corporelles² ou incorporelles³. Les objets saisis, strictement nécessaire à la manifestation de la vérité, sont inventoriés et placés sous scellés. Toutefois, pour les besoins de la pratique, des scellés ne peuvent être fermés que provisoirement, auquel cas ils seront ouverts en présence de ceux ayant assisté à la perquisition. À terme, ces scellés devront être fermés définitivement⁴.

La perquisition est normalement le support des saisies, quoique celles-ci puissent être conçues comme la remise spontanée d'un objet ou leurs découvertes dans un lieu public. La légalité d'une saisie suppose que soient accomplies les formalités destinées à assurer l'authenticité de l'objet découvert. La saisie dite incidente, parce qu'elle prend place dans une enquête préalablement ouverte sous une autre prévention, doit être opérée légalement, sur le mode de la flagrance ou de l'enquête préliminaire⁵.

Dans l'hypothèse d'un transport sur les lieux de la commission d'une infraction flagrante, l'OPJ a le pouvoir de saisir les armes et instruments ayant servi à commettre cette infraction et les objets qui paraissent avoir été le produit de celle-ci⁶. Le fait que seul l'OPJ ait compétence pour opérer une saisie dans l'enquête de flagrance recèle des difficultés pratiques⁷. En effet, il existe un réel vide juridique dans la situation, la plus fréquente, où l'APJ constatant une infraction doit immédiatement assurer la conservation des indices sur les lieux du constat, dans l'attente de la saisine de l'OPJ compétent. La Cour de cassation est venue pallier à cette carence législative en considérant que l'APJ, démunie du pouvoir de saisie, qui découvre des indices ou objets au cours de la palpation de sécurité, n'a d'autre

¹ Cette formule était préférable puisqu'elle permet d'éviter une énumération et la lourdeur d'un texte qui ne révèle pas un esprit de synthèse acéré (V. Guinchard, *op.cit.*).

² V. par exemple la saisie de fonds et valeurs (art. 56 dern. al. C. pr. pén.), saisie d'un animal (art. 99-1 C. pr. pén.) etc.

³ La saisie peut aussi porter sur des données informatiques auquel cas, elle affecte soit le support physique desdites données, soit une copie réalisée en présence des personnes qui assistent à la perquisition (art. 56 al.5 C. pr. pén.).

⁴ Art. 56 C. pr. pén.

⁵ Crim, 17 mai 1994, Gazzano et a. : *Bull. crim*, n°186.

⁶ Art. 54 C. pr. pén.

⁷ La distinction entre OPJ et APJ, enjeu de la « capacité judiciaire », sera étudiée postérieurement (Cf. *infra* Titre 2, Chap.1, II-).

solution qu'une appréhension matérielle pour les remettre à l'OPJ compétent, seul habilité à opérer légalement la saisie¹.

La saisie dévolue aux OPJ leur confère un pouvoir d'appréhension des biens de l'intéressé pour les nécessités de l'enquête. La contrainte n'est pas des moindre puisqu'elle leur permet d'attenter ainsi à la propriété d'autrui, l'atteinte fût-elle temporaire². De plus, ce pouvoir de contrainte a été étendu dans les faits aux APJ dans le cadre de la situation susvisée.

La contrainte matérielle – plus communément qualifiée de coercition – se décline en une kyrielle de pouvoirs de police judiciaire. L'inventaire qui vient de vous en être dressé n'a pas pour vocation à tous les recenser mais, simplement, à restituer ce qu'ils portent de cohérence. Cette cohérence, ils la trouvent dans le pouvoir de contrainte, pouvoir qui leur est propre. Toutefois, les pouvoirs de police judiciaire ne s'épuisent pas dans la contrainte matérielle mais se prorogent par la contrainte psychologique. La contrainte matérielle, opposée à la contrainte psychologique, se définit comme la « *contrainte qui apporte une modification à l'ordre des êtres et des choses* »³.

II - L'expression de la contrainte psychologique

L'étude que nous avons menée a permis de déceler l'existence, à côté de la coercition matérielle, d'une contrainte psychologique. En particulier, celle-ci s'est révélée par la menace d'une sanction pénale en cas d'opposition de l'intéressé aux prescriptions légales⁴. Dès lors, la volonté individuelle n'est plus vraiment libre mais induite par les pressions psychologiques qui s'exercent à l'encontre dudit individu. La contrainte psychologique apparaît donc sous les traits d'une pression, i.e. une « *action insistante qui tend à contraindre* »⁵. Mieux encore, un auteur vient la définir comme « *l'expression d'un pouvoir, confié à un agent de la force publique, d'ordonner à un particulier de faire ou de ne pas faire* »⁶. Ainsi, bien que les pouvoirs de police judiciaire consistent majoritairement dans l'usage de la force, ils n'y sont

¹ Crim, 2 mars 1993 : *Dr. Pén.* 1993, chron. 59.

² Une procédure de restitution des objets saisis est prévue par la loi (art. 41-4 al.1^{er}, art. 56 al.7, art. 99, art. 177 al.4, art. 212 al.3 C. pr. pén.) sauf dans des hypothèses limitativement énumérées (art. 41-4 al. 2 et s. C. pr. pén.).

³ J.BUISSON, *op. cit.*, p. 446.

⁴ Cf. *supra* (Titre 1, Chap.2, I-, A/, 2^o), b)).

⁵ Définition extraite du dictionnaire Le petit Robert.

⁶ J.BUISSON, *op.cit.*, p.736.

pas exclusifs. Certes, ils en sont la manifestation la plus perceptible parce que physiquement observable mais, à bien y regarder, ces pouvoirs de police peuvent aussi atteindre le psychisme du citoyen pour l'amener à exécuter l'obligation à lui imposer par l'administration. Quand la volonté individuelle se plie à la volonté de l'autorité publique, c'est l'aboutissement du pouvoir de contrainte psychologique de la force publique.

Subreptice, cette autre forme du pouvoir de contrainte suscite donc *ex abrupto* plus de difficulté quant à son appréhension. Sans doute est-ce pour cela que la doctrine n'est guère enthousiaste à son égard¹. Ce pouvoir de contrainte semble, néanmoins, se découvrir dans les injonctions que la police formule (A) et les réquisitions qu'elles requièrent (B). Tous deux répondent à l'appellation plus générique d'ordre de police par lequel l'agent de la force publique enjoint le citoyen à se conformer à un comportement donné.

A/ L'injonction de police

Sous cette appellation, nous entendons « *l'ordre, donné verbalement à un particulier par un agent de la force publique, d'agir ou de s'abstenir aux fins de prévenir ou de faire cesser un trouble à l'ordre public* »².

Ce pouvoir d'injonction émanant des forces de l'ordre peut être autorisé (1°), i.e. légitimée par la loi ou, au contraire, spontanée auquel cas, ces derniers s'arrogent ce pouvoir (2°). Selon qu'elle provient de celle-ci ou de celle-là, l'injonction de police devrait jouir d'une force obligatoire d'inégale importance. Cependant, dans les faits, l'injonction de police revêt la même contrainte à l'égard du citoyen lambda nonobstant son aspect bifide.

1°) Injonction autorisée

L'injonction policière devient contraignante dès lors qu'elle est assortie de la menace d'une sanction pénale (a). Elle est d'autant plus forte par la menace du recours à la force (b). La contrainte psychologique va crescendo au risque d'approcher la réminiscence de la contrainte physique.

¹ *Ab origine*, il n'y a guère que Jhering qui lui a consacré quelques pages dans « Le but dans le droit », *op. cit.* J. BUISSON a repris cette réflexion pour la développer dans sa thèse, *op.cit.* Nous vous conseillons sa lecture pour un approfondissement de la question.

² F-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, p. 750.

a) La menace d'une sanction pénale

Le pouvoir de contrainte psychologique se manifeste ici par la menace d'une sanction pénale prévue par la voie légale. La police judiciaire exige par l'injonction qu'elle profère la conduite d'un comportement déterminé. Pour s'assurer de l'effectivité de ce comportement, il va assortir son inconduite d'une sanction pénale pouvant aller de la simple peine d'amende à une peine d'emprisonnement. Le principe demeure toujours le libre choix de l'intéressé mais, sous le joug d'une sanction pénale, existe-t-il véritablement une alternative au comportement requis par l'injonction ? Permettez-nous d'en douter. Force est de constater un glissement de la force physique à une emprise psychologique. La contrainte psychologique apparaît comme une forme de coercition adoucie, une contrainte usant des « voies démocratiques » pour ainsi dire. Elle détermine le citoyen à s'exécuter sans opposer de résistance qui appellerait à l'emploi de la force physique.

La matière de la circulation routière est riche d'illustrations.

Par exemple, l'art. R.411-28 C. route dispose en son al. 1^{er} que « *Les indications données par les agents réglant la circulation prévalent sur toutes signalisations, feux de signalisation ou règles de circulation* ». La contrainte psychologique ne se manifeste qu'avec la menace subséquente d'une sanction pénale : « *Le fait, pour tout conducteur, de ne pas respecter ces indications est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe* ».

De façon tout aussi contraignante, ils peuvent exiger de celui qui l'a posé le retrait de tout véhicule gênant les voies de circulation. L'art L.412-1 C. route prévoit outre une peine de 2 ans d'emprisonnement et 4.500€ d'amendes et le retrait de points, la possibilité pour les forces de l'ordre de recourir à l'immobilisation du véhicule et son placement en fourrière. Avant d'envisager cette contrainte matérielle, il va de soi que la police judiciaire sollicite l'intéressé pour qu'il procède à cet enlèvement. Cette injonction est d'autant plus poignante qu'elle précède le recours à la force.

D'autres exemples pourraient être présentés comme ceux précédemment invoqués¹ mais il ne s'agit pas là de dresser un inventaire à la Prévert, simplement de mettre en exergue les pressions exercées sur les particuliers. Dans chacune de ces hypothèses, le refus de se soumettre à l'injonction expose le contrevenant à une pénalité contraventionnelle ou délictuelle.

¹ Cf. *supra* (Titre 1, Chap.2, I-, A/,2°),b)).

Quant à l'impact de ces menaces, est-il vraiment nécessaire de le préciser ? Il apparaît pour le moins évident – du moins pour les plus sensés – que la menace d'une sanction pénale emporte l'obéissance du citoyen à l'injonction du policier, fût-il réfractaire.

La contrainte psychologique fait l'objet d'une gradation selon que l'injonction policière menace de sanction pénale ou selon qu'elle menace de recourir à la force¹. De la sorte, les forces de l'ordre peuvent juguler le pouvoir de contrainte qu'ils exercent sur le psychisme des citoyens.

b) La menace d'un recours à force

La contrainte psychologique monte ici d'un cran puisque l'injonction faite au citoyen se fait en des termes plus menaçants. La perspective d'une contrainte physique devrait avoir un impact retentissant dans le psychisme des individus et les inciter à respecter l'injonction formulée par les policiers.

L'exemple idoine de ce type d'injonction peut être trouvé dans la sommation faite à des manifestants de quitter les lieux qu'ils occupent. La dissipation des attroupements est prévue par l'art. 431-3 C. pén. Cette hypothèse postule certes le recours à la contrainte physique mais avant d'être mise en œuvre les forces de l'ordre doivent faire peser sur ces personnes une contrainte psychologique. Celle-ci prend la forme d'un avertissement gradué qui consiste à sommer les citoyens de partir en leur indiquant clairement que leur désobéissance sera sanctionnée par le déploiement de la force physique. Chaque sommation gagne en pression psychologique. L'art. R.431-1 C. pén. va même jusqu'à prévoir les formes de cette injonction². Il s'agit ici de vaincre le trouble à l'ordre public par le recours à la contrainte psychologique avant d'envisager de manière prosaïque la contrainte matérielle. C'est pourquoi cette dernière est précédée d'une importante dose de contrainte psychologique même si « *Il y a des moments où la violence est la seule façon d'assurer la justice* »³. Ainsi, « *les représentants de la force publique peuvent faire directement usage de la force si des*

¹ Par exemple, l'injonction de justifier de son identité que l'agent de la force publique exprime à une personne peut être qualifiée de contrainte psychologique dès lors que le refus voire l'impossibilité de celle-ci entraîne son appréhension puis sa détention, donc l'exercice d'une contrainte matérielle.

² Les forces de l'ordre doivent d'abord annoncer leur présence de la manière suivante : « *Obéissance à la loi. Dispersez-vous* ». Ensuite, ils devront énoncer chaque sommation par haut-parleur en ces termes « *on va faire usage de la force* ».

³ Citation de T.S. ELIOT, *Traditions et talents individuels*, Le Seuil, 1950.

violences ou voies de fait sont exercées contre eux ou s'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent », retient l'art. 431-3 al. 4 C. pén.

La force publique a, en sus de cette injonction, la faculté de la concrétiser. La contrainte matérielle peut alors succéder à la contrainte psychologique et nous retombons alors dans le schéma des pouvoirs de contrainte « personnels » ou « réels ».

En outre, relevons que dans le cadre de la dissipation des attroupements, l'OPJ devra porter de façon ostentatoire l'insigne de ses fonctions afin d'être clairement perceptible. Cette précision a son importance car la simple présence des agents de la force publique participe de la contrainte psychologique, comme une injonction implicite. L'injonction autorisée par la loi doit être considérée comme le second degré de la contrainte psychologique. D'ailleurs cette injonction doit être utilisée quand bien même la loi ne le prévoit pas expressément. Comme l'a remarqué un auteur : *« les agents de la police sont souvent dans la nécessité de faire face dans l'immédiat à des situations complexes ou inattendues ; en présence ces circonstances imprévues, une conception trop stricte du principe de légalité aurait pour effet de gêner ou de ralentir à l'excès les actions des autorités de police »*¹.

2°) Injonction spontanée

Les forces de l'ordre véhiculent ce que nous venons de qualifier d'« injonction implicite »². En effet, leur simple présence suffit à exercer une emprise psychologique sur le citoyen pour qu'il fasse application de la loi ; c'est ce que l'on appelle plus communément « la peur du gendarme »³. Cette déférence réside dans la croyance persistante que la contrainte matérielle est toujours à la disposition de l'agent de la force publique. Les forces de l'ordre comptent, pour obtenir obéissance, sur la pression que constituent tout à la fois leur action et la crainte de la sanction pénale⁴. Comme l'a relevé un auteur, *« la logique de l'action comminatoire est d'agiter, avec crédulité, la menace du passage à la répression »*⁵.

¹ Citation de J. DUFAU.

² La seule présence de la force publique peut d'ailleurs être analysée en une injonction implicite ; par exemple, lors de manifestations, celle de quitter les lieux.

³ Christian LARROUMET souligne dans son ouvrage que : *« Le droit pour les non-juristes, c'est la peur du gendarme... »*³ et au-delà, en fait, la crainte de l'action même du gendarme qui symboliserait la seule réalité du droit. V. *Droit civil, tome 1, Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 1984, p.5

⁴ Jean RIVERO, *Droit administratif*, coll. Précis Dalloz, 9^{ème} éd., n°99, p. 105.

⁵ P. BON, *La police municipale*, thèse, Bordeaux, 1975 p. 324.

Toutefois, il apparaît difficile de déterminer la conséquence concrète de la présence de la force publique sur l'obéissance effective du citoyen. Tout ce qui relève du psychisme est difficilement cernable : pour reprendre la formule biblique, « *on ne sonde pas les reins et le cœur* ».

La présence de la police apparaît certes indispensable mais elle n'est pas la panacée. Encore faut-il, lorsqu'elle ne suffit pas, lui reconnaître une certaine capacité d'injonction spontanée malgré le silence des textes ou plutôt pour cette raison. Avec un auteur, il y a lieu de considérer comme nécessaire d'accorder à la force publique une « *certaine capacité d'intervention autonome se manifestant...par des injonctions* »¹.

Ces injonctions peuvent être définies comme « *des ordres émis spontanément, en dehors de toute prévision expresse par un texte, par des agents de la force publique qui veulent éviter la commission d'infractions en incitant les citoyens au respect du droit* »². L'injonction peut être spontanée car elle n'a nul besoin d'être légalisée pour pouvoir être appliquée. La première tâche du policier consistant à faire respecter la loi, il apparaît superfétatoire de préciser qu'ils peuvent à cette fin sommer les citoyens d'agir ou de s'abstenir. En conséquence, l'injonction peut être considérée comme consubstantielle à la force publique. Point n'est besoin de réglementer ce qui s'impose dans les faits.

La contrainte psychologique confirme davantage que le pouvoir de contrainte ne peut être que le propre de la police judiciaire. Les injonctions émises, fussent-elles sans fondement légal, voire leur simple présence physique suffisent à exercer une emprise psychologique sur les individus. Ce pouvoir de contrainte qu'elle détient de fait, elle le doit à la crainte révérencielle que suscite leur fonction.

Ce sacerdoce permet également à la police judiciaire de requérir le citoyen afin qu'il fasse ou s'abstienne de faire quelque chose. L'injonction prend alors la forme d'un commandement exprès. Pour obtenir l'exécution de l'obligation à lui solliciter, la police judiciaire ne peut recourir à la contrainte matérielle en vertu de l'adage « *nemo praecise cogi potest ad factum* »³ ; tout au moins lorsqu'est requis la fourniture d'une prestation

¹ P.BON, La police du stationnement et de la circulation, Sirey, 1981, p.35.

² V. F-P. BENOIT *op. cit.* p.750, n°1383.

³ Cet adage emprunté à la théorie du droit des obligations peut être transposé en notre matière : « Nul ne peut être contraint à faire quelque chose » (Henri ROLAND, *Lexique juridique – expressions latines*, Litec, 4^{ème} éd., p. 216).

personnelle. Dans ce contexte, la réquisition policière ne peut puiser son efficacité que dans la contrainte psychologique.

B/ La réquisition policière

La réquisition se définit comme l'acte permettant à un OPJ de solliciter – et d'obtenir – d'une personne une prestation d'ordre intellectuel ou matériel¹. Suite aux réformes législatives, le régime de la réquisition a été diversifié. Pour preuve la diversité des personnes qui peuvent être requises. Certaines d'entre elles sont moins enclines à la contrainte psychologique parce qu'elles interviennent, dans le cadre de l'enquête, aux fins d'expertises². D'autres, en revanche, y sont directement soumises car le refus de répondre à la réquisition est sanctionné pénalement. Seule cette dernière hypothèse permettra d'illustrer le pouvoir de contrainte psychologique qu'exerce la police judiciaire dans le cadre de son pouvoir de réquisition.

La manifestation de la vérité occupe une telle importance en procédure pénale qu'aucune fin de non recevoir ne saurait être invoquée par la personne requise. Certes, la force publique ne peut déterminer physiquement une personne à accomplir une prestation contre son gré, néanmoins, elle peut la soumettre psychologiquement par la menace du recours à une sanction pénale. Cet aspect du pouvoir de contrainte aurait pu être traité dans le cadre des injonctions de police (par le recours à la menace d'une sanction pénale) mais ce pouvoir de réquisition s'étant peu à peu développé, il mérite aujourd'hui d'être traité dans sa singularité.

Dans cette quête de la vérité, le pouvoir de réquisition des OPJ peut avoir différentes finalités probatoires.

1 Cette définition est une approche pénaliste de la notion (S. GUINCHARD et J.BUISSON, *op. cit.*, p.518). Pour avoir une approche publiciste, V. notamment Robert DUCOS-ADER, *Le droit de réquisition : théorie générale et régime juridique*, thèse, Paris, LGDG, 1956, p.83.

2 La Cour de cassation considère aujourd'hui que les examens effectués par les personnes qualifiées sont identiques en nature avec les expertises : Crim, 14 septembre 2005, D. : *Bull. crim.* n°226. Cette solution est logique puisqu'elle reprend l'économie de la loi 30 décembre 1985 voulant conférer à l'OPJ un pouvoir analogue à celui du juge d'instruction en la matière afin d'éviter les informations autrefois ouvertes aux seules fins d'expertise.

➤ Réquisitions à fins de communications

La loi du 9 mars 2004 a conféré à l'OPJ le pouvoir de requérir « *tout établissement ou organisme privé ou public ou toute administration publique* », de lui remettre des documents y compris d'ordre informatique, notamment sous forme numérique, susceptibles d'intéresser l'enquête en cours, sans que puisse lui être opposé, sauf motif légitime, le secret professionnel¹. Seule une exception est posée². Celle là mise à part, l'abstention de réponse de la part du requis est constitutif d'un délit puni d'une peine d'amende. Cet article ajoute de manière superfétatoire que les personnes morales peuvent engager leur responsabilité pénale³.

En outre, la loi du 23 janvier 2006 a prévu pareillement un droit à communication pour la prévention des actes terroristes aux fins d'obtenir des opérateurs téléphoniques les données que ceux-ci doivent conserver et traiter⁴.

➤ Réquisitions à fin de remise de données informatiques

La loi du 18 mars 2003, modifiée par la loi Perben II, a donné à l'OPJ, intervenant par voie télématique ou informatique, le pouvoir de requérir les organismes publics ou personnes morales de droit privé de mettre à sa disposition, « dans le meilleurs délais », les informations utiles à la manifestation de la vérité contenues dans le ou les systèmes informatiques ou traitements de données nominatives qu'ils administrent. Le requis doit produire, par voie de télématique ou d'informatique, les éléments demandés, à moins qu'un secret prévu par la loi ne les protège⁵.

À l'instar des réquisitions aux fins probatoires, tout refus est constitutif d'une peine d'amende, une personne morale pouvant être déclarée pénalement responsable.

Comme la précédente, une telle « réquisition » s'analyse davantage en un droit à communication de documents tel que le connaît le droit douanier dès lors qu'elle a pour objet non pas une obligation de faire qui en est la caractéristique, mais une obligation de livrer des éléments⁶.

¹ Art. 60-1 C. pr. pén.

² L'exception vise les personnes mentionnées aux art. 56-1 à 56-3 C. pén.

³ Cet ajout était-il vraiment nécessaire alors même que cette réforme a mis un terme au principe de spécialité de la responsabilité des personnes morales ?

⁴ Cf. L. n°2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant diverses dispositions relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers : JO, 24 janvier 2006, p. 1129.

⁵ Art. 60-2 C. pr. pén.

⁶ Observations émises par S. GUINCHARD et J.BUISSON, *op. cit.*, p.521.

D'autres formes de réquisitions auraient pu être citées¹ mais celles-ci suffisent à exciper le pouvoir de contrainte psychologique dont dispose la police judiciaire par le biais de son pouvoir de réquisition. Ce pouvoir est pernicieux puisqu'il permet, par la menace d'une sanction pénale, d'obtenir d'une personne requise la réalisation d'une obligation de faire tout en se préservant de l'adage « *nemo praecise cogi potest ad factum* ».

Difficile à cerner *a priori*, cette contrainte psychologique s'est révélée en filigrane des pouvoirs de police judiciaire voire se manifestait par la seule présence des policiers, c'est dire que ce pouvoir de contrainte est propre à la police judiciaire. Cet aspect du pouvoir de contrainte vient ainsi entériner davantage notre thèse d'un pouvoir propre de police judiciaire.

Le pouvoir de contrainte se manifeste sous bien des aspects qu'il soit envisagé matériellement ou psychologiquement. Chacune de ces manifestations est reprise par les pouvoirs de police judiciaire pour l'envisager à leur compte. Ils sont ainsi le relais du pouvoir de contrainte. En se diversifiant sous les traits des pouvoirs de police judiciaire, le pouvoir de contrainte s'étend d'autant.

Après avoir consacré le principe selon lequel la contrainte est la représentation abstraite des pouvoirs de police judiciaire, nous venons de démontrer que les pouvoirs de police judiciaire en sont la manifestation concrète. Le principe étant posé, le corollaire vérifié, la boucle est bouclée. Et pourtant, une question mérite légitimement d'être posée. Alors que nous soutenons la thèse selon laquelle il n'existerait qu'un pouvoir propre de police judiciaire, celui de contrainte, pourquoi ne pas le consacrer en tant que tel dans l'ordre juridique interne ?

Les différentes manifestations du pouvoir de contrainte ont révélé qu'il peut subir des aménagements suivant le cadre d'enquête dans lequel il évolue. De même, certains pouvoirs de police judiciaire doivent parfois répondre à des formalités procédurales au premier rang desquelles l'autorisation par l'autorité judiciaire habilitée². Suivant les formalités auxquelles

¹ V. notamment la réquisition à opérateur de télécommunication (art. 60-2 al.2 C. pr. pén.) et la réquisition à manouvrier (art. 642-1 C. pén.).

² Suivant l'ouverture ou non d'une instruction, l'autorité judiciaire relève respectivement du juge d'instruction ou du procureur de la République. Rappelons que ces derniers ne sont plus aujourd'hui considérés comme des membres de la police judiciaire puisque la qualité d'OPJ leur a été retirée.

sont soumis les pouvoirs de police judiciaire, la doctrine en a dressé une typologie. S'ils répondent à une commission rogatoire, ils sont dénommés « pouvoirs délégués », s'ils ne sont soumis à aucune formalité (notamment l'autorisation préalable du procureur de la République), ils sont considérés comme des « pouvoirs propres » (sic).

C'est ici que nous prenons nos distances avec la doctrine car ces formalités procédurales ne sont pas, à notre sens, une exception au pouvoir propre de contrainte mais plutôt son nécessaire aménagement dans l'ordonnement juridique d'un Etat de droit. Tout au plus, pouvons-nous voir dans la souplesse de certaines formalités procédurales une autonomie plus ou moins importante de ce pouvoir de contrainte. Mais en aucun cas cette autonomie est à même de fonder, *ex nihilo*, un prétendu « pouvoir propre » de police de police judiciaire.

Toutefois, la transcription directe de ce pouvoir de contrainte dans notre ordre juridique interne n'est pas concevable, quoiqu'elle n'eût pas été souhaitable. La contrainte, dont l'usage de la force est immanent, apparaît peu compatible avec les exigences d'un Etat de droit. Le droit appelle plus de nuances, plus de tempérances que la contrainte ne peut donner. Cette notion suscite la méfiance ; par la menace qu'elle représente pour les libertés, elle sape les bases de l'Etat de droit. La contrainte, pour être légitimée, doit être toute entière subordonnée à l'ordre juridique qu'elle entend intégrer. Cette condition ne peut être remplie que si la contrainte se départit de l'autoritarisme qui lui est inhérent. La soumission à l'Etat de droit passe irrémédiablement par l'atomisation de cette notion et *ipso facto* par la consécration des pouvoirs de police judiciaire. De la sorte la contrainte perd en absolutisme pour gagner en relativité par les pouvoirs de police judiciaire. Ces derniers étant juridiquement jugulés, la contrainte peut, de ce fait, être contrôlée. Elle perd de son aspect autocratique pour revêtir une dimension démocratiquement acceptable.

Dans l'Etat de droit, le pouvoir de contrainte, propre à police judiciaire, ne peut rayonner que sous les traits des pouvoirs de police judiciaire.

« Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir ».

Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762.

Titre 2

Une adaptation de la contrainte dans l'ordonnement juridique : la consécration *des* pouvoirs de police judiciaire

Dans un Etat de droit, le pouvoir de contrainte ne peut se manifester autrement que par l'intermédiaire des pouvoirs de police judiciaire. Tel est le constat de la nécessaire adaptation de la contrainte dans l'ordonnement juridique.

La transcription de la contrainte dans l'ordre juridique interne aboutit ainsi à la consécration des pouvoirs de police judiciaire. Ces derniers apparaissent alors comme la traduction juridique du pouvoir de contrainte ; lui-même n'est donc plus qu'un terme générique gouvernant une réalité autrement plus technique. Par cette transfiguration de la contrainte, le droit ramène le pouvoir propre de police judiciaire à une juste mesure. Par la déclinaison de ces différents pouvoirs de police judiciaire, le droit peut ainsi leur appliquer un régime juridique différencié, approprié. Ce régime sera fonction des nécessités de l'enquête et de l'indispensable protection des libertés. Les pouvoirs de police judiciaire seront jugulés en conséquence. Apparaît ainsi en filigrane les enjeux supérieurs¹ de la procédure pénale : la quête de la vérité et l'impératif de protection des libertés, ce qui revient à « *concilier l'inconciliable* »².

La procédure pénale ne restitue plus alors la cohérence de la matière que nous avons trouvée dans le pouvoir de contrainte. Elle se contente de veiller à la distribution juridique des pouvoirs de police dans un souci de sécurité juridique. Ce que le droit perd en cohérence, il le gagne en assurance. Ne pouvant transposer ce pouvoir en tant que tel³, l'Etat de droit n'avait d'autres choix que de transiger par une application distributive du pouvoir propre de contrainte au moyen des pouvoirs de police judiciaire qu'il a ainsi consacré.

¹ Dans sa décision 96-377 DC, 16 juillet 1996, Perquisitions de nuit, le Conseil constitutionnel affirme que « *la recherche des auteurs d'infraction est nécessaire à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle ; il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre cet objectif de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent la liberté individuelle...* ».

² S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, p. 2.

³ Les raisons de la nécessaire adaptation de ce pouvoir de contrainte ont été développées précédemment.

La contrainte, déclinée sous ces différents pouvoirs de police judiciaire, accède à une certaine légitimité qui lui est, par nature, déniée. Elle peut être tolérée, dans un Etat de droit, parce qu'elle est strictement encadrée et contrôlée. Les pouvoirs de police judiciaire servent de support à ces exigences juridiques. Ils assurent l'adaptation de la contrainte dans notre ordonnancement juridique. Cette adaptation ne peut se faire sans une stricte délimitation de la contrainte dans un cadre procédural défini par le législateur (**Chapitre 1**). En outre, la conciliation de la contrainte avec les exigences d'un Etat de droit conduit inexorablement à la recherche perpétuelle d'un équilibre procédural entre ce pouvoir propre de police judiciaire et la sauvegarde des libertés individuelles (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : L'encadrement procédural de la contrainte

La force publique ne peut mettre en œuvre librement ce pouvoir de contrainte. Parce qu'il porte atteinte aux libertés, le législateur l'a strictement réglementé. Il a posé les bases d'un cadre procédural en dehors duquel la contrainte ne peut trouver à s'appliquer, sous peine d'illégalité.

D'abord, les enquêtes de police judiciaire viennent délimiter le champ d'exercice de ce pouvoir de contrainte. Elles sont donc l'instrument juridique légitimant l'usage de la contrainte sur les personnes ou sur les choses. Dans un Etat de droit, les forces de l'ordre ne peuvent recourir à la contrainte que si elles disposent d'un titre leur conférant un tel pouvoir. Conformément au principe de légalité, ce titre ne peut être octroyé que par le législateur dans une norme qualifiée par la doctrine de « norme de contrainte ». Parce que ce titre de contrainte est le réceptacle du pouvoir de contrainte, il est conféré à la police judiciaire en tant que pouvoir propre. Ces titres qui tendent à la manifestation de la vérité s'insèrent dans un ensemble plus vaste, dans une suite cohérente que le législateur a organisé dans l'optique de cette finalité ; c'est ce que l'on appelle les enquêtes policières. Ces dernières veillent, dans un Etat de droit, à la régulation de la coercition (I).

Ensuite, les personnes habilitées à exercer ce pouvoir de contrainte sont strictement énumérées. Certes, ce pouvoir est confié à la police judiciaire, nous direz-vous, mais le législateur a versé dans la nuance en créant des capacités de police judiciaire qu'il a ensuite distribué entre différents agents de la force publique. Ces capacités judiciaires doivent être entendues au sens juridique du terme comme des aptitudes à créer et à exercer des pouvoirs¹. Cette ventilation organique des pouvoirs de police judiciaire sonne comme une nouvelle limitation procédurale de l'exercice de la contrainte. La clef de répartition de ces pouvoirs est vraisemblablement la contrainte ; celle-ci ne pouvant être pleinement exercée que par certains agents spécialement habilités par la loi. Cette question de la compétence, souvent délaissée, mérite toutefois que l'on s'y arrête plus longuement car elle permet de nourrir notre réflexion (II).

¹ V. Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, PUF.

I - Les enquêtes de police judiciaire : une régulation de la coercition

Afin d'être contrôlés, les pouvoirs de police judiciaire sont répartis entre des cadres juridiques¹ dénommés « enquêtes » de police judiciaire lesquelles s'apparentent à une suite d'actes qui, ayant pour objet la recherche plus ou moins coercitive des preuves, sont articulés autour d'une finalité judiciaire, la manifestation de la vérité². Ces enquêtes de police judiciaire sont au nombre de deux : l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire.

L'enquête de flagrance, qualifiée aussi d' « enquête de flagrant délit », improprement puisque l'on ne vise ainsi que l'une des infractions concernées, peut être définie comme le cadre juridique qui autorise une administration coercitive de la preuve, après qu'a été constaté un crime ou un délit dont la commission est d'une antériorité récente. Fondé sur l'urgence qu'il y a à recueillir les preuves encore existantes³, le législateur a octroyé à la police judiciaire d'importants pouvoirs de contrainte (A). L'enquête de flagrance, source de contrainte, représente ainsi le siège procédural du pouvoir de contrainte de la police judiciaire.

En revanche, dans l'enquête préliminaire, le pouvoir de contrainte étant conditionné, la mise en œuvre des pouvoirs de police judiciaire est suspendue à l'assentiment de l'intéressé ou, depuis une évolution législative récente, à l'autorisation du juge (B).

A/ L'enquête de flagrance : source de contrainte

Dans ce cadre d'enquête, les pouvoirs de police judiciaire sont poussés à leur paroxysme ; ils ne sauraient être plus coercitifs (2°). Toutefois, parce que le législateur ne peut autoriser un usage incontrôlé de la contrainte, il les a enclavées dans un cadre procédural délimité (1°).

¹ Autre cadre juridique des pouvoirs de contrainte de police judiciaire, s'il en est un, l'enquête sur commission rogatoire ne sera pas ici envisagée. A notre sens, les pouvoirs exercés par la police judiciaire dans cette hypothèse ne sont pas, à proprement parlé, des pouvoirs de police judiciaire (V. *supra*). La police judiciaire se contente, sur la base de ces commissions rogatoires, d'exercer un pouvoir appartenant au juge d'instruction même si la pratique révèle qu'en fait les OPJ disposent, peu ou prou, d'une certaine autonomie dans l'exercice de ces pouvoirs (V. *supra* Titre 1, Chap. 1, II, B/).

² S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, p.498.

³ Comme le soulignaient les conseillers d'Etat TREILHARD, REAL et FAURE : « *C'est à l'instant que la police judiciaire peut et doit se montrer ; il n'y a pas un moment à perdre le moindre retard ferait disparaître le coupable et les traces du crime* » (Motifs du Code d'instruction criminelle).

1°) Un cadre procédural strictement délimité

Le législateur a encadré cette procédure par l'énumération de situations considérées comme constitutives de flagrance (a). Ces situations devront être caractérisées par l'officier ou l'agent de police judiciaire, toute objectivité gardée (b). En délimitant strictement cette procédure, le législateur vient borner le recours à des pouvoirs de police judiciaire coercitivement étendus.

a) Une caractérisation légale : les situations de flagrance

La contrainte ne peut être mise en œuvre que si elle répond à l'une des quatre situations de flagrance limitativement énumérées par la loi ; ces situations n'étant pas exclusives les unes des autres. Recensons brièvement ces situations de fait dépeintes par l'article 53 C.pr. pén.

➤ **La commission actuelle de l'infraction**

Est flagrant, au sens étymologique du terme¹, l'acte qui « *se commet au moment même* »², et le texte de l'art. 53 C. pr. pén. reprend sensiblement la même expression en soutenant qu'est flagrante l'infraction « *qui se commet actuellement* ».

Certains auteurs estiment que la flagrance est caractérisée par l'évidence de l'infraction qui est livrée à la perception visuelle ou auditive du policier ou du gendarme. Mais, elle peut être aussi constatée indirectement par la perception d'indices rendant vraisemblable la commission d'une infraction. En effet, « *rien n'impose, après tout, de continuer à juger qu'un délit qui n'est pas visible n'est pas un flagrant délit même s'il se commet actuellement* »³. Cependant, la constatation de la flagrance est plus discutable puisqu'elle dépend largement des circonstances de fait⁴.

Quid en cas d'infraction dont l'actualité de la commission ne se révèle par aucun signe extérieur ? L'hypothèse de l'infraction occulte exclut *a priori* l'ouverture d'une enquête de flagrance ; le policier ou le gendarme ne pouvant accéder à la perception concrète requise par la flagrance. Afin de confirmer objectivement – donc juridiquement – ses soupçons, il n'aura d'autres choix que de diligenter d'abord une enquête préliminaire. Ce n'est qu'après avoir

¹ L'expression flagrant délit provient étymologiquement du mot latin *flagrare* signifiant brûler.

² Définition du *Littre*.

³ LAMBERT, *Formulaire des officiers de police judiciaire*, éd. Police-Revue, Paris, 1970, p. 268.

⁴ Comme le souligne Serge GUINCHARD dans son ouvrage, « *la constatation qu'une personne est occupée à poser une échelle contre un balcon n'a pas la même signification selon qu'elle est faite à midi ou à minuit* ».

recueilli des indices objectifs tels que les auditions de témoins que les forces de l'ordre pourront recourir à l'enquête de flagrance¹ ; celle-ci intervenant alors *a posteriori*. À défaut, si cette première enquête ne permet pas d'ouvrir la voie de la procédure de flagrant délit, elle pourra toujours servir de fondement à l'ouverture d'une information et à la conduite d'investigation sur commission rogatoire.

➤ **L'infraction qui vient de se commettre**

Cette situation est la deuxième hypothèse visée par le Code de procédure pénale. Elle ne pose d'autres difficultés que celui du délai écoulé entre la commission de l'infraction et sa découverte par la police judiciaire. Cette dimension temporelle ne ressortant pas *expressis verbis* de l'article 53 C. pr. pén., elle a donné lieu à discussion et à évolution. D'abord, afin de ne pas étendre cette procédure fondée sur l'urgence, le délai retenu n'était que de quelques heures ce qui obligeait une saisine rapide de la police judiciaire. Ensuite, la jurisprudence a admis que l'écoulement d'un délai de vingt-huit heures laissait néanmoins perdurer l'état de flagrance².

La loi précise désormais que l'enquête de flagrance, menée à la suite d'une infraction flagrante doit se poursuivre sans discontinuer et ne peut durer plus de huit jours, sauf si le procureur de la République autorise une prolongation de cette même durée³.

➤ **La personne soupçonnée poursuivie par la clameur publique dans un temps très voisin de l'action**

Troisième situation assurant l'ouverture d'une enquête de flagrance, la clameur publique se distingue des autres rumeurs n'ayant pour fondement que le simple soupçon. GARRAUD écrivait qu'elle est « *l'accusation jetée au public* »⁴. Elle est le fruit de la spontanéité de la victime ou des témoins s'indignant par leur cri de l'infraction qui vient de se commettre. L'indice de la commission de l'infraction est ici auditif, la police judiciaire étant saisie par les cris⁵. Ces derniers doivent être exprimés dans un temps proche de la commission de l'infraction⁶. Aucune précision n'est apportée sur ce point : le ministre de l'Intérieur de

¹ Selon une jurisprudence constante, la Cour de cassation admet ce passage de l'enquête préliminaire à l'enquête de flagrance : Crim, 17 mai 1993 : Dr. Pén. 1994, chron. n° 2.

² Crim, 26 février 1991 : *JurisData* n°000967 ; Crim, 11 février 1988, Lourabi : *JurisData* n°001506.

³ Art. 53 al.2 et 3 C. pr. pén. dans sa rédaction issue de la loi du 23 juin 1999.

⁴ R. GARRAUD, *Traité d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris 1907, t. III, 235.

⁵ C'est essentiellement le cri de « Au voleur » ou « Arrêtez-le » qui donne une idée de l'exigence légale.

⁶ Mais la teneur de la jurisprudence induit que la clameur lancée plusieurs jours après les faits à l'encontre de l'auteur reconnu justifierait cependant l'appréhension de celui-ci.

l'époque déclarant que ce « *temps très voisin de l'action est toujours apprécié souverainement par le juge du fait* », tandis que selon le rapporteur, il est « *impossible de dire à partir de quelle durée minutée il y aurait encore flagrant délit* »¹.

➤ **La personne soupçonnée trouvée, dans un temps très voisin de l'infraction, en possession d'objets ou d'indices laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit**

D'une rédaction défectueuse selon la doctrine², cette dernière situation est celle où les policiers ou gendarmes appréhendant une personne perçoivent dans des objets ou indices la commission récente d'une infraction. En est-il de la découverte, lors d'une perquisition, d'objets d'origine apparemment frauduleuse, laissant supposer une infraction de recel de choses³ ou lors d'un contrôle routier, d'une forte odeur de cannabis supputant une infraction à la législation des stupéfiants⁴. Quant à l'exigence de temporalité, elle recoupe celle de la clameur publique et doit donc être entendue comme il a été précisé.

➤ **Enquêtes *sui generis* empruntant au régime de la flagrance**

D'autres situations ont pu être assimilées, par une partie de la doctrine, à la flagrance en raison de la coercition qu'elles permettent. Toutefois, certains auteurs ont excipé avec sagacité que ces enquêtes sont, en réalité, des « enquêtes *sui generis*, ne répondant pas aux fondements des enquêtes de police judiciaire en ce qu'elles ne sont ouvertes non pas pour “ constater les infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves et en rechercher les auteurs ” mais pour découvrir les causes d'une situation donnée à propos de laquelle le législateur estime indispensables, pour des raisons d'ordre public, des investigations »⁵. Nous nous rallierons à cette conception doctrinale. Toutefois, cette distinction n'empêche pas de s'arrêter quelques instants sur ces situations qui intéressent notre propos puisque le législateur a aménagé les pouvoirs de coercition de la police judiciaire sur le même modèle que la flagrance.

¹ JOAN, 25 juin 1957.

² L'interprétation littérale conduit à penser que dans la situation de fait ici évoquée l'infraction est déjà connue de l'intervenant et que cette hypothèse prend place dans une enquête de flagrant délit.

³ L'OPJ peut alors procéder à une saisie incidente (V. *supra* Titre 1, Chap. 2, I, B/, 2°).

⁴ Crim, 4 novembre 2000, D. 2000.

⁵ S. GUINCHARD, J.BUISSON, *op. cit.*, p.507-508.

L'article 74 C. pr. pén. retient, d'abord, l'hypothèse où une personne est retrouvée morte ou grièvement blessée¹ dans des circonstances inconnues ou suspectes. Afin de déterminer les causes de cette situation, le législateur a doté la police judiciaire de pouvoirs de contrainte étendus sur le modèle des articles 56 à 62 C.pr.pén. propres à la flagrance².

L'art. 74-2 C. pr. pén., issu de la loi 9 septembre 2002, a aménagé un autre cadre d'enquête *sui generis* regroupant trois situations de disparition : disparition d'un mineur, disparition d'un majeur protégé, disparition d'un majeur présentant un caractère inquiétant ou suspect eu égard aux circonstances, à l'âge de l'intéressé ou à son état de santé. Ces enquêtes renferment les mêmes pouvoirs que précédemment.

Enfin, dernière nouveauté, la loi du 9 mars 2004 a créé un nouveau cadre d'enquête aux fins de rechercher et de découvrir une personne en fuite qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt délivré par le magistrat ou la juridiction compétente ou d'une condamnation exécutoire à une peine d'emprisonnement au moins égale à un mois d'emprisonnement (art. 74-2 C. pr. pén.). Les pouvoirs conférés à la police judiciaire sont les même que ceux précédemment évoqués à ceci près que, sur réquisitions du procureur de la République, le juge des libertés et de la détention peut autoriser l'interception des correspondances émises par voies de télécommunications.

Ce bref exposé des situations de flagrance pose le cadre procédural des enquêtes de flagrance. Ces dernières ne peuvent être diligentées par la police judiciaire que si elles répondent aux prescriptions légales que l'on a vues restrictives. Toutefois, ces situations demeurent largement soumises à l'appréciation des agents de la force publique de sorte que la rigueur de cette énumération légale est exposée aux supputations de ces derniers. Soucieux d'éviter une extension intolérable de l'enquête de flagrance, le législateur requiert que l'appréciation de ces situations de flagrances soit juridiquement fondée. À la restriction de ces situations s'ajoute ainsi l'objectivisation de leurs constatations. En conséquent, l'encadrement procédural est renforcé, les pouvoirs de police judiciaires mieux contrôlés.

¹ Création de la loi « Perben II » du 9 mars 2004.

² Ajout de la loi n°2009-526 12 mai 2009, *de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures* : JO 13 mai 2009, p. 7920.

b) Une caractérisation objective : l'appréciation de la police judiciaire

La caractérisation de l'infraction flagrante est primordiale puisqu'elle préside l'ouverture de l'enquête de flagrance en se rattachant à l'une des situations susvisées. Si elle peut être indifféremment le fait d'un APJ ou d'un OPJ¹, elle doit procéder d'un constat objectif (α) et préalable (β). Parce que ce constat commande, à lui seul, l'octroi d'un fort pouvoir de contrainte, il veille à la protection des libertés. Cet encadrement de la constatation de l'infraction n'est donc pas une vaine ombre procédurale.

α – Un constat objectif

L'infraction flagrante peut être constatée par les policiers soit de manière immédiate, au moyen de leur sens, soit de manière médiate, par le truchement d'un ou plusieurs indices extérieurs laissant présumer son existence. La première hypothèse, si elle procède d'une constatation difficilement contestable, est néanmoins marginale. La police judiciaire devra, le plus souvent, recueillir des indices fondant juridiquement l'ouverture d'une enquête de flagrance. Cette mission heuristique s'accomplit le plus souvent en un trait de temps, dans l'urgence. Tout les sens du policier sont en éveil : visuel, auditif, tactile² voire olfactif, afin de servir une réaction immédiate. La qualification de la flagrance est, parfois d'une telle rapidité, qu'elle se cantonne à la constatation objective des faits. Constatation et qualification doivent être, toutefois, distinguées pour se situer différemment dans le processus de flagrance. Ainsi, après avoir constaté une situation de fait soit directement soit par des indices, le policier doit s'assurer qu'elle répond à l'une des qualifications légalement visées avant de pouvoir agir. En toute hypothèse, la situation de flagrance doit s'apprécier à l'instant de l'intervention des forces de l'ordre³.

Aussi importante soit-elle, la caractérisation de la flagrance n'a parfois d'autres choix que de recourir au(x) indice(s) donc de se livrer, pour partie, aux aléas de l'apparence⁴. Afin de limiter, autant que faire ce peut, les risques inhérents à l'apparence, la jurisprudence exige que l'indice soit objectif. Si l'apparence autorise l'intervention policière sur simple présomption, celle-ci doit procéder d'une réalité objectivement vraisemblable. Indispensable à la

¹ Conformément aux articles 16, 20 et 21 C. pr. pén.

Le législateur a laissé à l'officier ou l'APJ, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, l'appréciation de la flagrance préalable à l'exercice de son pouvoir de contrainte, à peine de sanction pénale, disciplinaire et civile ainsi que de nullité des actes accomplis en cas de méconnaissance de la loi.

² La palpation de sécurité, distincte de la fouille à corps, peut amener la découverte d'un flagrant délit de port d'arme prohibé (V. en ce sens : Crim, 27 septembre 1988 : *Gaz. Pal.* 1989, 1, somm. p.75).

³ Crim, 11 mars 1992, *Bull. crim.* n°110.

⁴ Sur cette notion, cf. *supra* : Titre 1, Chap.1, II-, A/,1°).

construction de cette présomption, l'indice objectif peut être défini comme « *l'élément de fait qui, exclusif du simple soupçon du policier, doit être apparent et rendre vraisemblable la commission actuelle d'une infraction* »¹.

Si la jurisprudence exige l'objectivité, elle n'appelle pas à la pluralité d'indices pour présumer une situation de flagrance. Selon une expression doctrinale, l'indice réside le plus souvent dans un « indice-attitude » dont la signification est fonction de la casuistique. Pour reprendre l'exemple précité, la constatation qu'une personne est occupée à poser une échelle contre un balcon n'a pas la même signification selon qu'elle est faite à midi ou à minuit. D'autres situations sont, en revanche, moins sujettes à interprétation : la fuite de l'individu interpellé par une patrouille ou sur un barrage routier constitue l'exemple type d'indice-attitude².

La présomption doit être distinguée de la conviction de l'agent puisque cette dernière s'analyse juridiquement en un simple soupçon. Celui-ci ne peut être toléré, dans un Etat de droit, car se serait aller dans le sens de ce que notre droit se refuse à savoir laisser l'usage de la coercition à la discrétion de la police judiciaire. De même, afin de ne pas permettre un usage sans frein de la contrainte, la police judiciaire doit caractériser la flagrance préalablement à l'exercice de la contrainte.

β – Un constat préalable

Cette exigence procédurale est une constante jurisprudentielle : « *l'enquête de flagrant délit doit suivre et non précéder le délit flagrant* »³. Elle relève de l'évidence puisqu'on ne saurait recourir à la contrainte pour établir une situation de flagrance alors que l'usage de la contrainte n'est légitimé que par le constat préalable d'une infraction flagrante⁴. En cas contraire, l'enquête de flagrance perdrait tout son intérêt car cela signifierait que la contrainte puisse être mise en œuvre indépendamment de tout cadre procédural. Pis, établir une flagrance afin de justifier l'usage de la contrainte alors même qu'on y a déjà eu recours pour constater son existence relève d'une déviance dans le raisonnement, d'une forme d'hypocrisie intellectuelle et juridique. Il ne va pas sans dire que les libertés seraient alors menacées.

¹ S. GUINCHARD, J.BUISSON, *op. cit.*, p. 503.

² TC, 15 janvier 1968 : *DS* 1968, 417.

³ Crim, 21 juillet 1982, Administration des douanes : *Bull. crim.* n° 196.

⁴ Une perquisition, une fouille ou une saisie ne peuvent être employées sans avoir préalablement constaté un ou plusieurs indices objectifs de l'existence d'une infraction (Crim, 30 mai 1980, Gomez-Garzon : *Bull. crim.* n° 165).

L'intérêt et l'enjeu de l'exigence d'un constat préalable à l'ouverture de l'enquête sont, désormais, mieux perceptibles. À présent, nous pouvons nous demander : comment est mise en œuvre cette exigence procédurale en pratique ?

Par principe, le policier ou le gendarme ne recueillent que les indices apparents qu'ils peuvent légalement appréhender. Ainsi pour apprécier la validité d'un constat préalable, il faudra s'assurer qu'il est intervenu par des moyens légalement autorisés. Par exemple, l'appréciation d'un constat opéré par la police judiciaire dans un lieu considéré suppose d'établir la légalité de son accès en ce lieu¹.

Or, comme nous avons pu le voir, il arrive parfois que pour obtenir un indice extérieur d'une activité délictueuse dont l'OPJ a le soupçon, ce dernier n'ait d'autres choix que de recourir à une enquête préliminaire pour mettre en exergue la flagrance. Dans le même sens, l'infraction flagrante peut être découverte de manière purement fortuite au cours d'enquêtes préliminaire, de flagrance ou d'instruction pour toute autre infraction².

Quelles que soient les circonstances dans lequel il intervient, ce constat préalable est strictement contrôlé par la Cour de cassation car, en fondant juridiquement la flagrance, il est générateur de contrainte. Cette contrainte est puisée dans le régime juridique de l'enquête de flagrance. Parce qu'elle en est la source, cette enquête est strictement encadrée par le législateur. La caractérisation objective (et préalable) des situations de fait conformément aux prévisions de la loi (art. 53 C. pr. pén.) renforce cet encadrement procédural et incidemment le contrôle de la contrainte. À mesure que la procédure est encadrée, la contrainte est enserrée.

Mais lorsque l'enquête de flagrance trouve à s'appliquer, les pouvoirs de police judiciaire sont alors renforcés. Le pouvoir propre de contrainte peut alors se déployer sous les manifestations qu'on lui connaît³.

¹ Crim, 5 février 2008, B.D. : *JurisData* n°2008-043070.

² Ass. plén., 22 novembre 2002 : *JurisData* n°016547 : « lorsque les OPJ découvrent au cours de l'exécution d'une commission rogatoire des faits délictueux étrangers à la saisine du juge d'instruction, il ne leur est pas interdit de procéder à des investigations sur ces faits en mettant en œuvre les pouvoirs qu'ils tiennent des règles prévues par les articles 53 et 78 C. pr. pén. pour l'enquête préliminaire ou de flagrance (...) ».

³ Cf. *supra* Titre 1, Chap.2 : « La représentation concrète du pouvoir propre de police judiciaire ».

2°) Des pouvoirs de police judiciaire renforcés

L'enquête de flagrance permet l'immixtion de la coercition dans notre Etat de droit par les pouvoirs qu'elle confère à la police judiciaire (b). En outre, elle assure ces pouvoirs de coercition d'une emprise immédiate par leur mise à disposition (a). Certains auteurs ont considéré que les pouvoirs ainsi conférés l'ont été en qualité de « pouvoirs propres » (sic). Une attention particulière sera portée à cette conception doctrinale au gré de ces développements.

a) Des pouvoirs à disposition

La mise en œuvre des pouvoirs de police judiciaire est facilitée par la double opportunité laissée aux agents de la force publique : opportunité de l'enquête (α) et opportunité de la mesure de police judiciaire (β). Par celle-ci, ils disposent du pouvoir de police judiciaire escompté, par celle-là, ils lui empreignent un régime plus ou moins coercitif.

α – Opportunité de l'enquête

Sous le Code d'instruction criminelle¹, l'enquête de flagrance était personnellement confiée au procureur de la République². Néanmoins, dans la pratique, tous ces actes rentrant dans la compétence du procureur de la République pouvaient être accomplis par les OPJ qui, ayant la qualité « d'auxiliaire du procureur de la République », disposaient « en l'absence de leur chef et sans délégation spéciale » de larges pouvoirs de recherche, justifiés par l'état de flagrance³. Aussi le Code de procédure pénale est venu consacrer cette pratique en accordant formellement aux fonctionnaires le pouvoir de procéder à ces enquêtes.

S'ils ont désormais accès à l'enquête de flagrance, les agents de la force publique en ont aussi l'opportunité. Celle-ci est particulièrement sensible lors de l'opération de qualification par les forces de l'ordre qui consiste à conférer à la situation de fait un cadre juridique approprié. Bien que ce constat soit objectif, il n'en est pas moins soumis au jeu de l'apparence. La caractérisation de la flagrance est donc, quoiqu'on en dise, laissée au moins pour partie à l'appréciation personnelle du policier qui y recourt. Il peut ainsi juger de l'opportunité de l'enquête.

¹ Art. 32 C.I.C.

² CAULLET, *Des fonctions du procureur de la République et de ses auxiliaires. Au point de vue de la police judiciaire*, thèse, Paris, 1909. CATHERINE, *Les pouvoirs d'instructions du procureur de la République*, thèse, Paris, 1956.

³ F. HELIE, *op. cit.*, t.III, n°1500 ; CAULLET, thèse préc., p.378 et s. ; PASCAL, *Le rôle judiciaire du commissaire de police*, thèse, Lyon, 1922, p.17 et s.

S'il s'avère que l'opportunité était inconsiderée i.e. que la situation sur laquelle le policier a fondé son action se révèle ne pas correspondre à la perception vraisemblable qu'il en avait d'abord eue, celle-ci est couverte par la théorie de l'apparence¹. L'opportunité est ainsi protégée.

En pratique, cette opportunité est souvent dévoyée aux fins de rentabilité procédurale. Ainsi, mieux vaut-il privilégier l'enquête de flagrance à l'enquête préliminaire qui offre moins de pouvoirs coercitifs et est donc vue comme moins efficace.

Parfois l'enquête s'impose d'elle-même car une des spécificités de la matière veut que la situation de flagrance saisissent *ipso facto* l'OPJ (le procureur de la République ne pouvant ordonner l'ouverture d'une telle enquête qu'autant flagrance il y a). Toutefois, le principe demeure celui de l'opportunité de l'enquête. Quand bien même il serait saisi d'une flagrance, l'OPJ est libre de s'en délester au profit d'une enquête préliminaire, l'opportunité étant circonstanciée par les faits infractionnels et les difficultés prévisibles pour la recherche des auteurs ou le rassemblement des preuves. Nombre de délits flagrants mineurs (tels les vols dans les grands magasins), ne nécessitent pas, sauf exception, la mise en œuvre de la coercition, et sont traités en enquête préliminaire (confiée à un APJ). Il en va de même des accidents de la circulation routière.

Une fois le cadre d'enquête fixé, l'OPJ peut ensuite mettre en œuvre ces pouvoirs spontanément². Il dispose, là encore, d'un véritable pouvoir d'opportunité quant aux mesures coercitives diligentées.

β – Opportunité des pouvoirs

Dans le cadre de la flagrance, les OPJ peuvent librement recourir aux pouvoirs de police judiciaire. L'enquêteur est juge de l'opportunité des mesures coercitives : « *les choix à exercer ne pouvant qu'être laissés, compte tenu des nécessités de l'enquête, à l'appréciation, à la sagacité et à la conscience professionnelle de l'OPJ* »³. L'accomplissement des diligences de l'enquête est ainsi laissé à son appréciation⁴.

¹ Cf. *infra* : Titre 2, Chap.2, II-, A/, 2°, b).

² Cette assertion est valable pour les deux types d'enquêtes.

³ T. corr. Paris, 24 février 1978, aff. baron E.

⁴ Seul le transport sur les lieux lui étant imposé par la loi : art. 54 C. pr. pén.

Dans l'enquête flagrante¹, l'OPJ peut ainsi mettre en œuvre ces pouvoirs coercitifs spontanément ou sur instructions du procureur de la République, ès qualités de directeur de la police judiciaire. Il n'a nul besoin, préalablement à cet exercice, de demander une autorisation à ce magistrat.

Contrairement à une idée développée par les publicistes², la contrainte n'est pas toujours soumise à l'autorisation préalable du juge puisqu'en procédure pénale, l'enquête de flagrante permet à l'OPJ d'user immédiatement de son pouvoir de contrainte finalisé par la manifestation de la vérité.

Certes, l'OPJ doit rendre compte au procureur de la République en application des dispositions combinées des articles 12, 19 C. pr. pén. et, si une personne est mise en cause, de l'art. 75-2 dudit code. Mais, la Cour de cassation a eu l'occasion de juger que « *le défaut d'information du procureur de la République est sans effet sur la validité des actes accomplis(...)* »³.

Le régime auquel sont soumis les pouvoirs de police judiciaire dans l'enquête de flagrante a conduit une partie de la doctrine à leur reconnaître la qualité de « pouvoirs propres » (sic). Parce que les OPJ peuvent recourir à ces pouvoirs spontanément, sans autre formalité que leur propre volonté, cette expression trouve à s'expliquer. De plus, quand la seule obligation d'information qui leur incombe n'est assurée d'aucune effectivité, cette conception ne peut être que partagée. En effet, une obligation assortie d'aucune sanction légale n'est qu'une obligation morale dont le respect ne dépend que de la bonne volonté de celui à qui elle s'applique. Par le relâchement du lien hiérarchique, ils s'affranchissent ainsi de leur subordination à l'égard du procureur de la République pour prospérer vers une certaine autonomie⁴.

Cette expression de « pouvoirs propres » (sic) permet ainsi de distinguer les pouvoirs de police judiciaire pouvant être librement exercés de ceux conditionnés à l'autorisation de l'autorité judiciaire et de fait, plus strictement encadrés. Elle a une vertu plus didactique que synchrétique.

¹ Comme dans l'enquête préliminaire.

² V. concl. Romieu sur TC, 3 décembre 1902, Sté immobilière de Saint Just : D. 1904, 3, 41.

³ Crim, 1^{er} décembre 2004, n°04-80.536 : *JurisData* n°2005-026136, Procédures n°3, Mars 2005, comm.76 J. Buisson.

⁴ L'autonomisation de la police judiciaire à l'égard de l'autorité judiciaire a été plus en amont développée (Cf. *supra* Titre 1, Chap. 1, II-, B/).

En effet, cette conception doctrinale, pour vraie qu'elle soit, décline les « pouvoirs propres » (sic) de police judiciaire, exacerbant leur diversité, au lieu de les rassembler dans ce qui fait leur véritable propriété. La contrainte, seule, permet de restituer la dimension syncrétique des pouvoirs de police judiciaire. De la sorte, elle constitue le pouvoir propre de police judiciaire par excellence. Il ne s'agit pas de dire que ces deux conceptions, l'une plurale des « pouvoirs propres » (sic), l'autre unitaire, sont exclusives l'une de l'autre, simplement qu'elles se situent différemment dans le raisonnement juridique.

Le pouvoir propre de contrainte est une donnée purement théorique qui gouverne les pouvoirs de police judiciaire lesquels en retranscrivent plus ou moins la portée dans l'ordre juridique interne selon les prescriptions de l'Etat de droit. Or il s'avère à l'analyse que c'est par les « pouvoirs propres » (sic) de police judiciaire que le pouvoir de contrainte trouve sa pleine efficacité parce que, sous ces pouvoirs, il est moins jugulé par notre Etat de droit. L'enquête de flagrance en est un parfait exemple puisqu'elle permet à la contrainte de pleinement s'appliquer par les « pouvoirs propres » alors consacrés. Les « pouvoirs propres » de police judiciaire représentent pour ainsi dire « le fer de lance » du pouvoir propre de contrainte. Parmi les différentes manifestations de la contrainte dans l'ordre interne, ces « pouvoirs propres » de police judiciaire en sont la représentation la plus fidèle.

Donc ces deux conceptions rejoignent des réalités juridiques différentes : le pouvoir propre de contrainte, que nous soutenons, relèverait d'un ordre juridique conceptuel alors les « pouvoirs propres » de police judiciaire, présentés par les auteurs, trouveraient leur place dans l'ordre juridique factuel interne.

Les « pouvoirs propres » tels qu'ils sont consacrés en doctrine adoptent, cependant, une vision réductrice du pouvoir propre de police judiciaire que nous trouvons dans la contrainte. Ils décrivent davantage l'autonomie dont dispose la police judiciaire dans l'exercice de ces pouvoirs de sorte qu'il serait plus à propos de parler, à leurs égards, de « pouvoirs autonomes » ou quasi-autonomes (puisque la police judiciaire reste malgré tout sous l'autorité fonctionnelle du procureur de la République) que de « pouvoirs propres ». Cette appellation doctrinale ne décrit donc qu'un aspect du pouvoir propre de police judiciaire, celui où le pouvoir de contrainte revêt une certaine autonomie. En somme, il est un pouvoir propre, celui de contrainte, et des pouvoirs plus ou moins autonomes, ceux considérés comme « propres » par la doctrine.

Si cette autonomie policière, véhiculée par l'opportunité de l'enquête et des pouvoirs subséquents, est organisée par l'enquête de flagrance, celle-ci prévoit avant tout une extension des pouvoirs de police judiciaire par le recours plus effectif à la coercition.

b) Des pouvoirs de coercition étendus

Le procureur général BESSON affirmait que « *les plus larges pouvoirs ont été accordés à la police judiciaire en cas de flagrant délit* »¹.

D'abord, comme nous venons de le voir, les OPJ disposent, en matière de flagrance, d'une opportunité dans la mise en œuvre des pouvoirs qu'ils détiennent de la loi (norme de contrainte). Ils sont donc libres dans l'exercice des pouvoirs de police judiciaire prévus dans le cadre de la flagrance ; ce qui a conduit l'auteur précité à conclure que « *tous les pouvoirs de police judiciaire ont donc été conférés à l'OPJ à titre de pouvoirs propres* »². On retrouve alors en filigrane de l'expression de « pouvoirs propres » (sic) l'idée selon laquelle les OPJ jouissent d'une certaine autonomie dans l'exercice des pouvoirs de police judiciaire.

Ensuite, l'enquête de flagrance et c'est là tout son intérêt confère aux OPJ un fort pouvoir de contrainte identique, selon certains auteurs, à ceux du juge d'instruction dans le cadre de l'instruction³. Toutefois, l'autonomie de ce cadre d'enquête, notamment par rapport à l'instruction, a été affirmée⁴. Cette contrainte permet à l'OPJ de se passer du consentement de la personne concernée et de lui imposer l'exécution des actes de l'enquête. Ainsi, l'OPJ décide seul, pour l'essentiel, des arrestations, perquisitions, saisies et gardes à vue⁵, même s'il demeure constamment sous la direction du procureur de la République (art. 12 C. pr. pén.). Les pouvoirs coercitifs auxquels l'OPJ peut recourir ne seront pas davantage développés puisqu'ils l'ont été suffisamment lors d'études antérieures. Nous vous y renvoyons pour le surplus⁶.

¹ A. BESSON, *L'origine, l'esprit et la portée du Code de procédure pénale*, RSC, 1959, p.273.

² A. BESSON, *La police judiciaire et le Code de procédure pénale* : D. 1958, ch.XXI, n°61.

³ Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR et Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 1994, 16^{ème} éd., n°307, p. 321 : « *il semblerait que l'on soit plutôt en présence de véritables pouvoirs d'instruction qui, à raison de l'urgence, sont conférés exceptionnellement et pour une durée limitée, aux OPJ* ».

⁴ Crim, 20 août 1986 : *JurisData* n° 1986-001611 ; *Bull. crim.* 1986, n° 247.

⁵ A. BESSON, R. VOUIN et P. ARPAILLANGE, *Code annoté de procédure pénale Titre préliminaire et Livre I*, Librairies Techniques, 1958, p.66.

⁶ Cf. *supra* (Titre 1, chap. 2).

Plus intéressant est de constater que l'enquête de flagrance marque ainsi une perméabilité de notre Etat de droit à la contrainte. Celle-ci est rendue possible par la flagrance mais l'exercice n'en est que peu réglementé. Les seules restrictions sont éventuellement posées par le régime propre à certains de ces pouvoirs coercitifs. Par exemple, le régime propre aux perquisitions prévoit qu'elles ne pourront pas avoir lieu avant 6 heures et après 21 heures¹.

Bien que nécessairement adapté sous une pléthore de pouvoirs de police judiciaire, le pouvoir propre de contrainte aspire à une certaine plénitude. L'enquête de flagrance est le siège procédural de ce pouvoir de contrainte. La doctrine considère même que la contrainte qu'elle renferme a été conférée par le Code de procédure pénale à l'officier de police judiciaire, « *à titre de pouvoir propre* ». Replacées dans leur contexte, ces propos nous ramènent à la désillusion : ce n'est pas tant le pouvoir de contrainte qui est considéré comme « propre » mais plutôt les modalités d'exercice de ce pouvoir.

Le pouvoir propre de contrainte trouve dans l'enquête de flagrance une ressource considérable. Mais, il n'en demeure pas moins strictement encadré sous des pouvoirs de police judiciaire replacés dans un cadre d'enquête encore plus réglementé. Si un tel usage de la contrainte est autorisé dans notre Etat de droit c'est que l'urgence le justifie. Par hypothèse, l'urgence n'est plus dans l'enquête préliminaire de sorte que l'usage de la contrainte s'en trouve moins justifié. La contrainte doit donc, sous l'enquête préliminaire, être plus encore aménagée.

B/ L'enquête préliminaire : aménagement de la contrainte

Fille de l'enquête officieuse², l'enquête préliminaire vise à rapporter des renseignements, au procureur de la République, sur un fait susceptible de constituer une infraction afin qu'il puisse décider des suites à lui donner. N'appelant pas à la promptitude, cette enquête envisage plus restrictivement la contrainte. Une partie de la doctrine analyse cette enquête comme « non coercitive ». Aussitôt le doute nous assaille parce que cette conception viendrait ébranler notre thèse d'un pouvoir propre de contrainte. Que l'on se

¹ Art. 59 C. pr. pén.

² V. BUISSON, *L'enquête préliminaire* : Rép. pén. Dalloz, 1999. L'enquête préliminaire, instaurée par le Code de procédure pénale de 1959, est venue officialisée les pratiques qui s'étaient développées depuis 1808 sous le vocable de l'enquête officieuse.

rassure, la meilleure doctrine excipe que cette enquête demeure coercitive mais d' une « *coercition conditionnelle* »¹ dans la mesure où elle est subordonnée à l'acceptation du particulier (1°) et renforcée par l'autorisation judiciaire (2°). Finalement, loin d'avilir notre thèse, ces développements ne viendront que la confirmer, appuyés par les évolutions législatives récentes conférant à la police judiciaire plus de contrainte dans ce cadre d'enquête.

1°) Une contrainte subordonnée à l'acceptation du particulier

Les agents de la force publique ne peuvent ici mettre en œuvre leur pouvoir de contrainte qu'avec l'assentiment de la personne qui en fait l'objet.

Curieux procédé, s'il en est, par lequel la police judiciaire demande à la personne considérée de bien vouloir subir une ou des mesures coercitives. Quel être, doué de raison, accepterait sur demande cette proposition pour le moins désobligeante ? Au mieux, celui doté de probité accepterait, l'autre, sujet à culpabilité, refuserait. L'intérêt du procédé serait, en conséquence, neutralisé. Mais cette proposition n'est pas sans compter la contrainte psychologique qui l'accompagne. Appuyée par une contrainte *ad hoc*, cette proposition apparaît, elle-même, emprunte d'une certaine coercition².

Quoiqu'il en soit, aucune mesure coercitive ne pourra être exécutée à l'encontre d'une personne tant que celle-ci n'aura pas accepté, expressément ou implicitement. Cette disposition traduit l'économie générale de l'enquête préliminaire. Parce que les circonstances ne révèlent pas une matérialité infractionnelle suffisante et que l'urgence n'est pas requise, la contrainte ne peut être justifiée par notre Etat de droit. Ce dernier ne peut que la rendre possible en prévoyant juridiquement son application sur acceptation du particulier. Finalement, l'usage de la contrainte ne peut être que justifié par ce dernier.

Eu égard à la place centrale qu'il occupe, le consentement du particulier est strictement contrôlé par la jurisprudence. Elle rejette, d'une part, toute idée de présomption de consentement³, obligeant incidemment les forces de l'ordre à informer le particulier de son

¹ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, p.564 et s.

² Nous vous renvoyons à nos développements antérieurs sur la notion de contrainte psychologique, une des manifestations les plus significatives du pouvoir propre de police judiciaire (Cf. *supra* Titre 1, Chap. 2, II, A/, 2°)).

³ Crim, 12 mai 1923 : DP 1923, 1, 174.

droit de refuser la mesure coercitive proposée¹. D'autre part, elle veille au consentement éclairé de la personne visée afin de s'assurer, *in concreto*, de sa réalité². En cas de non-respect, la sanction est la nullité de l'acte voire de la poursuite pénale contre son auteur. Cependant, le consentement valablement donné, il ne peut être révoqué : une fois la coercition débutée, la personne ne pourra plus se rétracter³.

Dans l'enquête préliminaire, les pouvoirs de police judiciaire ne sont pas différents, en substance, de ceux que le législateur a prévu dans l'enquête de flagrance. Il n'est de différence que de régime. C'est bien là le signe de l'adaptation du pouvoir de contrainte dans l'Etat de droit. Suivant les nécessités d'investigations ou les impératifs de protection des libertés, notre système juridique régule en conséquence le pouvoir de contrainte en modifiant le régime procédural auquel sont soumis les pouvoirs de police judiciaire. Précisément, dans le cadre de l'enquête préliminaire, pour les raisons que nous avons déjà indiquées, la contrainte est davantage régulée, les pouvoirs de police judiciaire sont donc restreints d'autant. Cela se traduit, en termes de procédure, par une soumission des pouvoirs de police judiciaire à l'acceptation préalable de la personne à laquelle ils s'appliquent. Ce constat étant posé, point n'est besoin de décliner ce qui l'a déjà été et de présenter les différents pouvoirs de police judiciaire. Nous vous y renvoyons pour le surplus à la lumière de ces considérations⁴. Précisons, cependant, qu'en tant que mesure pleinement coercitive, la garde à vue n'est pas soumise à l'acceptation de l'intéressé ; simplement, pour être mise en œuvre, elle suppose que le suspect ait répondu volontairement à la convocation policière car aucune arrestation ni convocation coercitive n'est possible en principe⁵.

Mais alors que les pouvoirs de police judiciaire viennent de vous être décrits comme étant soumis à la coercition conditionnelle, le législateur a récemment modifié le schéma originel de l'enquête préliminaire en prévoyant un renforcement de la contrainte sur autorisation judiciaire.

¹ La jurisprudence vérifie notamment que la personne s'est vue notifiée sa faculté de refuser l'acte proposé : Crim, 28 janvier 1987 : *Bull. crim.* n°48.

² V. notamment : Crim, 9 juillet 1953, Acheraoui : D. 1954, 110 – 19 juin 1957, Guérin : D. 1958, 563.

³ Sous l'enquête officieuse, le consentement ne valait qu'autant qu'il était maintenu, et la personne concernée par l'acte intrusif disposait, semble-t-il, de la possibilité de se rétracter à tout moment, ce qui conduisait gendarmes et policiers à quitter les lieux sur le champ.

⁴ Cf. *supra* (Titre 1, Chap. 2).

⁵ Cependant, les réformes ultérieures sont venues quelque peu écorner ce principe comme nous allons le voir immédiatement.

2°) Une contrainte renforcée par l'autorisation judiciaire

Nombreuses furent les raisons appelant à une rénovation de l'enquête préliminaire dans le sens d'une coercition croissante : affaiblissement du sens civique des citoyens, émergence de nouvelles formes de criminalité, développement exponentiel des procédés technologiques, etc.¹.

Le renforcement de la coercition dans l'enquête préliminaire s'est fait crescendo : d'abord dans les lois de 1986² et de 2001³, plus encore dans la loi du 9 mars 2004. Ainsi, le particulier s'est vu spolié de son consentement au profit de l'autorité judiciaire désormais compétente pour autoriser la contrainte. Force est de constater, avec un auteur, que « *la coercition ne relève plus de la seule enquête de flagrance* »⁴.

Parce que ces réformes n'affectent pas tous les pouvoirs de police judiciaire, seuls ceux qui ont bénéficié de ce sursaut de coercition méritent d'être déclinés. L'une des évolutions majeures de l'enquête préliminaire vers la coercition ordinaire concerne le pouvoir désormais reconnu aux OPJ, sur autorisation du procureur, d'interpeller un témoin et de le contraindre *manu militari* à comparaître⁵.

La plupart des dispositions consacrées tendent à rapprocher le régime de l'enquête préliminaire de celui de l'enquête de flagrance en étendant à la première les mesures de contrainte ordinairement réservées à la seconde. Ainsi, la loi a transféré de l'enquête de flagrance à l'enquête préliminaire les mêmes pouvoirs de signalisation ainsi que de prélèvement aux fins de comparaison et d'identification, sur les personnes suspectes au sens de l'article préliminaire du Code de procédure pénale⁶. Dans son mouvement d'extension de l'octroi de la coercition à la police judiciaire, la loi Perben II a aménagé une perquisition coercitive pour toute enquête relative à une infraction punie d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans⁷.

¹ J.-L., POISOT, *Enquête préliminaire* : J-CL. Procédure pénale, Art. 75 à 78.

² Loi n°86-1020 9 septembre 1986.

³ Loi n°2001-1062 15 novembre 2001.

⁴ C. MARIE, *La montée en puissance de l'enquête* : AJ Pénal, 2004, p.221.

⁵ Art. 78 C. pr. pén.

⁶ Art. 76-2 C. pr. pén.

⁷ Art. 76 al.4 C. pr. pén.

Ainsi pouvons-nous conclure avec un auteur¹ que « *l'extension des moyens coercitifs en enquête préliminaire a pour conséquence de rapprocher cette dernière de l'enquête de flagrance à tel point d'ailleurs qu'on peut se demander si la coexistence de ces deux cadres d'enquêtes est encore opportune aujourd'hui* »².

Quand l'enquête préliminaire converge vers l'enquête de flagrance, c'est le pouvoir propre de contrainte qui s'en trouve grandit car les pouvoirs de police judiciaire sous lesquels il prend forme sont alors moins jugulés par l'Etat de droit. Avec le développement coercitif de ces derniers dans l'enquête préliminaire, le pouvoir propre de police judiciaire se trouve donc renforcé. Ce renforcement n'est possible que dans deux situations : soit que les pouvoirs de police judiciaire gagnent en coercition, comme en présence, soit qu'ils se voient dotés d'une certaine autonomie ce que la doctrine consacre par la reconnaissance des « pouvoirs propres » (sic). Dans ces deux hypothèses, le pouvoir propre de police judiciaire (tel que nous l'envisageons) est moins enserré par l'Etat de droit, donc trouve mieux à s'exprimer.

Cette dernière hypothèse est absente en l'espèce ce que la doctrine constate « *la loi (instaurant une contrainte autorisée par un magistrat) n'a pas octroyé de nouveaux pouvoirs propres à l'agent de la force publique* »³ (sic). Relevons que l'enquête préliminaire confère toutefois à la police judiciaire une certaine autonomie puisque les agents de la force publique peuvent s'autosaisir en vertu de l'art. 75 C.pr.pén. Le but est de renforcer l'intervention immédiate de la police en matière judiciaire⁴. La jurisprudence encourage même de semblables initiatives en en reconnaissant que « *les OPJ peuvent, quelle que soit la personne qui porte des faits susceptibles de qualification pénale à leur connaissance, procéder d'office à une enquête préliminaire* »⁵.

L'étude des enquêtes policières révèle qu'elles organisent le pouvoir de contrainte dans des cadres juridiques spécifiques. Bien que ce pouvoir propre se manifeste toujours sous les mêmes pouvoirs de police judiciaire, ces derniers diffèrent quant à leurs régimes selon qu'ils relèvent de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire. Cela s'explique car les

¹ Jean-Luc LENNON, *Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire*, DP n°10, Octobre 2007, Etude 21.

² Nous reviendrons sur cette question en l'envisageant au regard du projet de réforme de C.pr.pén. qui envisage une fusion des deux enquêtes (Cf. *infra* : Titre 2, Chap. 2, II-,B/, 1°).

³ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, p.562, n°841.

⁴ DENIS, thèse préc., n°216.

⁵ Crim, 13 janvier 1972, *Draux* : JCP 1973 II, 17523, obs. Syr.

situations rencontrées n'appellent pas pareillement l'usage de la contrainte. Celle-ci est ainsi adaptée selon les nécessités de l'enquête et l'urgence à agir (tout en ménageant les libertés) ce qui explique que ce pouvoir propre de police judiciaire s'exprime, dans l'enquête de flagrance, sous des pouvoirs coercitifs renforcés alors qu'il prend la forme de pouvoirs coercitifs aménagés dans l'enquête préliminaire.

Ces pouvoirs de police judiciaire sont, toutefois, répartis différemment au sein de la police judiciaire selon les organes qui la composent. Cette répartition est une nouvelle manifestation de l'adaptation de la contrainte dans notre Etat de droit et de son nécessaire encadrement procédural.

II - La ventilation organique des pouvoirs de police judiciaire

S'il apparaît aujourd'hui bien établi que la force publique est seule titulaire des pouvoirs de police judiciaire, il n'en a pas toujours été ainsi. Il a fallu éprouver une longue gestation de la notion de « police judiciaire » pour que la force publique puisse être dotée d'une compétence générale en la matière (A). Ce n'est qu'alors que la force publique, devenue police judiciaire, a pu se voir reconnaître en propre le pouvoir de contrainte. Toutefois, ce pouvoir dut être strictement réparti au sein de la police judiciaire eu égard à la menace qu'il présente dans un Etat de droit. Parce qu'ils exercent une « *fonction délicate qui requiert des qualités précises et éprouvées* »¹, seuls les OPJ disposent de ce pouvoir propre de police judiciaire de sorte qu'ils en apparaissent comme l'émanation (B).

A/ Une compétence générale de la force publique

La compétence de la force publique a émergé avec la notion de police judiciaire laquelle a porté dans son ascension le principe d'un pouvoir propre de police judiciaire (1°). Ce n'est qu'à l'issue d'une longue maturation de la notion de police judiciaire que la force publique a pu voir sa compétence généralisée à l'ensemble de ses membres. Ces derniers se sont alors vus dotés de capacités judiciaires différenciées et la police judiciaire s'est ainsi organisée (2°).

¹ Maître Isorni, JO, déb. AN, 1957, p.2999 « *Nous avons bien dit que n'importe qui ne pouvait être nommé OPJ parce que c'est une fonction délicate qui requiert des qualités précises et éprouvées* ».

1°) Apparition de la notion de police judiciaire ou l'avènement du pouvoir propre

La notion de police judiciaire est d'inspiration révolutionnaire. Sans pour autant reprendre les développements substantiellement tenus¹, rappelons qu'elle a été conçue comme un moyen de transférer à la force publique des pouvoirs originaires détenus par la justice.

Méfiant à l'égard de cette dernière, le législateur révolutionnaire a ainsi voulu une application plus effective du principe de la séparation des pouvoirs². Cependant, il n'est pas de séparation des pouvoirs qui ne s'accompagne de leur collaboration, indispensable au fonctionnement efficace d'institutions aussi complémentaires que celle de la justice et de la force publique³. Certes, il eût été possible de considérer qu'il n'y avait pas lieu d'organiser cette collaboration entre justice et force publique et, avec Montesquieu, d'affirmer que « *comme par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert* »⁴. Mais, les Révolutionnaires ont préféré aménager ce nécessaire concours, certes, lentement et difficilement. Le temps a ensuite fait son œuvre transférant progressivement, au gré de réformes progressives, les pouvoirs de la justice au profit de la police.

Comme nous l'avons vu, les pouvoirs conférés à la police et à la gendarmerie pour l'exercice de la police judiciaire consistent dans la contrainte. Ainsi que l'a relevé un auteur : « *au terme d'une évolution un peu chaotique de cet instrument de l'articulation entre police et justice, le législateur ait dépouillé le juge de ses facultés de contraindre pour les remettre, conformément à la théorie de la séparation des pouvoirs, à la force publique* »⁵.

À l'origine, la force publique était conçue comme essentiellement manœuvrière. Certes, elle exerçait des fonctions de coercition consistant en l'usage de la force physique mais uniquement sur réquisition écrite des autorités constituées⁶. Dès lors, pouvait-on pour autant lui reconnaître un pouvoir de contrainte alors qu'elle n'agissait qu'en tant que simple exécutant passif des ordres ? Permettez-nous d'en douter. Pour emporter votre conviction si elle n'est pas déjà acquise, nous rapporterons les propos de Rabaut-Saint Etienne, énumérant pour l'époque les principes qui doivent guider l'action de la force publique : « *Instrument*

¹ Nous vous renvoyons pour le surplus à nos développements introductifs relatif à l' « historique ».

² Cf. *supra* : Titre 1, Chap.1, II-, B/, 1°).

³ Sur cette question de l'indispensable collaboration entre pouvoirs : J. CADART, *op cit.*, p. 280 et s.

⁴ Extrait *De l'esprit des lois*, éd. Garnier-Flammarion, 1979, Livre XI, ch. VI, p.302.

⁵ J. BUISSON, thèse préc., p. 197.

⁶ L. 06-16 déc. 1790, art. 3 et 5 ; Const. de 1791, titre IV, art. 8 et 12 ; de 1793, art.112 et 114 ; de 1795, art. 291 ; de 1848, art. 105.

aveugle et purement passif, la force publique n'a ni âme, ni pensée, ni volonté. (Elle) ne doit pas se mouvoir elle-même (ni) délibérer sur les ordres qu'elle reçoit ; délibérer, hésiter, refuser sont des crimes. Obéir, voilà dans un seul mot, tout leur devoir »¹.

Ce n'est qu'avec l'émergence de la notion de police judiciaire que la force publique va être dotée d'un pouvoir de contrainte qu'elle partage toutefois avec certains magistrats. Cela traduisait une certaine rétivité judiciaire dans le transfert de leurs pouvoirs à la force publique. Seuls les agents de la force publique dotés de la qualité d'OPJ² bénéficiaient de ce transfert du pouvoir de contrainte de sorte que celui-ci ne pouvait pas encore être reconnu comme un pouvoir propre. Toutefois, ces agents jouissaient d'une certaine autonomie dans l'exercice de ce pouvoir ce qui a amené la doctrine à conclure en l'existence de « pouvoirs propres » (sic)³. Tant que le transfert de ce pouvoir de contrainte de la justice à la force publique n'avait pas été total, aucun « pouvoir propre » de police judiciaire (au sens où nous l'entendons) n'eût pu être consacré.

Mais, le Code de procédure pénale marque le pas. En excluant tous les magistrats de la liste des OPJ, il affiche sa volonté de transférer les pouvoirs de police judiciaire aux policiers et aux gendarmes⁴. Certes le procureur de la République⁵ en conservait les attributions ainsi que, que, de manière plus restreinte, le juge d'instruction⁶ mais le principe demeure qu'ils ne relèvent plus de la police judiciaire.

De plus, l'ordonnance du 4 juin 1960⁷ qui, en distinguant deux catégories d'APJ⁸ dont elle a pour la première catégorie accru les prérogatives⁹, a ouvert officiellement la police judiciaire à l'ensemble des policiers et des gendarmes. Le transfert de pouvoir de la justice à la police est enfin terminé : le pouvoir de contrainte peut donc être attribué en propre à la police judiciaire. Ce pouvoir qui était autrefois l'apanage exclusif du juge est désormais la propriété de la police.

¹ Cf. introduction.

² La terminologie a évolué : initialement, cette qualité était celle d'« officier de police de sûreté », puis elle a été reprise (et étendue) sous l'appellation d'« officier de police judiciaire » par le Code du 3 brumaire an IV.

³ J. BUISSON, thèse préc., p. 194.

⁴ La qualité d'OPJ était en effet retirée au procureur de la République, au juge d'instruction et au juge de paix (art. 16 C. pr. pén.).

⁵ Art. 12, 41 al.3 et 68 al.2 C. pr. pén.

⁶ Art. 72 C. pr. pén.

⁷ Ord. n°60-529, JO 8 juin, p. 5107.

⁸ Les APJ de première catégorie (gendarme non OPJ, inspecteurs de police) et de deuxième catégorie (les fonctionnaires en tenue de la police nationale, les agents de police municipale).

⁹ C'est cette ordonnance qui a accordé aux APJ de première catégorie le droit d'effectuer des enquêtes préliminaires et d'entendre des témoins en flagrant délit (V. art. 62 et 75 C. pr. pén.).

Sur l'ensemble de ce texte : V. A. BESSON, Panorama des réformes pénales, D. 1960, ch.XXVIII, p.161.

L'évolution de la notion de police judiciaire s'est accompagnée d'un double phénomène : d'une part, la consécration d'un pouvoir propre de police judiciaire, d'autre part une autonomisation des pouvoirs sous lesquels il prend forme dans l'Etat de droit. Ce dernier phénomène a précédé et accompagné le premier. Il l'a d'ailleurs aussi succédé puisque, aujourd'hui encore, la doctrine relève sporadiquement une autonomisation de certains pouvoirs de police judiciaire qu'elle marque sous l'appellation de « pouvoirs propres » (sic).

Le pouvoir propre de police judiciaire demeure, pour sa part, inchangé dès lors que rien n'est venu entacher le principe d'une compétence générale et exclusive de la force publique. Seule son adaptation dans l'Etat de droit peut fluctuer suivant les modulations des pouvoirs de police judiciaire imposées par les impératifs procéduraux. Le phénomène d'autonomisation des pouvoirs de police judiciaire est d'ailleurs une forme d'adaptation du pouvoir de contrainte dans l'ordonnancement juridique, une adaptation allant dans le sens de son renforcement. Il existe donc une corrélation certaine entre ces deux phénomènes. Les « pouvoirs propres » (sic) de police judiciaire représentent, en quelque sorte, la forme la plus aboutie du pouvoir propre de police judiciaire dans l'Etat de droit.

La notion de « police judiciaire » a suscité l'émergence d'un pouvoir propre de police judiciaire. En conférant une capacité judiciaire à tous les membres de la force publique, la notion de « police judiciaire » attribue à la force publique une compétence générale¹. Ces capacités étant diversifiées, la police judiciaire est ainsi strictement organisée.

2°) Organisation de la police judiciaire ou la répartition des capacités judiciaires

Sous l'expression générique de police judiciaire se décline la police nationale et la gendarmerie nationale. Elles se distinguent par leur qualité administrative² : l'une étant fonctionnaire de l'Etat, l'autre militaire. Mais, elles se rapprochent par la capacité judiciaire qui enregistre l'aptitude des agents de la force publique à acquérir et à exercer des pouvoirs de police judiciaire. Cette capacité judiciaire est sériée en trois blocs de compétence : OPJ, APJ,

¹ Nous rappelons que, selon une jurisprudence constante, les OPJ et APJ reçoivent « compétence légale et générale pour constater toutes les infractions alors même que le code ou la loi qui les incrimine ne leur attribue pas expressément ce pouvoir de constat » (Crim, 22 juin 1977).

² Précisons toutefois que la loi n°2009-971 du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale finalise un processus de rapprochement entre la police et la gendarmerie. Celle-ci, à l'instar de la police, est rattachée au ministère de l'Intérieur mais elle conserve son statut militaire.

APJ adjoint. Les articles 16, 20 et 21 restituent respectivement cette distribution entre les membres de la police judiciaire. À cela s'ajoutent les fonctionnaires et agents auxquels sont attribuées par la loi certaines fonctions de police judiciaire. Cette qualité permet ainsi au Code de procédure pénale de classer les agents de la force publique, en fonction de leurs pouvoirs au lieu d'énumérer pour chaque acte, les fonctionnaires pouvant les accomplir.

Il serait fastidieux d'énumérer les différents membres de la police judiciaire regroupés au sein de ces capacités judiciaires. Nous vous renvoyons aux articles précités pour le détail. Plus intéressant est, en revanche, le régime juridique auquel répondent ces capacités de police judiciaire.

Comme nous venons de le voir, les APJ sont les derniers agents de la force publique à bénéficier du transfert de pouvoir de la justice à la police. Ils parachèvent ainsi la notion de police judiciaire et entérinent la compétence générale de la force publique en matière coercitive. Bien que les pouvoirs de police judiciaire leurs aient été étendus, ils n'en disposent que pour partie. Pour preuve, les pouvoirs en vertu desquels ils sont fondés à agir sont limitativement énumérés par la loi comme pour garantir un usage régulé de la contrainte. Leur action est d'autant plus limitée qu'ils sont constamment placés sous la responsabilité d'un OPJ auquel ils réfèrent. Institué légalement collaborateur de l'OPJ¹, ils doivent se cantonner à ce qui leur est ordonné. Leur pouvoir coercitif est donc réduit à la constatation des infractions², exécution des décisions de justice, audition des témoins en flagrance et contrôle d'identité sur l'ordre et la responsabilité d'un OPJ. La seule compétence décisionnelle qui leur est concédée est celle d'appréhender l'auteur présumé en flagrance mais il n'est là rien d'exceptionnel puisque pareil pouvoir est reconnu à tout citoyen. Il se retrouverait ainsi sur le même plan que le citoyen ; pouvant alors procéder à une palpation de sécurité, mais pas une fouille à corps, qui, assimilée à une perquisition doit être opérée par un OPJ par devant lequel doit être conduit l'individu³. Toutefois, il leur est reconnu le pouvoir de procéder à des enquêtes préliminaires « soit d'office, soit sur instruction du procureur de la République ou de leurs chefs hiérarchiques »⁴. Hormis cette hypothèse, les APJ adjoints disposent de

¹ L'APJ a pour première mission de seconder les OPJ tel qu'en dispose le Code de procédure pénale, art. D.13.

² L'art. 20 C. pr. pén. leur donne comme mission de seconder les OPJ, de constater les infractions et d'en dresser PV, de « recevoir par PV les déclarations qui leur sont faites par toutes personnes susceptibles de leur fournir des indices, preuves et renseignements sur les auteurs et complices de ces infractions ».

³ Cf. *supra* : Titre 1, Chap.2, I-,A/,1°), a) et 2°), a).

⁴ Aux termes de l'art. D. 14 C. pr. pén. ils effectuent alors les auditions perquisitions et saisies utiles. Il est à noter que l'art. 128 du décret du 20 mai 1903 énonce que les gendarmes APJ procèdent à des enquêtes préliminaires, seuls ou conjointement avec les OPJ.

pouvoirs similaires aux APJ ce qui se comprend car, à l'origine, ils n'étaient pas différenciés mais englobés dans un même statut.

Donc, les pouvoirs de police judiciaire au moyen desquels s'exprime le pouvoir de contrainte ne sont accordés qu'avec la plus grande parcimonie aux APJ. Le législateur veille à ce que ce pouvoir de contrainte, ô combien attentatoire à la liberté individuelle, ne soit pas banalisé par l'usage qui peut en être fait par les agents de la force publique. Ainsi, les pouvoirs étendus conférés aux APJ dans l'enquête préliminaire s'expliquent par le fait que cette enquête, ne comportant qu'une contrainte conditionnelle qui laisse aux particuliers la faculté d'échapper à tout acte coercitif, ne comporte aucun danger pour les libertés. Toutefois, dès que leur pouvoir est susceptible de peser davantage sur les libertés, les APJ se voient retirer leur compétence comme en matière de place en garde à vue ou en rétention et en matière de réquisition à personne qualifiée.

En limitant les pouvoirs par lesquels les APJ et APJ adjoints peuvent user de la contrainte, le législateur s'assure que cet usage en demeure limité. L'usage est d'autant plus limité que lorsqu'il est autorisé, il est encadré par l'autorité hiérarchique de l'OPJ.

Dernière capacité judiciaire, la qualité d'OPJ permet à son détenteur une plénitude dans l'exercice des pouvoirs de police judiciaire. Au sein de la compétence générale de la force publique semble se préciser une compétence spéciale des OPJ tant cette capacité est remarquable par les pouvoirs qu'elle confère.

Décidément en marge des capacités judiciaires précitées, la qualité d'OPJ mérite mieux à être spécifiquement étudiée.

B/ Une compétence spéciale¹ des OPJ

La capacité d'OPJ n'a cessé d'évoluer au cours de l'histoire tantôt intégrant des membres tantôt en retranchant pour ne retenir finalement que des agents de la force publique (1°). Cette capacité judiciaire est désormais exclusivement policière de sorte que le pouvoir de contrainte dont elle dispose revient en propre à la police judiciaire. La qualité d'OPJ apparaît donc comme l'émanation organique du pouvoir propre de police judiciaire (2°).

¹ L'intitulé ne doit pas dérouter. Il n'a d'autres intérêts que d'insister sur les particularités fonctionnelles que confèrent la qualité d'OPJ, étant précisée que sa compétence est de droit commun.

1°) Une attribution historique évolutive

Les personnes répondant de cette qualité ont varié au cours des siècles suivant les vicissitudes des évolutions législatives et codificatrices. Lors de sa création par le décret des 16 et 19 septembre 1791, elle n'était accordée qu'aux juges de paix ainsi qu'aux capitaines et lieutenants de gendarmerie (titre I, art. 1 et 3).

Créant finalement la fonction d'OPJ, le Code du 3 brumaire an IV en a augmenté le nombre pour y inclure les commissaires de police, les gardes champêtres ou forestiers et les directeurs de jury d'accusation. Ce Code n'a pas accordé les mêmes pouvoirs à tous les OPJ, en prévoyant que « *la police judiciaire est exercée, suivant les distinctions qui vont être établies...* » (art. 21), avec une double différence, de fond et de forme, par rapport à notre législateur contemporain. En la forme, il a, par une rédaction défectueuse, éparpillé les pouvoirs de police judiciaire pour les énumérer à propos de chaque titulaire de fonction, au lieu de les regrouper par cadres d'enquête. Quant au fond, la plénitude des pouvoirs de police judiciaire a été accordée seulement aux juges de paix et aux directeurs de jury d'accusation, les commissaires de police et gardes champêtres ou forestiers se voyant conférer des pouvoirs limitativement énumérés tandis que les capitaines et lieutenants de gendarmerie anciennement investis ne semblaient pouvoir exercer leur mission que sur délégation d'un directeur de jury d'accusation (art. 145)¹. Le Code du 3 brumaire an IV paraît donc avoir privilégié les juges dans l'octroi des fonctions de police judiciaire, tendance que la loi du 07 pluviôse an IX a confirmé en ajoutant les « magistrats de sûreté »² à la liste des OPJ.

Le Code d'instruction criminelle va persister dans cette volonté de maintenir les magistrats dans la liste des OPJ en y incluant les procureurs de la République, leurs substituts et les juges d'instruction à côté des commissaires généraux de police, des maires et de leurs adjoints (art. 9). À la différence de ses prédécesseurs révolutionnaires, le législateur de l'Empire n'a plus la crainte de la justice judiciaire. Alors que la notion de police judiciaire, en lente maturation, apparaît d'ores et déjà comme une parcelle des attributions retirées au pouvoir judiciaire pour les confier à des agents de la force publique, le C.I.C. veut limiter le nombre d'agents qui en sont investis. Une telle position sera confirmée ultérieurement par le refus de la doctrine et des juges d'accorder la qualité d'OPJ aux maréchaux des logis et brigadiers de la gendarmerie au motif, repris par Faustin HELIE, que se sont « *de simples agents de la force*

¹ En ce sens : F.HELIE, *op. cit.*, p.27.

² Substituts des procureurs généraux des cours de justice criminelle.

publique...exécuteurs passifs des ordres de l'autorité judiciaire... », qui ne pourraient « remplir l'office du juge » mais dont il faudrait redouter les abus dès lors qu'ils « seraient à la fois officiers de police judiciaire et agents de la force publique ».

Toutefois, le Code de procédure pénale, en affirmant sa volonté de transférer les pouvoirs de police judiciaire aux policiers et aux gendarmes, a exclu définitivement tous les magistrats de la liste des OPJ. Certes, le procureur de la République a conservé ses attributions de police judiciaire¹, ainsi que de manière plus restreinte, le juge d'instruction, par une disposition de l'article 72 du Code de procédure pénale que la loi du 23 juin 1999 a abrogé. La persistance de l'influence de l'autorité judiciaire est à dessein purement procédural afin de veiller au respect des libertés² que le pouvoir de contrainte pourrait contrarier.

La qualité d'OPJ s'est donc recentrée autour du corps des forces de l'ordre, c'est-à-dire la police et la gendarmerie. La plénitude du pouvoir de contrainte conférée à la qualité d'OPJ tombe alors dans la compétence de la police judiciaire (exclusivement policière).

Au terme de cette longue évolution historique, la conclusion s'impose : l'OPJ apparaît comme l'émanation organique du pouvoir propre de police judiciaire.

2°) L'émanation organique du pouvoir propre de police judiciaire

Aussi remarquables que soient les pouvoirs qui lui sont attachés, la capacité d'OPJ est considérée comme de droit commun³ précisément parce qu'elle contient l'intégralité des pouvoirs de police judiciaire qu'ils soient prévus par le Code de procédure pénale ou par une loi spéciale⁴. Comme nous avons pu le voir, les pouvoirs de police judiciaire sont la représentation concrète du pouvoir propre de contrainte dans l'Etat de droit⁵. Dès lors attribuer aux OPJ une compétence de droit commun en la matière, n'est-ce pas reconnaître implicitement l'existence d'un pouvoir propre de police judiciaire que nous défendons ?

¹ Art. 12, 41 al.3, et 68 al.2 C. pr. pén.

² La garantie procédurale apportée par la présence de l'autorité judiciaire sera développée postérieurement. Cf *infra* : Titre 2, Chap. 2, I-, B/. Une critique quant à l'attribution des pouvoirs de police judiciaire au procureur de la République sera aussi tenue.

³ André DECOQ, Jean MONTREUIL et Jacques BUISSON, *op. cit.*, n°372, p.204-205 : « *l'OPJ est investi par la loi d'une pleine capacité judiciaire, l'APJ de l'art. 20 C. pr. pén. ne se voit accorder (outre la mission fondamentale consistant à seconder dans l'exercice de leurs fonctions les OPJ) qu'une compétence d'attribution, l'APJ adjoint de l'art. 21 C. pr. pén. n'a qu'une compétence d'attribution plus rognée encore* ».

⁴ Art. 17 C. pr. pén.

⁵ Cf. *supra* Titre 1, Chap.2.

Le pouvoir de contrainte est donc accordé aux OPJ qui détiennent *ipso facto* de nombreux pouvoirs sur les personnes¹ et les choses². C'est dire que l'énumération de ses pouvoirs reviendrait à décliner ce qui l'a déjà été³. Précisons simplement qu'il peut procéder à des enquêtes préliminaires ou de flagrance. Suivant le cadre d'enquête, leur pouvoir de contrainte est plus ou moins étendu. En enquête préliminaire, les OPJ peuvent décider d'une mesure de garde à vue et procéder à des contrôles d'identité qui entraînent la rétention de l'intéressé. En enquête de flagrance, ils peuvent en sus pratiquer des fouilles corporelles, des perquisitions et des saisies. Par contre, dès qu'une information est ouverte, l'OPJ est tenu d'exécuter les pouvoirs à lui délégués mais ces commissions rogatoires sont souvent imprécises, le juge abandonnant quasiment son pouvoir de décision à l'officier, exception faite des motifs qui doivent être énoncés.

L'OPJ est donc le seul à exercer les pouvoirs de police judiciaire les plus graves i.e. ceux renfermant une contrainte étendue. Cela nous fait dire qu'il est l'émanation organique de pouvoir propre de contrainte. Non seulement il jouit de la plénitude de ce pouvoir mais en plus il dispose d'un certain pouvoir décisionnel en la matière ce qui amène la doctrine à conclure que « l'OPJ a des pouvoirs propres » (sic)⁴. Ces « pouvoirs propres », comme elle l'entend, ne sont qu'une modalité d'exercice du pouvoir de contrainte qui est, quant à lui, le véritable pouvoir propre de police judiciaire. Certes ce pouvoir de contrainte est reconnu à l'ensemble de la police judiciaire, avec plus ou moins d'aménagements procéduraux, alors que cette autonomie fonctionnelle est spécifique à la qualité d'OPJ mais cette particularité n'est finalement rien de plus qu'une autre forme d'aménagement du pouvoir de contrainte dans l'Etat de droit. Le lien est ainsi fait entre pouvoir propre, au sens où nous l'entendons, et « pouvoirs propres », au sens entendu par la doctrine.

Ce pouvoir décisionnel est potentiellement dangereux dans un Etat de droit car il confond alors dans la qualité d'OPJ les fonctions de décision et d'exécution ce qui peut mener, on le sait, à des dérives. Ce pouvoir, forme la plus aboutie du pouvoir propre de police judiciaire, est justifié par le sacerdoce que représente la capacité d'OPJ. Mais comme l'a

¹ Cf. *supra* Titre 1, Chap.2, I-A/.

² Cf. *supra* Titre 1, Chap.2, I-B/.

³ Cf. *supra* Titre 1, Chap.2.

⁴ V. notamment Procédures n°3, Mars 2005, comm. 76, J. BUISSON intitulé « *L'OPJ a des pouvoirs propres* ».

relevé un auteur « *quelque confiance qu'il convienne d'attacher à la qualité d'OPJ, elle ne confère pas à ses détenteurs une grâce qui les mette à l'abri de toute tentation* »¹.

D'une manière générale, le pouvoir propre de contrainte dévolu à la police judiciaire, plus encore à l'OPJ, est justifié² dans notre Etat de droit par le « label judiciaire » dont disposent à présent³ les agents de la force publique. Le terme de « judiciaire » repris dans l'expression de « capacité judiciaire » tend à emprunter à l'autorité judiciaire la légitimité dont elle jouit de l'article 66 de la Constitution en tant que gardienne des libertés afin de légitimer les agents dotés d'une telle capacité. Ce renvoi à l'autorité judiciaire permet aux agents de la force publique, notamment aux OPJ, de bénéficier de manière implicite de cette « caution judiciaire » dans l'exercice de leur pouvoir de contrainte.

En conclusion, la capacité judiciaire permet tout à la fois de légitimer le pouvoir propre de police judiciaire dans notre Etat de droit et d'encadrer sa mise en œuvre. Par la ventilation des pouvoirs de police qu'elle organise, la capacité judiciaire assure un contrôle organique de l'exercice du pouvoir de contrainte. Ce contrôle passe ainsi par une détermination restrictive des agents de la force publique habilités à en disposer.

En conséquent, cette ventilation des pouvoirs coercitifs au sein de la police judiciaire permet un encadrement organique de l'usage de la contrainte. À cette garantie organique s'ajoute une garantie juridique posée par les cadres d'enquêtes dans lesquels le pouvoir propre de police judiciaire se développe. Toutefois, l'intégration du pouvoir propre de contrainte dans l'ordre juridique interne ne put se faire sans adaptation, sans une atomisation dudit pouvoir. En a résulté les pouvoirs de police judiciaire tels que nous vous les avons présentés ; diversifiés, ils peuvent être mieux contrôlés. Ces pouvoirs ont alors été regroupés dans deux cadres d'enquêtes afin d'assurer une administration circonstanciée de la preuve. Chacune de ces enquêtes les imprègnent d'un régime juridique spécifique suivant leurs nécessités et l'impératif de sauvegarde des libertés. C'est ainsi que la contrainte se trouve adaptée dans l'ordonnancement juridique.

¹ Jean RIVERO, Note sous C. const., 12 janvier 1977, *Fouille des véhicules*, AJDA 1978, p.215.

² Sur la justification du pouvoir propre de police judiciaire, voir plus en détails Titre 2, Chap. 2, II-, A/.

³ Ce « label judiciaire » est apparu avec la notion de « police judiciaire ».

Mais comme nous avons pu le pressentir dans nos développements, la conciliation de la contrainte avec les exigences d'un Etat de droit relève d'une équation complexe¹ – pour ne pas dire impossible – tant les variables sont sensibles et antithétiques. De la sorte, la recherche d'un équilibre procédural relève de la quadrature du cercle.

¹ Cf. Annexe sur « *La problématique de l'adaptation du pouvoir propre de police judiciaire dans l'ordre juridique* ».

Chapitre 2 : La conciliation de la contrainte avec les exigences d'un Etat de droit ou la recherche d'un équilibre procédural

La promotion actuelle de l'Etat de droit apparait peu compatible avec l'emploi de la force, or, la réalité juridique contredit cette vision puisqu'elle érige la contrainte en tant que pouvoir propre de police judiciaire.

L'Etat de droit se veut le symbole idéal d'un Etat démocratique au motif que la force étatique se trouve subordonnée au droit, que le droit gouverne la puissance de l'Etat, il réalise la domination du droit sur la force physique, exprimant un idéal vers lequel doivent tendre les Etats¹. La contrainte, force étatique légitime², ne peut donc trouver sa place dans un Etat de droit que si elle est entièrement subordonnée à un ordre juridique. Cette nécessaire adaptation de la contrainte dans l'ordonnement juridique s'est faite par la consécration des pouvoirs de police judiciaire. Malgré cette traduction juridique de la contrainte, l'exercice de ces pouvoirs portent en eux-mêmes un danger qu'il ne faut pas négliger. Si ces pouvoirs sont nécessaires au bon déroulement de l'enquête et à la protection de l'ordre public, ils n'en demeurent pas moins une menace pour les libertés des individus contre lesquels ils sont mis en œuvre. L'encadrement procédural du pouvoir propre de police judiciaire a permis de borner l'usage de la contrainte et de garantir juridiquement son exercice. Cette démarche procédurale s'inscrit plus largement dans un mouvement de protection des libertés insufflé par l'Etat de droit.

Le contrainte gouvernant l'exercice de l'action policière doit, pour trouver à s'appliquer dans l'ordre juridique interne, être conciliée avec cette exigence de protection des libertés. C'est pourquoi, comme l'a souligné un auteur : « *L'action coercitive constitue un des domaines les plus délicats de la pratique gouvernementale* »³. Cette conciliation de la contrainte avec les exigences de l'Etat de droit est une préoccupation majeure du législateur contemporain lequel aspire à un équilibre entre ces impératifs procéduraux. Si l'équilibre demeure dans l'ensemble garanti (I), il apparait à certains égards fragile (II).

¹ Sur les diverses significations que peut revêtir l'expression Etat de droit, cf. Jacques CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, Montchrestien, 1992.

² Elle tire sa légitimité en ce qu'elle est reconnue et acceptée par l'Etat et par ses citoyens en tant que moyen indispensable à la pérennisation de l'Etat et que sa nécessité même au sein d'un Etat gouverné par le droit, s'impose comme une évidence. Cf. *supra* Titre 1, Chap.1, I-,A/, 2°).

³ Patrick BRUNETEAUX, *Maintenir l'ordre. Les transformations de la violence d'Etat en régime démocratique*. Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1996, p.111.

I - Un équilibre garanti

L'éclatement du pouvoir propre de police judiciaire sous le rayonnement de l'Etat de droit a permis de mieux contrôler les pouvoirs qui en ont résulté notamment par des instruments de mesure adaptés (A). Ce contrôle est aussi assuré par l'autorité judiciaire qui se pose en garante des libertés (B). Avec un pouvoir de contrainte mieux contrôlé, les libertés gagnent en pérennité et la procédure en stabilité.

A/ Instruments de mesure du pouvoir propre de police judiciaire

L'usage du pouvoir propre de police judiciaire n'est légal que dans la mesure où elle est nécessaire (1°) et proportionnée (2°). Comme pour rappeler ce qu'il ne faut pas oublier, le législateur du 15 juin 2000 est-il venu expressément consacrer cette exigence constitutionnelle dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale¹. Bien avant cela, ces principes étaient consacrés conventionnellement².

1°) Principe de nécessité

Le principe de nécessité gouverne à ce point le pouvoir propre de police judiciaire qu'il en fonde l'existence (a) et en dirige l'exercice (b).

a) Un principe fondateur du pouvoir propre de police judiciaire

Le principe de nécessité s'applique au premier plan i.e. dès la genèse de la norme de contrainte³ fondant juridiquement le pouvoir propre de police judiciaire. Cet aspect est souvent occulté alors qu'il mérite d'être précisé.

À l'instar du principe de nécessité des délits et des peines en droit pénal, le législateur ne peut s'engager dans l'édiction d'une norme de contrainte que si elle est strictement nécessaire. Il s'agit de ne pas s'engager dans la généralité auquel cas le pouvoir propre de police judiciaire verserait dans une propension inconsidérée. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel est venu, par exemple, censurer « *l'habilitation générale donnée aux forces de police de fouiller*

¹ Art. préliminaire III al.3 C. pr. pén. : « *Elles (les mesures de contraintes) doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée* ».

² La CESDH exige que tout exercice de la contrainte étatique, toute « ingérence » selon sa terminologie, soit fondé sur la nécessité et régi par la proportionnalité (art. 2).

³ Sur cette notion, cf. *supra* Titre 1, Chap. 1, I-, A/, 2°), b).

les véhicules en tous temps et en tous lieux », déclarant ainsi inconstitutionnelle la loi relative à la fouille des véhicules¹.

Les pouvoirs de police judiciaire ne doivent donc pas verser dans l'absolutisme auquel cas ils seraient inadaptés dans l'ordre juridique interne et seraient *ipso facto* exclus de l'Etat de droit. Comme l'ont relevés des auteurs², il s'agit là d'interdire un pouvoir général de contrainte. On voit donc bien que l'Etat de droit se refuse à consacrer le pouvoir propre de police judiciaire en tant que tel dans l'ordre juridique interne. Il ne peut trouver à s'appliquer que sous les traits de pouvoirs de police judiciaire à la coercition circonstanciée et strictement adaptés aux exigences de l'Etat de droit au premier rang desquelles figure la nécessité³. Ce principe veille à ce que soient fixés avec précision les cas, le contenu et les modalités d'exercice du pouvoir de contrainte.

Autre forme de nécessité s'il en est une, la détermination restrictive des personnes habilitées à exercer ce pouvoir de contrainte. Comme nous avons pu le voir⁴, en tant que pouvoir propre de police judiciaire, le pouvoir de contrainte est dévolu à la seule force publique mais la coercition de certains pouvoirs est telle qu'elle requiert une compétence spéciale, celle des OPJ.

Le principe de nécessité préside donc l'existence même de la norme de contrainte. Par conséquent, il conditionne l'accès du pouvoir propre de police judiciaire à l'ordre juridique interne. Mais il intervient aussi *a posteriori* en tant que principe directeur du pouvoir de police judiciaire.

b) Un principe directeur du pouvoir propre de police judiciaire

La nécessité constitue un instrument de dosage par lequel le législateur va jauger de l'ampleur avec laquelle il va transposer le pouvoir propre de contrainte dans l'ordre juridique interne. C'est donc suivant cette indicateur qu'il va consacrer ou non de nouveaux pouvoirs de police judiciaire, qu'il va en déterminer la forme, le contenu et les modalités. Le principe de

¹ V. C. const., 12 janvier 1977 : D. 1978, 173. – L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Sirey, 7^e éd., p.340.

² V. A. DECOCQ, J. MONTREUIL et J. BUISSON, *op. cit.*, p. 324 n°587.

³ Le Conseil a réitéré sa jurisprudence à propos d'une loi autorisant des perquisitions fiscales : C. const., 29 décembre 1983 : AJDA 1984, p. 104.

⁴ Cf. *supra* : Titre 2, Chap.1, II-, B/, 2°), b).

nécessité apparaît donc comme un filtre à la transposition du pouvoir propre de police judiciaire dans l'ordre interne.

Selon l'intensité de la nécessité, le pouvoir propre de police judiciaire sera plus ou moins consacré dans l'ordre interne ou le sera avec plus ou moins d'emprise coercitive. Ainsi, le pouvoir propre de police judiciaire pourra revêtir différents aspects : la contrainte physique¹, celle-ci pouvant porter sur la personne ou sur les biens ; ou la contrainte psychologique² si l'usage de la force n'est pas nécessaire. Cette dernière hypothèse est celle retenue dans différents moyens juridiques par lesquels le pouvoir de contrainte trouve moins à s'exprimer telles que l'enquête préliminaire³, les réquisitions ou les injonctions de police.

Quoiqu'il en soit, l'exercice par la police judiciaire de son pouvoir propre doit toujours être justifié par la nécessité et l'urgence qu'elle avait à l'employer eu égard à la situation de fait. Précisément, c'est l'urgence qui justifie le plein emploi du pouvoir de contrainte dans l'enquête de flagrance⁴. L'urgence n'est d'ailleurs qu'une espèce de la nécessité car elle renvoie à la nécessité d'agir promptement.

L'exercice du pouvoir propre de police judiciaire doit donc toujours être fondé sur la nécessité ou l'urgence qu'il y a à agir car ces pouvoirs de police doivent rester, par principe, d'un usage exceptionnel. Il s'agit de ne pas banaliser la contrainte dans notre Etat de droit au risque de l'entacher.

Comme pour renforcer le contrôle du pouvoir propre de police judiciaire, le principe de nécessité est relayé par le principe de proportionnalité. Ces deux principes sont, en droit, consubstantiels : l'un ne va pas sans l'autre, l'un ne peut donc pas être étudié sans l'autre.

2°) Principe de proportionnalité

Bien que cette notion soit fréquemment usitée dans le cadre de la procédure pénale, aucune définition n'est donnée de sorte qu'il faut puiser dans les ressources du droit administratif pour se faire une idée. Elle peut être ainsi définie comme « *l'exigence d'un*

¹ Cf. *supra* Titre 1, Chap. 2, I-.

² Cf. *supra* Titre 1, Chap. 2, II-.

³ Cf. *supra* Titre 2, Chap. 1, I-, B/.

⁴ Cf. *supra* Titre 2, Chap. 1, I-, A/.

rapport, d'une adéquation entre les moyens employés par l'Administration et le but qu'elle vise »¹.

Il doit donc y avoir une correspondance entre le pouvoir de police employé et la situation à laquelle il se reporte. Le policier ou le gendarme ne peut y recourir qu'autant que la situation l'exige. Il est difficile de s'avancer davantage dans l'explication sous peine de recouper le principe de nécessité. D'ailleurs, la chambre criminelle, lorsqu'elle contrôle les conditions d'exercice d'un pouvoir de police, vérifie que la condition, souvent implicite, de la nécessité est effectivement remplie².

Toutefois, contrairement à la nécessité, la proportionnalité échappe au législateur qui ne peut qu'en poser le principe sans s'assurer de son effectivité. Cette tâche incombe alors au juge qui devra apprécier si les circonstances particulières de la situation justifiaient l'usage qui eût été fait du pouvoir de contrainte.

La logique de l'adaptation du pouvoir propre de police judiciaire dans l'ordonnement juridique procède d'une démarche différente de celles que nous avons rencontrées jusqu'à présent. Dans le chapitre précédent, les pouvoirs de police judiciaire étaient appréhendés dans leur globalité afin d'être régulés communément suivant les cadres procéduraux dans lesquels ils se plaçaient³. Ici, les pouvoirs de police judiciaire sont appréhendés dans leurs singularités afin de s'assurer de leurs conformités au regard des principes de nécessité et de proportionnalité.

Le principe de proportionnalité comme celui de nécessité s'assurent que l'exercice fait, ou pouvant être fait, du pouvoir propre de police judiciaire apparait compatible avec les exigences d'un Etat de droit. Ils veillent à ce que le double mouvement quelque peu contradictoire de l'exercice du pouvoir de contrainte soit équipollent : d'un côté assez restrictif pour assurer la protection des libertés et d'un autre suffisamment proactif pour maintenir un ordre public sans lequel la liberté ne peut exister.

¹ V. A. DECOCQ, J. MONTREUIL et J. BUISSON, *op. cit.*, p. 326 n°590.

² Pour l'exemple d'une perquisition, V. Crim, 27 janvier 1987, Musso : D. 1988, 179. Dans le cadre d'une enquête de flagrance, une perquisition ne peut être légalement effectuée qu'autant qu'elle apparait nécessaire à la conduite des investigations.

³ Le pouvoir de contrainte était régulé juridiquement suivant les cadres d'enquête et organiquement suivant les agents habilités à l'exercer.

Force est de constater que la conciliation de la contrainte avec les exigences d'un Etat de droit se fait à sens unique, dans le sens d'une meilleure protection des libertés face à un pouvoir de contrainte grandissant en raison d'une politique pénale toujours plus sécuritaire.

Parce qu'il est propre à la police judiciaire, ce pouvoir de contrainte est encore plus menaçant. Le risque est, en effet, qu'elle en fasse un usage discrétionnaire mais ce n'est pas sans compter la compétence de l'autorité judiciaire veillant au respect des libertés.

B/ Le contrôle judiciaire du pouvoir propre de police judiciaire

Si le pouvoir de contrainte appartient en propre à la police judiciaire, il n'échappe pas pour autant à tout contrôle. C'est bien là une exigence de l'Etat de droit. L'intervention de l'autorité judiciaire est donc rendue nécessaire afin que les libertés soient sauvegardées (1°). Mais la garantie que représentait cette autorité semble aujourd'hui atténuée de sorte que le contrôle s'en trouve affecté (2°).

1°) Une exigence de contrôle pour une protection des libertés

Les pouvoirs de police judiciaire, représentation concrète du pouvoir propre, sont éminemment attentatoires à la liberté des individus à l'encontre desquels ils sont mis en œuvre. C'est pourquoi l'Etat de droit exige l'intervention d'un magistrat pour veiller à ce que les libertés soient préservées¹. Ce principe est consacré constitutionnellement par l'article 66 alinéa 2 de la Constitution selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne des libertés et conventionnellement par l'article 5-3 CESDH exigeant que toute personne arrêtée ou détenue soit aussitôt « *traduite devant un juge ou un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* ».

Parce que son intervention est nécessaire pour que les nécessités de l'ordre public n'entrave pas excessivement l'exercice des libertés, l'autorité judiciaire se présente comme un instrument assurant la conciliation entre la contrainte et les exigences de l'Etat de droit. Le

¹ Décision n°76-75 DC 12 janvier 1977, Fouille des véhicules, *op. cit.* Cons. 2 : « *Considérant que l'art. 66 de la Constitution en réaffirmant ce principe (de la liberté individuelle) en confie la garde à l'autorité judiciaire* ».

Conseil constitutionnel vérifie qu'il dispose de moyens efficaces pour assurer cette conciliation¹.

L'ordonnance de 1958 considère que le corps judiciaire comprend des magistrats du siège et du parquet². Alors que ce dernier se voyait contester la qualité d'autorité judiciaire en raison de sa dépendance à l'égard de l'exécutif, le juge constitutionnel a consacré explicitement son rattachement à l'autorité judiciaire : « *l'autorité judiciaire qui, en vertu de l'art. 66 de la Constitution, assure le respect de la liberté individuelle comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet* »³.

Le parquet est donc pleinement habilité à contrôler l'exercice du pouvoir de contrainte de la police judiciaire. D'ailleurs pour s'assurer de l'efficacité de ce contrôle, l'art. 12 C. pr. pén. lui confère la direction de la police judiciaire. De la sorte, il peut contrôler avec acuité l'action coercitive de la police judiciaire. En tant qu'émanation du pouvoir propre de police judiciaire⁴, l'OPJ est le premier exposé à ces mesures de contrôle⁵.

Le procureur de la République est omniprésent pour contrôler les actes coercitifs les plus importants ; ceux précisément qui ne peuvent être accomplis que par l'OPJ. Cela va de soi, plus le pouvoir propre de police judiciaire trouve à s'exprimer, plus il appelle à être contrôlé. Ainsi, l'OPJ doit aviser immédiatement le procureur de la République d'une infraction flagrante dont il a eu connaissance⁶, ne pouvant solliciter ou recevoir des ordres ou instructions que de ce magistrat⁷. Depuis la réforme opérée par la loi du 15 juin 2000 qui a entendu accroître le contrôle du procureur de la République sur l'exécution des enquêtes préliminaires, l'OPJ doit aviser ce magistrat dès l'identification d'une personne à l'encontre

¹ Patrick WACHSMANN, *La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, RSC, 1988, p.14 « *les vérifications opérées sont particulièrement minutieuses, de manière à ce que soit effectivement assurée la possibilité d'une sauvegarde des libertés* ».

² Ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 1 I-1°).

³ Décision n°93-326 DC du 11 août 1993 JO p. 11599 Cons. 4. De même dans sa décision n°93-323 DC du 5 août 1993, le Conseil constitutionnel reconnaît la qualité de « magistrats de l'ordre judiciaire » au procureur qui peut définir les conditions d'exercice et des contrôles et vérifications d'identités. Cette intégration expresse des magistrats du parquet au sein de l'autorité judiciaire a été réaffirmée, par la suite, dans la décision n°94-355 DC du 10 janvier 1995, Rec. p.151 et dans la décision n°94-352 DC du 18 janvier 1995, Rec. p. 586.

⁴ Cf. *supra* : Titre 2, Chap.1, II, B/, 2°).

⁵ Art. 16, 16-1 et s., R. 13 et s. C. pr. pén.

⁶ L'avis au procureur de la République n'est pas prescrit à peine de nullité. V. Crim., 26 février 1991 : *Bull. crim.* n°96.

⁷ Art. R. 1 C. pr. pén.

de laquelle ont été réunis des indices laissant présumer qu'elle a participé à la commission d'une infraction¹.

C'est dans l'enquête de flagrance, source de contrainte, que le contrôle des pouvoirs de police est le plus effectif car c'est là où les libertés sont le plus exposées. Par exemple, en matière de garde à vue, l'OPJ doit informer le procureur de la République dès le début de cette mesure coercitive. De même, le Code de procédure pénale subordonne la prolongation de la garde à vue pour une nouvelle durée de vingt-quatre heures, à l'autorisation du procureur de la République. Dans le cadre de l'enquête préliminaire, la présence du procureur de la République est moins sensible parce que le pouvoir de contrainte est davantage enserré par la procédure. Toutefois, lorsque les OPJ souhaitent déployer leurs pouvoirs coercitifs en faisant fi du consentement de l'intéressé², ils doivent au préalable solliciter l'autorisation de l'autorité judiciaire³. Par exemple, une perquisition coercitive ne pourra être réalisée par la police judiciaire que sur autorisation du JLD⁴. Dans le cadre de son pouvoir de direction, le procureur peut, comme ses substituts, ordonner l'ouverture d'une enquête préliminaire⁵. En application de l'art. 38 C. pr. pén., le procureur général dispose aussi du pouvoir d'ordonner une enquête préliminaire.

Plus surprenant est le fait qu'il dispose de tous les pouvoirs conférés à l'OPJ dans ces cadres d'enquêtes⁶. Ainsi, l'OPJ est dessaisi par le transport sur les lieux du procureur de la République qui exerce alors tous les pouvoirs de l'enquête de flagrance à moins qu'il ne décide de prescrire à l'OPJ présent de poursuivre les opérations, ce qu'il fait en pratique⁷. L'attribution au procureur de la République, autorité judiciaire, des pouvoirs coercitifs normalement dévolus à la seule police judiciaire viendrait entacher notre théorie d'un pouvoir propre de police judiciaire.

Que le procureur de la République exerce un pouvoir de contrôle sur les actes coercitifs de police judiciaire est une chose, qu'il puisse accomplir ces mêmes actes en est une autre. La première est bienheureuse, la seconde suscite la réticence. Confondre dans une même autorité, fût-elle judiciaire, pouvoir de décision (pouvoir de contrôle) et pouvoir d'exécution relève de

¹ Art. 75-2 C. pr. pén.

² Rappelons que l'enquête préliminaire est une procédure à coercition conditionnelle (cf. *supra* : Titre 2, Chap.1, I-, B/).

³ Il s'agira suivant les cas soit du procureur de la République soit du juge des libertés et de la détention.

⁴ Art. 76 al.4 C. pr. pén.

⁵ Art. 12, 41 al.2 et 75 C. pr. pén.

⁶ Art. 41 al.4 et 68 C. pr. pén.

⁷ Art. 68 et 12 C. pr. pén.

l'anomalie procédurale pour la potentialité de risque que cela représente pour les libertés, ce d'autant plus qu'est en cause le pouvoir de contrainte.

En outre, n'est-il pas paradoxale de retirer au procureur de la République la capacité d'OPJ pour lui reconnaître ensuite toutes les prérogatives coercitives qui y sont attachées ? Pourtant, comme nous l'avons relevé précédemment¹, le développement de la notion de police judiciaire avait pour but de transférer aux agents de la force publique l'ensemble des prérogatives coercitives autrefois dévolues au pouvoir judiciaire. Dès lors, rien ne vient justifier que le procureur de la République conserve ses attributions de police judiciaire. Voyons-y une forme de résistance de l'autorité judiciaire à délaïsser le terrain longtemps occupé de l'exercice du pouvoir de contrainte. Ce conservatisme judiciaire pèse aujourd'hui sur la cohérence du système procédural français. On ne peut se complaire dans le compromis : soit l'on reconnaît au procureur la qualité d'OPJ pour qu'il soit fondé à disposer des pouvoirs qui y sont attachés auquel cas il relève de la police judiciaire, soit il se réclame de l'autorité judiciaire et il ne peut plus exercer les fonctions dévolues à la seule police judiciaire². Considérer que le procureur de la République est une autorité judiciaire préservant les libertés par le contrôle effectué sur les pouvoirs de police judiciaire alors qu'il peut, dans le même temps, exécuter ces mêmes pouvoirs par hypothèse attentatoires aux libertés qu'il est censé protéger revient à verser dans la confusion des genres. C'est pourquoi il ne devrait pas pouvoir tout à la fois contrôler les pouvoirs de police judiciaire et en disposer.

Toutefois, ces remarques se révèlent somme toutes théoriques puisqu'en pratique, le procureur de la République n'exerce pas ou peu ses attributions de police judiciaire. En effet, pouvons-nous relever avec un auteur « *le désintéret des membres du parquet pour la réalisation de tels actes qui demeurent anachroniquement de leur compétence* »³.

Alors que l'on aurait pu voir dans les attributions de pouvoirs de police judiciaire au procureur de la République une aporie à notre théorie, il n'en est rien. Ce n'est là qu'une anomalie procédurale.

Il ne faut donc pas se tromper, en tant qu'autorité judiciaire, le procureur de la République devrait être seulement chargé de contrôler le pouvoir propre de police judiciaire,

¹ Cf. *supra* : Titre 2, Chap.1, II-.

² Cette seconde hypothèse n'est pas incompatible avec les fonctions de direction de la police judiciaire. Point n'est besoin de conférer au procureur des pouvoirs de police judiciaire pour assurer la mission de direction de la police judiciaire.

³ J. BUISSON, thèse préc., p.811. Il va même plus loin puisqu'il parle aussi d' « *aberration juridique consistant à confier les attributions de police judiciaire à un juge d'instruction* », thèse préc. p. 602.

aucunement d'exercer des pouvoirs à lui anachroniquement conférés. Cette promiscuité entre le procureur de la République et la police judiciaire a pour conséquence inévitable d'interférer avec ses fonctions d'autorité judiciaire. Le législateur de 2004 a lui-même considéré que le procureur de la République, en raison sans doute de sa proximité structurelle avec les services d'enquête, n'était pas à même d'offrir des garanties suffisantes au justiciable quant à l'exercice de mesures coercitives ou intrusives dérogatoires au droit commun. C'est pourquoi il a créé le JLD afin de renforcer le contrôle¹ exercé sur le pouvoir propre de police judiciaire. Cette nouvelle autorité judiciaire, issue de la loi 2000-516 du 15 juin 2000, est la preuve de l'érosion du contrôle du parquet. Ce dernier perd peu à peu de sa crédibilité pour être de plus en plus remis en cause.

2°) Une remise en cause du contrôle du parquet

Les anomalies que nous avons relevées ne pouvaient qu'aboutir à une remise en cause du contrôle du parquet ce que n'a pas manqué d'exciper, pour partie, la jurisprudence. D'abord, en renforçant le pouvoir propre de police judiciaire jusqu'à une forme d'autonomisation, la jurisprudence a affaibli corrélativement le pouvoir de contrôle du parquet (a). La jurisprudence européenne est allée, ensuite, jusqu'à contester la compétence du parquet en la matière (b).

a) Un affaiblissement du contrôle du parquet : vers une autonomisation du pouvoir propre de police judiciaire ?

Dans la phase d'enquête, le procureur de la République représente l'autorité judiciaire en charge de diriger et de contrôler l'œuvre de la police judiciaire. Le pouvoir propre de police judiciaire est donc entièrement soumis au regard « éclairé » de cette autorité quand bien même la police judiciaire se prévaudrait de son pouvoir décisionnel.

Elle peut user de ce pouvoir dans les deux types d'enquêtes : enquête de flagrance ou enquête préliminaire. L'ouverture d'office d'une enquête de flagrance est plus difficile que celle d'une enquête préliminaire parce qu'elle est soumise à des règles procédurales particulièrement strictes². Par conséquent, c'est dans l'enquête préliminaire que le pouvoir d'initiative de la police judiciaire joue à plein. Conformément à l'art. 75 C. pr. pén. « *les OPJ et, sous le*

¹ V. A. BILLAUD, *Quel contrôle du JLD sur les enquêtes ?* : AJ pénal 2004, p.233.

² Cf. *supra* : Titre 2, Chap.1, I-, A/, 1°, a).

*contrôle de ceux-ci, les APJ désignés à l'art. 20 procèdent à des enquêtes préliminaires, soit sur les instructions du procureur de la République, soit d'office (...) »*¹. Même si ces enquêtes ne sont pas soumises à l'autorisation préalable du procureur de la République, la police judiciaire est tenue de l'en informer². Cette obligation est la condition *sine qua non* du pouvoir de contrôle de la police judiciaire. La loi du 15 juin 2000 a renforcé cette obligation d'information dans le cadre de l'enquête préliminaire en prévoyant que les enquêteurs devront rendre compte au procureur de l'avancement de leurs investigations débutées depuis plus de six mois³. De même, le procureur de la République doit être avisé dès l'instant où un suspect paraît être identifié⁴. La législation déploie un maillage afin qu'aucune information ne puisse échapper à l'autorité judiciaire.

Toutefois, la loi n'a assorti cette obligation d'information d'aucune sanction en cas de carence ou de négligence de la police judiciaire. Pis, loin de combler ces lacunes textuelles, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que « *les OPJ peuvent procéder d'office à des enquêtes préliminaires et que le défaut d'information du procureur de la République est sans effet sur la validité des actes accomplis par ces derniers (...) »*⁵. Les OPJ peuvent ainsi se libérer du joug du procureur qui voit son pouvoir de contrôle neutralisé. En s'affranchissant du contrôle du procureur de la République, le pouvoir propre de police judiciaire tend à s'autonomiser.

Le refus de sanctionner par une nullité le défaut d'information du parquet ne concerne cependant pas tous les pouvoirs de police judiciaire. C'est ainsi que le placement en garde à vue d'un suspect dont le procureur ne serait pas avisé dès le début de la mesure encourt la nullité⁶.

Quoiqu'il en soit, on ne peut guère contester que la position de la Cour de cassation tend à affaiblir inconsidérément les pouvoirs effectifs du procureur de la République à qui l'on retire la possibilité d'assurer l'efficiace de la direction et du contrôle de la police judiciaire, notamment en enquête préliminaire.

¹ V. application Crim., 30 octobre 1989, *Bull. crim.*, n°385.

² En cas de crime flagrant, l'art. 54 C. pr. pén. exige que l'OPJ avisé des faits informe immédiatement le procureur de la République. Il en ira de même en cas de découverte de cadavre (art. 74 C. pr. pén.).

³ Art. 75-1 al.2 C. pr. pén.

⁴ Art. 75-2 C. pr. pén.

⁵ Crim., 1^{er} décembre 2004, n°04-80.536, Proc. gén. près la CA Colmar.

⁶ Crim., 29 février 2000, *Bull. crim.* n°93.

Cet affaiblissement du pouvoir de contrôle du procureur en droit interne est aggravé par la jurisprudence européenne qui va jusqu'à contester la compétence du parquet en la matière.

b) Une compétence contestée du parquet

L'article préliminaire du Code de procédure pénale, déjà cité, dispose que « *les mesures de contrainte* » dont une personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet « *sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire* ». Dans la phase d'enquête, ces mesures coercitives sont de la compétence de la police judiciaire ; le pouvoir de contrainte lui appartient d'ailleurs en propre comme nous l'avons démontré. En France, ce pouvoir est majoritairement contrôlé par le procureur de la République *ès* qualité d'autorité judiciaire.

Ce pouvoir de contrôle du procureur de la République semble, en la forme, en phase avec les dispositions conventionnelles de l'article 5-3 CESDH exigeant que toute personne arrêtée ou détenue soit aussitôt « *traduite devant un juge ou un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* ». En tant qu'autorité judiciaire, le parquet répond *a priori* à cette exigence ce que la CEDH a dans un premier temps admis¹. Toutefois, la CEDH ne s'est pas arrêtée à l'apparence d' « autorité judiciaire » que pouvaient revêtir certains magistrats. Elle a ainsi cherché à s'assurer de cette qualité en précisant les conditions que devaient satisfaire ce magistrat. Trois critères cumulatifs doivent être alors remplis si les parquetiers veulent être considérés comme des « *magistrats habilités* » au sens de l'art. 5§3 CEDH. Les deux premiers sont fonctionnels : l'un pose l'obligation faite au magistrat d'entendre personnellement l'individu traduit devant lui², l'autre requiert que ce magistrat ait le pouvoir de remettre en liberté la personne arrêtée. Car sujet à plus de difficulté, le dernier critère mérite davantage que l'on s'y arrête. Il pose l'exigence d'indépendance et d'impartialité du magistrat. La CEDH a affiné sa position : d'abord, elle appréciait ce critère *in abstracto*³ pour en faire ensuite une lecture *in concreto*⁴, en ce sens que ce magistrat ne peut pas contrôler une mesure coercitive dès lors qu'il dispose des fonctions de poursuite quand bien même il ne les exercerait pas *in casu*.

¹ CEDH, 4 décembre 1979, Schiesser c/ Suisse, série A, n°34, §28 : « *l'art. 5§3 CESDH englobe les magistrats du parquet comme ceux du siège* ».

² CEDH, 4 décembre 1979, Schiesser c/ Suisse, préc.

³ Cf. arrêt Schiesser préc.

⁴ CEDH, 23 octobre 1990, Hubert c/ Suisse, série A, n° 188, §43.

Les enseignements à tirer de cette jurisprudence sont clairs bien que la chambre criminelle en fasse fi¹ : les magistrats du parquet ne sont pas en France, des magistrats habilités à se prononcer sur une arrestation ou une détention puisqu'ils ont la possibilité d'être organe de poursuite à l'égard de cette personne². Et c'est ce que vient de décider la CEDH dans un arrêt qui a fait grand bruit³ : « *le procureur de la République n'est pas une "autorité judiciaire" au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion : (..), il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié* » (§ 61). Piqué au vif par le rappel de cette évidence, le gouvernement a alors demandé que cette décision soit déferée à la Grande chambre qui vient récemment de se prononcer⁴. La CEDH ne fonde plus sa condamnation sur l'absence d'indépendance du parquet même si elle maintient sa définition de ce que doit être une autorité judiciaire conduite à contrôler la privation de liberté d'une personne, dans des termes qui excluent objectivement le parquet français de cette catégorie. Ainsi écrit-elle dans son arrêt qu'une telle autorité « *doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'elle puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public* » (§124). On voit donc apparaître un hiatus entre la tradition procédurale française et les considérations de la CEDH. Cette dernière est en contradiction directe avec la jurisprudence de la Cour de cassation, pis encore, avec la jurisprudence constitutionnelle⁵.

Force est d'en conclure que, *de lege lata*, le procureur de la République n'est pas fondé à contrôler les actes privatifs et restrictifs de liberté tels que les conditions d'interpellation du mis en cause ou le déroulement de la garde à vue ce qui porte des conséquences considérables eu égard au nombre de garde à vue sous le contrôle du parquet. Une partie du pouvoir propre de police judiciaire, celle où les pouvoirs de police sont les plus coercitifs, échapperait donc à la compétence du parquet. Cette constatation est pareillement observable quand la police judiciaire use de son pouvoir d'initiative en matière d'enquête sans

¹ Crim., 10 mars 1992, Bull. 105 : « *possède la qualité de magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires le procureur de la République, magistrat de l'ordre judiciaire dont la mission est de veiller à l'application de la loi ; l'article 5, CEDH n'interdit pas à ce magistrat d'ordonner, dans les limites que la loi autorise, la prolongation du maintien de la personne entendue à la disposition des enquêteurs* ». Et déjà en ce sens, Crim., 28 janvier 1992, Bull. 32 : « *les dispositions de l'art. 77 C. pr. pén. (sur la garde à vue) ne sont pas incompatibles avec la CESDH* ».

² Cela faisait bien longtemps que la doctrine appelait de ses vœux une prise de conscience de la France à ces exigences européennes : V. en ce sens S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, p. 291.

³ CEDH, 10 juillet 2008, Medvedyev et alli c/ France : *Gaz. Pal.* 28 octobre 2008, note G. POISSONNIER.

⁴ CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, aff. Mevedyev et a. c/ France, n°3394/03 ; JCP G 2010, note F. Sudre à paraître.

⁵ Cf. Décisions du C. const. du 11 août 1993 et du 2 mars 2004 préc.

que le défaut d'information et de contrôle du procureur ne vienne entacher de nullité la procédure diligentée et les pouvoirs exercés¹.

Finalement c'est là où le pouvoir propre de police judiciaire trouve le mieux à s'exprimer que le contrôle est le plus contesté. Cela donne à réfléchir.

Les incohérences, incompatibilités qui jalonnent la matière, dont certaines ont été excipées, sont la preuve de la difficulté d'instaurer un équilibre procédural entre l'inévitable pouvoir propre de police judiciaire requis pour les nécessités de l'enquête et l'indispensable protection des libertés que le procureur de la République a du mal à incarner. Cette difficulté ne fait que révéler une fragilité devenue patente.

II - Un équilibre fragile

L'équilibre auquel aspire la contrainte policière et l'Etat de droit ne peut être que fragile tant les données mis en balance sont sensibles et évolutives, sans compter qu'elles sont éminemment contradictoires. Les nombreux aménagements procéduraux ont permis d'aboutir à un équilibre stable pour rendre applicable ce pouvoir propre de police judiciaire dans l'ordre juridique interne ; mais qu'en est-il pour ce qui est de le rendre acceptable auprès des justiciables ? La justification juridique des pouvoirs de police judiciaires s'annonce sensible, eu égard aux nombreuses atteintes portées aux libertés (A). Celles-ci méritant toujours d'être mieux protégées, les législatures successives sont toujours à la recherche d'un équilibre idoine. L'actualité est là pour nous le montrer avec une prévision de restructuration procédurale du pouvoir propre de police judiciaire (B).

A/ Une difficile justification juridique des pouvoirs de police judiciaire

Il est un adage selon lequel « *force ne fait pas droit* ». Le pouvoir de contrainte doit donc revêtir le caractère justifié sous peine que chacune de ses manifestations soit constitutive d'infractions du fait de l'atteinte portée aux libertés. Pour cela, il serait classique de se tourner vers les faits justificatifs généraux (1°) sauf à ce que l'on puisse avancer une justification spécifique à l'usage du pouvoir propre de police judiciaire, une justification *sui generis* pour ainsi dire (2°).

¹ Cf. développement précédent : Titre 2, Chap. 2, I-, B/, 2°), a).

1°) Faits justificatifs généraux

Dans le cadre de sa mission, la police judiciaire jouit de prérogatives exorbitantes de droit commun lui permettant d'attenter aux libertés si les nécessités de l'enquête l'exigent. L'exercice du pouvoir propre de police judiciaire la conduit, par hypothèse, à des faits normalement répréhensibles au regard de la loi pénale telle la garde à vue portant atteinte à la liberté individuelle (art. 224-1 C. pén.).

Seuls les faits justificatifs¹ permettent de faire perdre aux faits leur caractère délictueux ; c'est dire qu'ils ont un impact négatif sur l'infraction. Tous peuvent avoir vocation à justifier le pouvoir propre de police judiciaire, certains plus que d'autres. Certains se présentent ainsi comme faits justificatifs de principe (a), d'autres comme faits justificatifs subsidiaires (b).

a) Faits justificatifs de principe

Le pouvoir propre de police judiciaire ne peut trouver à s'appliquer que si une norme de contrainte prévoit son applicabilité en droit interne. C'est cette même norme qui paraît justifier, par l'autorisation qu'elle édicte, l'atteinte aux libertés résultant de l'usage des pouvoirs de police judiciaire. L'ordre de la loi se pose donc comme le fondement de la justification des pouvoirs de police judiciaire (α), le commandement de l'autorité légitime n'en serait que le prolongement (β).

α – Le fondement de la justification : l'ordre de la loi

Il est le premier et le plus éclatant des faits justificatifs tant il est vrai que les actes ne peuvent que perdre leur caractère délictueux lorsque la loi elle-même ordonne ou autorise la commission de tels actes. L'hypothèse est celle où deux textes entrent en conflit : le premier impose ou permet un comportement qui est lui-même incriminé par le second. Quel texte faut-il faire prévaloir ? En vertu de l'art. 122-4 al. 1^{er} C. pén., l'infraction peut être justifiée lorsqu'elle était prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires.

Parce qu'il se fonde sur la norme de contrainte², le pouvoir propre de police judiciaire pourrait trouver à se justifier par elle. La justification résulterait alors d'une autorisation explicite de la loi.

¹ MERLE et VITU dans leur monumental traité les définissent comme des « *circonstances objectives, indépendantes de la psychologie du délinquant, qui désarment la réaction sociale contre l'infraction pénale* », n°431.

² Cf. *supra* : Titre 1, Chap.1, I-, A/, 2°), b).

Il en va spécialement ainsi de l'art. 73 C. pr. pén. lequel édicte que « *dans les cas de crime flagrant ou de délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement, toute personne a qualité pour en appréhender l'auteur et le conduire devant l'OPJ le plus proche* ». Cette norme de contrainte autorise explicitement à procéder à l'« appréhension » de l'auteur d'une infraction, ce que la jurisprudence reconnaît comme légitimant les infractions pouvant accompagner une telle initiative. L'arrestation et la détention qui en résulte doivent s'accomplir dans un temps strictement nécessaire à la présentation du délinquant devant l'OPJ le plus proche¹. De même, la contrainte physique exercée sur l'auteur de l'infraction pour l'immobiliser, ne s'agirait-il que d'un auteur apparent², doit être strictement nécessaire et proportionnée à cette fin³. Tout débordement ne saurait rentrer dans l'autorisation et les pouvoirs alors déployés ne seraient plus justifiés de sorte que le policier ou le gendarme pourrait être pénalement sanctionné.

La loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation aux évolutions de la criminalité est un puits d'exemples pour illustrer ces permissions de la loi. Ainsi, dans le cadre des opérations d'infiltration des réseaux de criminalité organisée, les articles 706-80 et s. du Code de procédure pénale autorisent les OPJ ou APJ à commettre certaines infractions comme la détention ou le transport d'armes ou de stupéfiants. De même, la loi nouvelle autorise la sonorisation et la fixation d'images de certains lieux ou véhicules⁴. Il s'agit de permettre l'enregistrement de l'image ou des paroles prononcées par les personnes se trouvant dans un lieu privé ou dans un véhicule sans leur consentement (fait en principe puni par l'art. 226-1 C. pén.). Et, pour procéder à l'installation de microphones ou des caméras espions, le juge peut autoriser l'introduction de policiers dans les locaux ou les véhicules concernés à l'insu des intéressés (fait en principe puni par l'art. 226-4 C. pén.).

Les exemples pourraient être déclinés en autant d'autorisation que de pouvoirs de police judiciaire car le pouvoir propre de police judiciaire ne peut trouver à s'appliquer que s'il se fonde sur une norme de contrainte. Et, c'est par cette norme que le législateur vient défaire ce qu'il a fait à l'égard de certaines incriminations afin de justifier le pouvoir de police judiciaire. Par là même, il fait primer la norme de contrainte sur la norme pénale qu'il neutralise. Les faits justificatifs ont cette particularité de faire apparaître en creux les intérêts

¹ Crim., 16 mars 1893 : S. 1893, 1, p. 216.

² Quand bien même, la personne appréhendée n'était pas l'auteur de l'acte délictueux, il suffit que la personne l'arrêtant ait pu raisonnablement y croire, eu égard aux circonstances de l'espèce. V. TGI Marseille, 28 janvier 1982, D., 1983. 402, obs. J.-M. R. ou Douai, 9 juin 1988, D. 1991, somm. 66, obs. Azibert.

³ Crim., 13 avril 2005, G.: *JurisData* n° 2005-028284 ; *Bull. crim.* 2005, n° 131. - Crim., 29 mars 2006: *JurisData* n° 2006-033033 ; *Bull. crim.* 2006, n° 88.

⁴ Art. 706-80 C. pr. pén.

supérieurs de la société. De cette confrontation avec la norme pénale, la norme de contrainte en ressort sublimée puisqu'elle occupe une place supérieure dans l'ordonnement juridique.

Parce que la justification peut tenir à un ordre donné par une autorité servant de relais à la loi, le fait justificatif du commandement de l'autorité légitime doit être étudié dans le prolongement de celui de l'ordre de la loi.

β – Le prolongement de la justification : le commandement de l'autorité légitime

Venant immédiatement après l'ordre de la loi, ce fait justificatif était autrefois confondu avec ce dernier d'où leur promiscuité. Il prévoit que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal* » (art. 122-4 al.2 C. pén.).

Point n'est besoin d'étudier chacune des composantes de ce fait justificatif, l'autorité que revêt la police judiciaire est de fait légitime. Mais aussi légitime soit-elle, une autorité ne devrait pas avoir le pouvoir de contrarier la loi. La solution inverse ne peut être admise que si une raison supérieure le justifie. Précisément, lorsque l'agent de la force publique fonde son autorité sur la norme de contrainte, il est spécialement habilité à déroger à la norme pénale. De la sorte, lorsque le commandement de l'autorité est le relais de la norme de contrainte (*secundum legem*), il trouve pleinement à se justifier. Mieux, l'hypothèse est idéale puisque le commandement s'inscrit dans la continuité de la loi pour respecter la hiérarchie des normes juridiques ; la norme de contrainte primant sur la norme pénale.

Mais, la réalisation du commandement donné au policier aboutissant à la commission d'une infraction n'est en réalité justifiée que par l'ordre de loi elle-même. Nous rejoignons alors le fait justificatif précité d'où la promiscuité initialement annoncée.

Par exemple, la perquisition dans le cadre d'une enquête préliminaire sans l'assentiment de l'intéressé suppose un commandement en ce sens de l'autorité judiciaire, servant de relais entre les lois de procédure et les agents de la force publique : la violation du domicile par une personne dépositaire de l'autorité publique (art. 432-8 C. pén.) est justifiée moins par l'autorisation de ce magistrat que par l'autorisation de la loi dont elle n'est que le prolongement.

Finalement, nous revenons à l'ordre de la loi comme fait justificatif des pouvoirs de police judiciaire. Ce constat est rassurant parce qu'il sert le raisonnement. Seule la norme de contrainte peut fonder l'exercice du pouvoir propre de police judiciaire et *ipso facto* lui conférer le caractère justifié. Eu égard à l'atteinte portée aux libertés, l'exercice des pouvoirs de police judiciaire ne peut être justifié que par la légalité. Parce que la loi est l'expression de la volonté générale née du contrat social, on ne saurait soumettre le corps social à des mesures coercitives qu'il n'aurait pas admis, on ne saurait les justifier autrement que par la légalité.

Les pouvoirs de police judiciaire qui excèdent les prévisions de la loi et le cadre procédural dans lequel ils sont délimités perdent leur caractère justifié, du moins doivent-ils le retrouver dans d'autres faits justificatifs qui ne leur sont plus propres mais qu'ils empruntent aux dispositions communes. Dans ce contexte, les policiers ne disposent pas davantage de pouvoirs que le citoyen lambda placé dans la même situation. Par conséquent, la justification de leurs pouvoirs est plus délicate puisqu'elle n'est plus couverte par la loi (norme de contrainte) mais par leur seul comportement. Ce dernier devra alors répondre de l'état de nécessité ou de la légitime défense s'ils veulent se prévaloir du caractère justifié pour ne pas engager leurs responsabilités pénales.

b) Faits justificatifs subsidiaires

Lorsqu'un agent de la force publique ne peut plus se prévaloir de l'ordre de la loi (ou du commandement de l'autorité légitime) pour justifier des pouvoirs qu'il a employés, il peut toujours s'en remettre aux faits justificatifs de légitime défense (α) ou d'état de nécessité (β) qui se posent en tant que subsidiaires.

α – La légitime défense

Ce fait justificatif est le plus souvent employé, du moins le plus familier. Néanmoins, pour ce qui est de la justification du pouvoir propre de police judiciaire, il n'intervient que subsidiairement. L'hypothèse est celle où le policier, confronté à une situation, est contraint d'excéder les pouvoirs qui lui sont légalement attribués pour y répondre de manière graduée. Pour justifier l'usage de la contrainte, il ne peut pas se fonder sur l'ordre de la loi puisqu'il n'est plus, par hypothèse, couvert par la norme de contrainte ; seule la légitime défense peut justifier son action. Ainsi, le pouvoir de contrainte dont il a usé n'est plus tant justifié par la norme de contrainte que par la norme pénale. Cette dernière intervient donc subsidiairement

pour neutraliser le fait infractionnel généré par le comportement du policier. Elle trouve son fondement dans l'art. 122-5 C. pén. : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte* ».

Le régime de la légitime défense mériterait plus de développement que ce qu'on ne peut lui accorder dans ce mémoire¹. Nous nous contenterons d'une étude appliquée de la légitime défense à l'action policière précisément dans le cas de l'usage de la force armée. Cette illustration est riche de développements pour servir au mieux le raisonnement qui vient de vous être présenté.

Si tous les membres de la police judiciaire sont autorisés à porter, dans l'exercice de leurs fonctions, une arme à feu², l'usage qui peut en être fait est discriminatoire selon que l'agent relève de la police nationale ou de la gendarmerie nationale.

L'usage de l'arme à feu n'est plus permis par les policiers, même après sommations, depuis que les textes qui l'autorisaient dans certaines circonstances³ ont été abrogés⁴.

Il en va différemment en ce qui concerne les gendarmes qui sont autorisés à déployer la force armée dans divers hypothèses et en particulier : « *lorsque les personnes invitées à s'arrêter par des appels répétés de « Halte gendarmerie » faits à haute voix cherchent à échapper à leur garde ou à leurs investigations et ne peuvent être contraintes à s'arrêter que par l'usage des armes* »⁵.

Cette différence de régime entre la police et la gendarmerie va porter conséquence sur la justification de leur pouvoir respectif de contrainte maximale par arme à feu.

Ne connaissant pas de norme de contrainte spécialement applicable à l'instar des gendarmes, les fonctionnaires de police ne peuvent voir l'usage de leur arme à feu justifié que par la

¹ Pour de plus amples développements, nous vous renvoyons aux ouvrages de référence, V. notamment Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^{ème} éd. mise à jour, 2007.

² Tous les « agents » de la Police nationale et tous les gendarmes sont, dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions, autorisés à porter la ou les armes des catégories 1, 4 et 6 qu'ils détiennent régulièrement, qu'il s'agisse d'armes de dotation ou d'armes personnelles acquises sur autorisation à raison des nécessités du service. (V. MONTREUIL, *Armes et munitions, poudres et explosifs* : J.-Cl. Pén. Annexes).

³ L. 18 septembre 1943 et ordonnance n°58-1309, 23 décembre 1958, art. 1^{er}.

⁴ Toutefois, les membres de la force publique intervenant à l'intérieur d'un établissement pénitentiaire sont, pendant le temps de cette mission, assimilés quant à l'usage des armes aux membres du personnel pénitentiaire, lesquels peuvent, dans certains cas et après sommations, user des armes. Cf. art. D. 283-6 C. pr. pén.).

⁵ Art. 174 du décret organique du 20 mai 1903 (mod. Décr. 22 juillet 1943).

légitime défense. L'article 9 du Code de déontologie de la Police nationale¹ est en ce sens : « *le fonctionnaire de police ne peut en faire (de ses armes) qu'un usage strictement proportionné au but à atteindre* ». L'appréciation de la légitime défense est sujette, ici plus qu'ailleurs, à difficultés. Le doyen DECOCQ souligne notamment que « *la proportionnalité de la défense à l'agression ne peut certes être extrêmement rigoureuse, étant donné le temps très bref dont, par hypothèse, l'agent dispose pour réagir* » avant de conclure que « *pratiquement toute menace grave pour l'intégrité corporelle justifie les actes de défense les plus énergiques, jusqu'au meurtre inclusivement* ». La Cour de cassation a, par exemple, légitimé sur ce fondement l'usage d'une arme à feu par un gardien de la paix qui, ayant fait signe de s'arrêter aux occupants d'un véhicule, avait été trainé sur plusieurs dizaines de mètres et blessé, avant de tirer à travers le pare-brise sur les occupants d'un véhicule, tuant l'un d'eux et blessant l'autre².

Une partie de la doctrine conteste ce fondement légitimant : « *force est de constater que cette position consistant à fonder, sur la légitime défense, l'usage de l'arme à feu par le policier apparait, à l'analyse, quelque peu contraire à la logique juridique* »³.

Un autre fondement a été avancé, celui de l'ordre de la loi : certains arguaient qu'agissant en vertu de l'art. 73 C. pr. pén., le policier était fondé à user de son arme à feu pour appréhender l'auteur présumé d'une infraction flagrante. Si le raisonnement paraît viable, à ceci prêt qu'il pourrait être aussi prétexté par le simple citoyen avec les risques de déviances que cela implique, seules les juridictions du fond paraissent l'avoir suivi⁴.

En revanche, ce fondement peut trouver pleinement à s'appliquer pour ce qui est de l'usage de l'arme à feu par les gendarmes. En effet, ces derniers bénéficiant d'une norme légitimant un tel usage peuvent se prévaloir de l'ordre de la loi comme fait justificatif. Toutefois, rien ne leur empêche de se prévaloir de la norme pénale pour justifier de leur comportement sur le fondement de la légitime défense même si ce fait justificatif est juridiquement moins rentable que celui tiré de la norme de contrainte. Ainsi, deux conceptions s'opposent⁵. La Cour de cassation a finalement opté pour une solution médiane consistant à retenir le critère objectif de la norme de contrainte pour lui insuffler une dose de proportionnalité afin de s'assurer de

¹ Décr. n°86-592 18 mars 1986.

² Crim., 14 mars 1989 : *Bull. crim.* n° 126.

³ V. la critique tenu par S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, p. 494-495.

⁴ Montpellier, 14 novembre 1979, inédit et Toulouse, 15 novembre 1979, inédit.

⁵ L'action de la gendarmerie s'exerce toujours en tenue militaire (décr. préc., art. 96), et si tel n'est pas le cas, seule la légitime défense peut être éventuellement débattue, à l'exclusion de l'ordre ou de l'autorisation de la loi : Crim., 16 janvier 1996, *Bull. crim.* n°22 ; RSC 1996, p.369, obs. Mayaud.

la juste adéquation entre le recours à la permission de la loi et l'absolue nécessité de l'espèce¹.

Donc, la légitime défense n'intervient que subsidiairement pour justifier les pouvoirs de police judiciaire lorsque l'usage qui est fait de ces derniers excède les prévisions de la norme de contrainte pour s'exposer, plus encore, à la loi pénale. Mais, quand norme de contrainte il y a, l'ordre de la loi reprend ses droits à ceci prêt qu'il doit revêtir le caractère proportionné.

Quand les faits justificatifs s'entrecroisent pour venir justifier les pouvoirs de police judiciaire – même ceux excédant le cadre procédural – nous n'avons pas d'autres choix que de les prendre dans leur complémentarité bien qu'il y ait une prééminence avérée pour l'ordre de la loi. Ce lacs est d'autant plus emmêlé lorsque l'état de nécessité vient s'y ajouter.

β – L'état de nécessité

Il peut être une autre forme de justification des violences non intentionnelles dont les forces de l'ordre doivent parfois répondre² ce qui vient illustrer autrement ce que nous venons de voir en matière de contrainte par arme à feu. Là encore, le recours à l'état de nécessité s'explique parce que l'agent de la force publique a excédé les pouvoirs qui lui étaient conférés pour mener à bien sa mission ; se plaçant hors du champ procédural encadrant le pouvoir propre de police judiciaire, il ne pouvait plus se prévaloir de la justification de l'ordre de la loi. À l'instar de la légitime défense, il peut être reconnu subsidiairement au fait justificatif tiré de l'état de nécessité.

Initialement de conception prétorienne, l'état de nécessité est aujourd'hui repris à l'art. 122-7 C. pén. : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ».

La Cour de cassation a fait appel à la notion de nécessité pour régir l'usage de l'arme à feu par un policier, en dehors de tout examen des conditions de la légitime défense, en considérant qu'étaient justifiés les coups et blessures involontaires commis par un policier, lequel, après sommations, et à des fins d'intimidation, avait tiré un coup de feu à terre, blessant par ricochet

¹ Crim., 18 février 2003, Bull. crim. n°41 ; RSC 2003, p.559, obs. Mayaud.

² V. Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Dalloz Référence, 2003, p.172, n°52. 74.

un individu armé qu'il tentait d'appréhender, après qu'il eut fait usage de son arme et alors qu'il se trouvait dans un état d'excitation violente¹.

L'état de nécessité se présente comme une autre forme de justification du pouvoir de police, une justification opérant extralégale i.e. lorsque le pouvoir employé par les policiers n'entre plus dans les prévisions de la norme de contrainte. Ce fait justificatif permet de justifier ce qui excède la légalité (norme de contrainte).

Par exemple, dans le cadre de l'enquête officieuse², l'arrestation du suspect était illégale. Celle-ci ne pouvait intervenir que dans le cadre d'une enquête flagrante ou au moyen d'un mandat délivré par le magistrat instructeur. Pour autant, policiers et gendarmes y recouraient et cette pratique irrégulière se trouvait parfois justifiée *a posteriori* sur le fondement de l'état de nécessité³. Faute de base légale, l'agent de la force publique ne pouvait que se rendre coupable d'une arrestation arbitraire sauf à laisser libre une personne potentiellement dangereuse contre laquelle des indices ou des preuves avaient été rassemblés lors de l'enquête officieuse. Ce pouvoir d'arrestation qui excédait les prévisions de la norme de contrainte pouvait ainsi se trouver justifier sur le fondement de l'état de nécessité.

Les pouvoirs de police judiciaire doivent strictement respecter la norme de contrainte s'ils veulent être justifiés dans un Etat de droit. Toutefois, ils jouissent d'une certaine adaptabilité et peuvent excéder ce qui leur est normalement commandé dès lors que justifiés par une réponse proportionnée et nécessaire.

L'ordre de la loi (et son prolongement le commandement de l'autorité légitime) se pose donc comme fait justificatif de principe du pouvoir propre de police judiciaire, la légitime défense et l'état de nécessité comme faits justificatifs subsidiaires.

Mais, nonobstant ces faits justificatifs de droit commun, une partie de la doctrine est venue soutenir que la police judiciaire jouirait de moyens spécifiques pour justifier de son action. Ainsi mérite d'être développée cette hypothèse de faits justificatifs *sui generis*, toute précaution gardée.

¹ Crim., 16 juillet 1986, Ziegler, D.1988.390 (2^e espèce), note Dekeuwer ; Gaz. Pal., 1987.1, somm. 10.

² Rappelons que l'enquête officieuse est née de la pratique sans jamais avoir été consacrée par le C.I.C. Elle était considérée respectivement comme illégale ou extralégale selon que l'on se répute de la conception de Faustin Hélie ou de René Garraud.

³ M. BLONDET, *Les pouvoirs de police et de la gendarmerie au cours de l'enquête préliminaire* : JCP G 1956, I, 1311.

2°) Des faits justificatifs sui generis ?

Parler de « *faits justificatifs sui generis* » peut étonner au premier abord mais c'est pourtant ce que semble induire certaines conceptions doctrinales. Les pouvoirs de police judiciaire seraient ainsi couverts par une présomption de légalité qui participerait de leurs justifications (a). Cette justification serait, selon certains auteurs¹, postulée par l'apparence. Certes, l'apparence a une fonction légitimante dans l'usage du pouvoir de police mais est-elle pour autant facteur de justification ? (b).

a) La présomption de légalité ou une justification supputée

Présumer que les pouvoirs déployés par la police judiciaire revêtent le sceau de la légalité est une conception emprunte de dangerosité. Le malaise auquel sont exposées les libertés est peut être un mal nécessaire, du moins un moindre mal. Comme l'a relevé M. DELMAS SAINT HILAIRE, « *Rendre tout citoyen juge de la régularité de l'action des représentants de l'ordre ne pourrait que conduire à la ruine de l'autorité publique* »².

La question sous-jacente est celle de savoir si le particulier a le droit de résister au pouvoir de contrainte qui lui est opposé. Cette résistance était admise sous le droit intermédiaire pour repousser un acte illégal de l'autorité policière. Ayant à connaître d'un délit de rébellion, tel qu'aménagé par le Code pénal de 1810, la Cour de cassation a, dès 1821, consacré la théorie de l'obéissance passive du citoyen³. Le citoyen ne peut s'opposer au pouvoir de police judiciaire diligenté contre lui que dans la mesure où celui-ci apparaît immédiatement illégal i.e. frappé d'une illégalité flagrante, patente. La présomption de légalité n'est donc pas pleine et entière. Elle s'arrête aux prémices de l'illégalité manifeste.

En outre, même après avoir subi le pouvoir de police litigieux, l'intéressé dispose bien évidemment d'un droit de recours devant le juge administratif ou judiciaire conformément à l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

La présomption de légalité ne vient donc aucunement justifier le pouvoir de police judiciaire. Cela est bienheureux car, en cas contraire, cela reviendrait à conférer un blanc seing à la

¹ V. DECOCQ, MONTREUIL et BUISSON, *op. cit.*, n°566, p.312.

² RSC 1985, 69.

³ Crim., 5 janvier 1821, Bernard. V. J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit criminel*, Sirey, 2^{ème} éd., t.I, p. 191 et s. – VITU et MONTREUIL, *Rébellion* : J.-Cl. Pén., art. 209 à 221.

police judiciaire. C'est pourquoi, les pouvoirs de police judiciaire doivent toujours pouvoir être contestés devant le juge *a posteriori*. Cette présomption de légalité n'est rien d'autre qu'une supputation sur la justification du pouvoir de police. Si ce dernier est contesté, il ne pourra être justifié qu'au moyen des faits justificatifs généraux précités. Cette supputation est simplement destinée à permettre l'exercice du pouvoir de police afin de ne pas neutraliser, par des contestations systématiques, les missions de la police judiciaire.

Cette supputation de la justification est fondée sur l'apparence de conformité du pouvoir de police avec la norme de contrainte. En légitimant l'usage de ce pouvoir, l'apparence ne vient-elle pas *ipso facto* le justifier ?

b) L'apparence, fondement de la justification ?

La théorie de l'apparence a pour effet de légitimer l'action policière en réponse à une situation qui s'avérerait, après coup, ne pas correspondre à la perception vraisemblable que le policier ou le gendarme en avait d'abord eue. La notion d'apparence a déjà été explicitée lors de développements antérieurs. Nous vous y renvoyons pour le surplus¹.

Relevons simplement qu'elle a un double effet : elle valide les actes accomplis à raison de la vraisemblance et exonère celui-ci de toute responsabilité pénale pour l'infraction qu'il pourrait avoir ainsi commise². Un raisonnement elliptique pourrait donner à croire que l'apparence constitue le fondement de la justification des pouvoirs de police. À y regarder de plus près, il n'en est rien. L'apparence ne vient ici qu'exprimer ce que le policier, au moment des faits, a cru bon de faire, eu égard à ce que la norme de contrainte lui permettait. Par l'objectivité qu'elle revêt, l'apparence permet au policier de se prévaloir de la norme de contrainte qu'il a présumé pouvoir légitimement appliquer. Ainsi, il pourra justifier des pouvoirs employés en se prévalant de la norme de contrainte comme d'un fait justificatif. L'hypothèse est celle d'une justification fondée sur l'ordre de la loi³.

En revanche, l'erreur de fait ne pourra être invoquée comme fait justificatif car elle dessert la théorie de l'apparence. Celle-ci est exclusive de toute erreur de fait puisqu'au moment des

¹ Cf. *supra* : Titre 1, Chap.1, II-, A/, 1°).

² Crim, 9 janvier 1990 : *Bull. crim.* n°16.

³ Cf. *supra* : Titre 2, Chap. 2, II-, A/, 1°),a),α-.

faits, l'agent est censé avoir agi conformément à la norme de contrainte, du moins le pensait-il.

L'apparence rend possible la justification des pouvoirs de police dans des hypothèses qui en sont pourtant exclusives. L'apparence permet de rattacher fictivement le pouvoir de police à la norme de contrainte en raison de la croyance qu'avait le policier dans l'applicabilité de la norme de contrainte au moment des faits. Cette adhésion intellectuelle permet de compenser la rupture du lien juridique entre la norme de contrainte et le pouvoir qu'elle prévoyait. Dans ce contexte, le pouvoir employé peut être justifié sur le fondement de l'ordre de la loi mais aussi sur tout autre fait justificatif ; dans ce dernier cas, la norme de contrainte est suppléée par la norme pénale. D'ailleurs l'apparence occupe une place importante dans le cadre de la légitime défense. Le doyen DECOCQ observe à cet égard que l'agent ne peut s'en tenir qu'à « *l'apparence de l'agression, sans avoir à se livrer à des investigations par ailleurs impossibles relativement au caractère sérieux ou intrinsèquement injuste de l'agression. Ce n'est plus dans le cas où, de toute évidence, il ne s'agit pas d'une agression sérieuse que le droit de défense doit être écarté* »¹.

À l'analyse, il se révèle que la présomption de légalité est fondée sur l'apparence. Toutes deux permettent d'adapter l'usage du pouvoir propre de contrainte aux réalités de la pratique policière. À ce titre, elles viennent en faciliter la justification et la renforcer corrélativement : la présomption de légalité permettant de supputer la justification, l'apparence essayant de rendre possible la justification par le rattachement fictif des pouvoirs de police à la norme justificative qu'il s'agisse de la norme de contrainte (pour le fait justificatif tiré de l'ordre de la loi ou son prolongement) ou de la norme pénale (pour les autres faits justificatifs).

Elles assurent un aménagement de la justification mais ne viennent aucunement la fonder juridiquement. Donc, l'expression de « faits justificatifs *sui generis* » est entièrement infondée.

Le mécanisme de justification des pouvoirs de police judiciaire n'est pas aisé. Certes, il emprunte aux principes justificatifs issus du droit commun mais ceux-ci doivent composer avec les spécificités de l'action policière pour être aménagés en conséquence. Malgré les

¹ A. DECOCQ, *Droit pénal général*, A. Colin 1970, p.320.

nombreuses atteintes portées aux libertés, les pouvoirs de police judiciaire deviennent, sur la base de ce modèle, juridiquement acceptés donc socialement acceptable. Par suite, le pouvoir propre de police judiciaire est ainsi mieux concilié avec les exigences d'un Etat de droit. Cette conciliation se fait, avant tout, en termes juridiques. Le droit étant évolutif, l'équilibre instauré entre le pouvoir de contrainte et l'Etat de droit est régulièrement reconsidéré. Preuve il en est, le projet de réforme du Code de procédure pénale envisage une restructuration procédurale du pouvoir propre de contrainte. Les pouvoirs de police judiciaire qui en sont la manifestation appellent donc à être autrement encadrés dans l'ordre juridique interne.

B/ Vers une restructuration procédurale du pouvoir propre de police judiciaire

Afin d'adapter le pouvoir propre de contrainte dans l'ordonnement juridique, le législateur l'a délimité et régulé dans deux cadres d'enquêtes. La distinction entre l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire est, comme nous l'avons vu¹, plus de degré que de nature : la première étant source de contrainte, la seconde l'aménageant plus restrictivement. Mais cette distinction tend peu à peu à s'effacer avec le renforcement progressif du pouvoir de contrainte (1°). Cette évolution favorise un glissement vers un modèle unique d'enquête policière (2°).

Cette restructuration procédurale, présente ou à venir, appelle une lecture renouvelée du pouvoir propre de contrainte dans l'ordre juridique interne.

1°) L'effritement des cadres d'enquêtes

Cet effritement est celui de la mutation de l'enquête préliminaire qui se rapproche de plus en plus du schéma de l'enquête de flagrance. Ce phénomène avait été pressenti lors de l'étude de l'enquête préliminaire² mais il mérite d'être plus abondamment commenté car il est annonciateur du développement du pouvoir de contrainte dans notre ordre juridique.

Le schéma originel de l'enquête préliminaire, une enquête à coercition conditionnelle, a subi de profonds bouleversements. Le législateur a progressivement accordé aux policiers un pouvoir de contrainte exercé en dépit de la volonté contraire de celui qui le subit. Cette évolution répond aux sollicitations des policiers, qui exposaient que l'obtention de l'accord

¹ Cf. *supra* : Titre 2, Chap. 1, I-.

² Cf. *supra* : Titre 2, Chap.1, I-, B/, 2°).

des personnes avant l'usage de leur pouvoir propre obérait considérablement le succès de l'enquête. L'évolution s'est opérée en plusieurs étapes législatives.

D'abord, la loi du 4 janvier 1993 a imposé, à l'article 78 al. 1^{er} C. pr. pén., aux personnes convoquées dans le cadre d'une enquête préliminaire l'obligation de comparaître. À défaut de comparution volontaire, les enquêteurs, après accord du procureur de la République, disposent de la faculté de faire usage de la contrainte pour forcer les personnes récalcitrantes à répondre à la convocation. La loi du 9 mars 2004 a encore renforcé l'intégration de la contrainte dans la phase préliminaire, en prévoyant, à l'article 78 al.2 C. pr. pén., que le procureur de la République peut contraindre à comparaître les personnes qui n'ont pas répondu à une convocation, mais également celles dont on peut craindre qu'elles ne répondent pas à la convocation. Cette seconde catégorie de personnes concernée par cette nouvelle mesure coercitive paraît suffisamment générale pour favoriser une application vaste du pouvoir de contrainte.

Ensuite, des actes purement coercitifs ont été intégrés dans l'enquête préliminaire. Dans le domaine des perquisitions, la loi du 9 septembre 1986 a, en matière de terrorisme, autorisé des perquisitions, visites domiciliaires et saisies, sans l'assentiment de la personne chez laquelle elle a lieu. La loi du 15 novembre 2001, relative à la sécurité quotidienne, avait étendu ce régime aux perquisitions en matière d'infraction à la législation sur les armes et les stupéfiants (art. 76-1 C. pr. pén.). Cet article a été abrogé par la loi du 9 mars 2004, qui a réécrit l'article 76 C. pr. pén. Désormais, le procureur de la République peut, si les nécessités de l'enquête relative à un crime ou un délit puni d'une peine de cinq ans d'emprisonnement au moins l'exigent, requérir le JLD, afin que ce dernier autorise les enquêteurs à procéder aux perquisitions, visites domiciliaires et saisies sans l'assentiment de la personne concernée. Cette modification législative est significative puisqu'elle permet aux policiers de développer pleinement leur pouvoir de contrainte dans l'enquête préliminaire par des moyens sensibles, comme la perquisition, les délits punis d'une peine supérieure à cinq ans étant, par ailleurs, fort nombreux dans l'arsenal législatif pénal.

D'autres mesures coercitives ont été accordées aux enquêteurs agissant en enquête préliminaire. Ainsi, la loi du 18 mars 2003 autorise des prélèvements sur les suspects et sur toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause (art. 76-2 et 706-56 C. pr. pén.). Le procureur de la République peut également décerner un mandat de recherche contre toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons

plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction réprimée d'au moins trois ans d'emprisonnement (art. 77-4 C. pr. pén.). En outre, en matière de criminalité organisée, l'article 706-95 C. pr. pén. permet au JLD d'autoriser des interceptions de correspondances émises par les voies de la télécommunication.

Ainsi, l'enquête préliminaire évolue vers une contrainte ordinaire, similaire à celle applicable dans les enquêtes de flagrance. Certes, l'enquête préliminaire demeure à coercition conditionnelle mais lorsque cette condition n'est plus celle du contraint mais de l'autorité judiciaire habilitée, elle apparaît plus facilement acquise pour ne pas l'être systématiquement. Dans ce contexte, parler de coercition conditionnelle sonne comme un euphémisme juridique tant la contrainte est assurée. La contrainte n'est plus conditionnée, tout au plus elle est mieux contrôlée à supposer que l'autorité judiciaire ne se contente pas d'enregistrer les demandes du corps policier. Désormais, le seul intérêt de l'obtention du consentement de l'intéressé consiste à s'affranchir de la formalité procédurale de demande auprès de l'autorité habilitée. La contrainte psychologique¹ pesant sur l'intéressé sera d'autant plus forte que le policier pourra lui prétexter, qu'avec ou sans son consentement, la mesure coercitive proposée sera exécutée, son refus ne faisant que la reporter.

En recourant toujours plus abondamment à la contrainte, les réformes législatives ont certes permis de renforcer l'efficacité de l'enquête préliminaire mais au prix de sa dénaturation. La propension du pouvoir de contrainte a donc précipité l'enquête préliminaire vers le modèle de l'enquête de flagrance. De surcroît, le développement des règles dérogatoires au droit commun dans le domaine de la criminalité organisée, applicables aux deux types d'enquête avec des modalités peu différentes, ajoute à la confusion.

Par voie de conséquence, il n'est pas inutile de se poser la question de la pérennité de la *summa divisio* des enquêtes judiciaires. Comme l'a relevé avec sagacité un auteur : « *Ne serait-il pas souhaitable, à terme, de fusionner l'enquête préliminaire et l'enquête de flagrance pour les fondre dans une structure unifiée qui aurait vocation à cohabiter pacifiquement avec l'enquête applicable à la délinquance organisée ?* »².

2°) Le glissement vers un modèle unique d'enquête

¹ Sur cette notion, v. *supra* : Titre 1, Chap. 2, II-, A/, 2°).

²Jean-Luc LENNON, art. préc.

Au crépuscule d'une réforme fondamentale de la procédure pénale, il serait opportun d'entériner ce que le droit a amorcé ces dernières années à savoir, pour ce qui nous intéresse, un glissement vers un modèle unique d'enquête. Une telle perspective a été envisagée dans le rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale dit « rapport Léger » (a) mais ne sera vraisemblablement entérinée qu'avec la réforme proposée du Code de procédure pénale (b). À la lumière de ces projets, le pouvoir propre de police judiciaire sera autrement encadré ce que nous ne pouvons omettre de relever.

a) Une proposition avancée par le rapport Léger

L'atténuation considérable de la différence entre l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire, en raison du renforcement de la contrainte dans l'enquête préliminaire, opère un glissement des deux enquêtes vers un modèle unique. Ce glissement vers une enquête unique paraît trouver sa consécration dans le rapport Léger rendu le 1er septembre 2009.

Le rapport préconise, en parallèle de la suppression du juge d'instruction, de simplifier la phase préparatoire du procès pénal en instituant un cadre unique d'enquête¹.

La différence entre l'enquête de flagrance et celle préliminaire serait gommée au bénéfice d'une enquête unique, dirigée par le procureur de la République. Néanmoins, cette affirmation solennelle d'une enquête unifiée est immédiatement tempérée par le rapport qui précise que la contrainte doit être renforcée en cas d'urgence, i.e. durant la période de flagrance. Pour le rapport, il est nécessaire d'autoriser des actes coercitifs alors qu'une infraction vient de se dérouler. De la même manière, il semble inopportun d'autoriser une telle contrainte en dehors des cas de flagrance. Par conséquent, le rapport en conclut à la nécessité de conserver la différence entre l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire, différence fondée sur le critère de la contrainte.

On ne peut cependant manquer de s'interroger sur la simplification espérée de cette phase d'enquête, dès lors que l'enquête unique proposée sera constituée des deux enquêtes déjà existantes, avec de surcroît deux régimes possibles : un régime simple et un régime renforcé. La simplification n'est pas manifeste à la lecture de ce projet.

En outre, la suppression du juge d'instruction entraîne *ipso facto* le transfert des pouvoirs d'investigations au procureur de la République, du moins en théorie. La réalité

¹ Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, présidé par Philippe LEGER, rendu le 1^{er} septembre 2009, 2^{ème} proposition.

s'annonce tout autre car, faute de moyen et de culture, le parquet se verra obliger de confier ces pouvoirs à la police judiciaire qui apparaîtra alors comme le véritable bénéficiaire de ce transfert de pouvoirs. Nous ne pouvons que nous féliciter de cette perspective qui permettra enfin de parachever le transfert des attributions de police judiciaire aux forces de l'ordre dont le juge d'instruction empêchait encore la réalisation¹. Toutefois, nous pouvons nous inquiéter, avec un auteur², de ce que l'accroissement du pouvoir de contrainte de la police judiciaire ne soit pas accompagné corrélativement d'un renforcement du contrôle de l'autorité judiciaire sur cette dernière.

Premier travaux ouvrant officiellement la voie à la réforme du Code de procédure pénale, le rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale propose la création d'un cadre unique d'enquête sans pour autant confondre l'enquête préliminaire et l'enquête de flagrance, toutes deux nécessaires à une régulation contrôlée du pouvoir de contrainte.

Le pouvoir propre de police judiciaire ne sera donc plus concurrencé par les attributions de police judiciaire conférées au juge d'instruction lors de l'ouverture d'une instruction. Quand bien même l'instruction préparatoire ne concerne qu'une infime partie des dossiers³, elle représente une entorse au principe d'un pouvoir propre de contrainte dévolu à la seule police judiciaire. Par la suppression du juge d'instruction et le transfèrement de ses pouvoirs plus à la police qu'au parquet, le rapport Léger viendrait ainsi pérenniser cette théorie. La réforme annoncée du Code de procédure pénale ne semble pas contrarier ces projets. En effet, l'avant projet du futur Code de procédure pénale propose d'entériner cette proposition de restructuration des pouvoirs de police judiciaire⁴.

b) Une proposition entérinée par la réforme du Code de procédure pénale

¹ La notion de police judiciaire a été conçue comme un instrument permettant de transférer le pouvoir de contrainte de l'autorité judiciaire aux forces de l'ordre. Cf. *supra* Titre 2, Chap.1, II, A/, 1°).

² Marc ROBERT, *Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un parquetier*, AJ Pénal n°10/09, p. 394 : « Alors même qu'il est patent que le transfert des pouvoirs d'investigation du juge d'instruction se fera davantage, non pas au bénéfice du parquet, mais bien d'une police judiciaire placée aujourd'hui sous la tutelle du ministère de l'intérieur, aucune réforme institutionnelle n'est proposée pour renforcer l'autorité de la justice sur cette dernière ».

³ Le juge d'instruction traite entre 4 et 5% des affaires pénales, le reste étant dévolu à la police judiciaire.

⁴ Cf. Avant projet du futur Code de procédure pénale soumis à la concertation le 1^{er} mars 2010 à disposition sur le site internet du ministère : www.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_cpp_20100304.pdf.

Au rapport du comité Léger succède un avant-projet d'une grande ampleur au dessein ambitieux, celui d'une refonte totale du dispositif afin de redonner au Code de procédure pénale la cohérence qu'il avait perdu dans la stratification législative de ces dernières décennies. Cet avant-projet ne sera étudié que pour ce qu'il présente d'intérêt pour notre sujet, il appelle bien entendu de plus larges développements que nous ne pouvons lui consacrer¹.

À l'instar de la proposition du rapport Léger, l'avant-projet fusionne les enquêtes de police et d'instruction pour réorganiser les pouvoirs de police judiciaire dans un cadre unique d'enquête. Sous ce nouveau visage, l'enquête n'en demeure pas moins à double facette. Elle conserve la dichotomie traditionnelle entre l'enquête préliminaire et l'enquête de flagrance dont elle tait les noms sous l'appellation d'« enquête judiciaire pénale »². Cette dernière n'explicite que les dispositions spécifiques à la flagrance³ sans ne jamais évoquer l'enquête préliminaire, celle-ci devant être entendue comme relevant du droit commun et s'appliquant donc par principe.

Seule l'appellation évolue puisqu'elle a toujours « *pour objet de rechercher et de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en identifier les auteurs* »⁴ et « *est conduite par le procureur de la République* »⁵.

Les remarques soulevées précédemment à l'égard du rapport Léger sont pareillement observables. En effet, s'il est affirmé que l'enquête judiciaire pénale est conduite par le procureur de la République, le déroulement de l'enquête semble bien plutôt confié aux OPJ si l'on suit les articles 311-15 et s. de l'avant-projet. Bien que le parquet puisse (toujours) exercer « *tous les actes nécessaires à la manifestation de la vérité* »⁶, les dispositions précitées présentent le déroulement de l'enquête sous l'action des OPJ laquelle est contrôlée par le procureur de la République. Un auteur souligne qu'« *il semblerait donc que les fonctions de juge d'instruction soient en train de glisser plus facilement vers la police que vers le parquet* »⁷. Un autre en conclut que : « *le ministère public est ainsi appelé à jouer principalement le rôle de contrôleur des enquêtes menées par la police...* »⁸. À cet égard, il

¹ Tout au plus peut-on fournir en annexe le schéma de la future procédure pénale communiqué par la Chancellerie (cf. Annexe 2).

² Cf. Livre 3 de l'avant-projet.

³ Art. 311-28 à 311-30 de l'avant projet.

⁴ Art. 311-2 al. 1^{er} de l'avant-projet.

⁵ Art. 311-2 al. 2 de l'avant-projet.

⁶ Art. 311-1 al.3 de l'avant-projet.

⁷ Philippe VOULANT, *Quels changements pour la pratique ?*, AJ Pénal 2010, p.169.

⁸ Valérie MALABAT, *L'avant-projet du futur Code de procédure pénale : refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale ?*, AJ Pénal 2010, p. 162.

est chargé de contrôler la régularité de l'enquête, notamment la mesure de garde à vue, qu'il est censé conduire en saisissant la chambre de l'enquête et des libertés aux fins d'annulation d'un acte d'enquête¹. En outre, il lui est fait obligation de ne pas porter appréciation sur l'éventuelle culpabilité des personnes mises en cause lorsqu'il rend publics des éléments factuels tirés de la procédure². Soit autant d'éléments donnant à penser qu'il s'apparente davantage à un contrôleur qu'à un directeur d'enquête. D'un point de vue plus pragmatique, on peut s'interroger sur la capacité du parquet à pouvoir effectivement diriger et contrôler les enquêtes menées par les OPJ si ses effectifs ne sont pas augmentés.

Le transfert des pouvoirs du juge d'instruction semble être donc fait au bénéfice de la police judiciaire ; bienheureuse celle-ci recouvre désormais pleinement le pouvoir de contrainte qui lui appartient en propre. Ce renforcement du pouvoir de contrainte s'est fait dans le respect des exigences de l'Etat puisqu'il s'est accompagné d'un renforcement corrélatif du contrôle de l'autorité judiciaire et, d'abord celle du procureur de la République même si l'on pourrait discuter de la mise en œuvre concrète de ce pouvoir de contrôle.

Le procureur de la République exerce son contrôle suite aux informations qu'il recueille des services de police notamment celle qui lui est due sur les infractions commises³ mais aussi sur le déroulement de l'enquête⁴ ou encore sur l'identification d'un suspect⁵. Ce contrôle est d'autant plus important que dorénavant les pouvoirs d'initiative sont placés au premier plan, tel qu'en dispose l'art. 311-15 de l'avant-projet : « *les enquêtes effectuées par les OPJ et, sous le contrôle de ceux-ci, les APJ, sont réalisées soit sur instructions du procureur de la République, soit de leur propre initiative* ». Voilà une belle consécration de la conception doctrine des « pouvoirs propres de police judiciaire » que nous avons préféré dénommer « pouvoirs autonomes » pour ne pas les confondre avec le pouvoir propre de contrainte. Finalement, ce n'est là qu'un effet d'annonce puisqu'il ne s'agit que d'une reprise des enquêtes préliminaires de l'art. 75 al.1^{er} C.pr. pén. pouvant être réalisées d' « office ». Toutefois, la place qui leur est désormais dévolue leur assure une promotion juridique certaine⁶. Comme nous avons pu le voir, ces pouvoirs autonomes dits « d'initiative » sont la forme la plus aboutie du pouvoir propre de police judiciaire, le renforcement de ces premiers emporte celui de ce dernier.

¹ Art. 311-10 de l'avant projet.

² Art. 311-13 de l'avant projet.

³ Art. 311-16 de l'avant-projet.

⁴ Art. 311-17 de l'avant-projet ou art. 311-26 dans le cadre d'une enquête d'initiative.

⁵ Art. 311-18 de l'avant-projet.

⁶ L'art. 311-15 ouvre les dispositions relatives au « déroulement de l'enquête » (Section 2).

Parce qu'il assure tout à la fois le contrôle et la direction des enquêtes, parce qu'il est dépendant du pouvoir exécutif, le procureur de la République apparaît comme une autorité judiciaire en « demi-teinte ». Fût-il doté des attributs de l'art. 66 de la Constitution, il ne peut assurer pleinement la protection des libertés que le pouvoir propre de police judiciaire vient menacer. Pour être pleinement satisfait, l'Etat de droit appelle à un contrôle renforcé, exercé par une autorité judiciaire dotée d'une impartialité objective et statutairement indépendante. Ces exigences sont remplies, dans l'avant-projet par la création d'un juge de l'enquête et des libertés exerçant des fonctions actuellement dévolues au juge d'instruction et au JLD. Ce juge nouvellement créé compose avec le tribunal de l'enquête et des libertés et, au second degré, la chambre de l'enquête et des libertés et son président, les juridictions du contrôle de l'enquête judiciaire pénale¹. Désignées comme « arbitre » par la Chancellerie, elles exercent un contrôle sur le déroulement et l'issue de l'enquête.

Le contrôle du procureur de la République sur les pouvoirs de police judiciaire est renforcé par le contrôle des juridictions de l'enquête et des libertés².

Donc, la réforme de la procédure pénale prévoit, par la consécration d'un cadre unique d'enquête, une meilleure lisibilité des pouvoirs de police judiciaire³. De plus, ces derniers retrouvent leur cohérence puisqu'ils ne peuvent être exercés que par la police judiciaire, non plus par le juge d'instruction. Cet organe de la procédure pénale se voyait encore anachroniquement confier des attributions de police judiciaire alors même que l'émergence de la notion de police judiciaire avait pour vocation de transférer la totalité de ces pouvoirs aux forces de l'ordre. Sa suppression annoncée permet d'épurer notre théorie pour confier pleinement le pouvoir de contrainte à la police judiciaire, sans qu'il y ait besoin de recourir à quelconque délégation judiciaire. Toutefois, s'il en est une, l'anomalie procédurale⁴ consistant à confondre dans la fonction de parquetier l'exécution des pouvoirs de police judiciaire et leur contrôle persiste. Le procureur de la République demeure donc partagé entre ses attributions de police judiciaire⁵ et ses fonctions d'autorité judiciaire¹ ; deux prérogatives

¹ Art. 211-1 à 211-20 de l'avant-projet.

² Nous ne pouvons déclinier le dispositif du contrôle des juridictions de l'enquête et des libertés sur l'enquête judiciaire pénale. Nous vous renvoyons pour le surplus au schéma explicatif reproduit en annexe 2 ou plus substantiellement au Livre III, Titre IV de l'avant-projet (art. 340-1 et s.).

³ L'article 311-2 prévoit de manière précise et énumérée les pouvoirs dévolues à la police judiciaire et l'article 301-3 définit les pouvoirs les plus coercitifs puisque restrictifs ou privatifs de liberté.

⁴ Cf. *supra* : Titre 2, Chap.2, I-, B/, 1°).

⁵ Art. 311-1 al.3 de l'avant-projet : « *Il est procédé à tous les actes utiles à la manifestation de la vérité par le procureur de la République* ».

prérogatives par hypothèse incompatible, la première appelant à être contrôlée par la seconde. Or, nous pouvons remarquer un rapprochement statutaire de la police judiciaire sur le modèle de l'autorité judiciaire, toutes deux étant traitées dans le Livre II de l'avant projet intitulé : « *Autorités judiciaires pénales* ». Bien évidemment, ce rapprochement n'est que de principe puisqu'il n'a été autrement consacré que sous cette planification².

Dans le cadre de l'avant-projet, cette anomalie procédurale est relativisée parce que le procureur sera vraisemblablement astreint au contrôle des pouvoirs de police judiciaire sans qu'il ne puisse, concrètement, disposer de ses attributions de police judiciaire. Le pouvoir de contrainte, dénominateur commun des pouvoirs de police judiciaire, apparaît donc à n'en plus douter comme la propriété de la police judiciaire. Ce pouvoir a d'ailleurs été renforcé, non seulement par le transfert des pouvoirs du juge d'instruction à la police judiciaire, mais aussi par l'autonomie qu'ils affichent sous la bannière des « pouvoirs d'initiatives ».

Mais, aussitôt renforcé, ce pouvoir appelle à être mieux contrôlé, plus que ne le peut le procureur de la République pour les raisons susvisées. C'est pourquoi la réforme prévoit, suivant un schéma classique³, l'intervention d'une autorité judiciaire réellement indépendante et objectivement impartiale pour concilier l'usage du pouvoir propre de police judiciaire avec les exigences de l'Etat de droit.

La conciliation du pouvoir de contrainte avec les exigences de notre Etat de droit est l'histoire de deux données contradictoires que la procédure pénale s'emploie à mettre en scène. Chacune de ces données va devoir s'adapter à l'autre, éventuellement concéder ce que l'autre ne peut tolérer pour ainsi vivre ensemble, du moins coexister pacifiquement. Afin d'aboutir à cet équilibre, le droit a posé certaines garanties procédurales en phase avec les canons de l'Etat de droit. Ces derniers exigent que le pouvoir de contrainte soit marqué du sceau de la nécessité et de la proportionnalité afin qu'il soit justement mesuré. En outre, afin de s'assurer que les libertés sont effectivement sauvegardées, ce pouvoir doit être strictement

¹ Nous ne reviendrons pas sur le point de savoir si le procureur de la République est une autorité judiciaire au sens que la jurisprudence donne à cette notion. La réforme n'ayant pas modifiée le statut du parquet, nous vous renvoyons pour tout complément d'information au Titre 2, Chap.2, I-, B/, 2^o), b).

² Le rapport Léger s'était d'ailleurs interrogé aux fins de savoir si cette police devait être rattachée statutairement à l'autorité judiciaire mais il a rejeté cette hypothèse. Cf. Rapport préc., 2^{ème} proposition, 3),b), p.10.

³ Le législateur de 2000 avait, pareillement décidé de créer une autorité judiciaire, le JLD, afin de renforcer le contrôle des pouvoirs de police judiciaire, notamment pour les actes les plus coercitifs. Cf. *supra* Titre 2, Chap. 2, I-, 1^o) *in fine*.

contrôlé par une autorité spécialement habilitée à cet effet. Ainsi, en est-il par principe de l'autorité judiciaire.

Fût-il garantit, cet équilibre n'en demeure pas moins fragile. Quelles que soient les garanties procédurales qu'on leur prête, les pouvoirs de police judiciaire sont autant d'outrages à la loi pénale qu'il convient de justifier afin qu'ils soient juridiquement tolérés. Si le droit joue jusqu'à présent un rôle de stabilisateur, il peut être aussi perturbateur. En effet, le droit comme la vie sont mouvants et appellent au renouvellement. Parce qu'on ne change que pour le meilleur, le droit ne vient rompre avec cet équilibre que pour en embrasser un plus adapté. Dans cette quête d'un équilibre idoine, le pouvoir propre de police judiciaire est amené à être restructuré toujours pour être mieux concilié avec les exigences de l'Etat de droit.

Bien que pouvoir de contrainte et Etat de droit ne fassent pas bon ménage, avec le droit pour conciliateur, leur mise en scène est juridiquement réussie.

« La force ne fait ni raison ni droit, mais il est peut être impossible de s'en passer pour faire respecter le droit et la raison ».

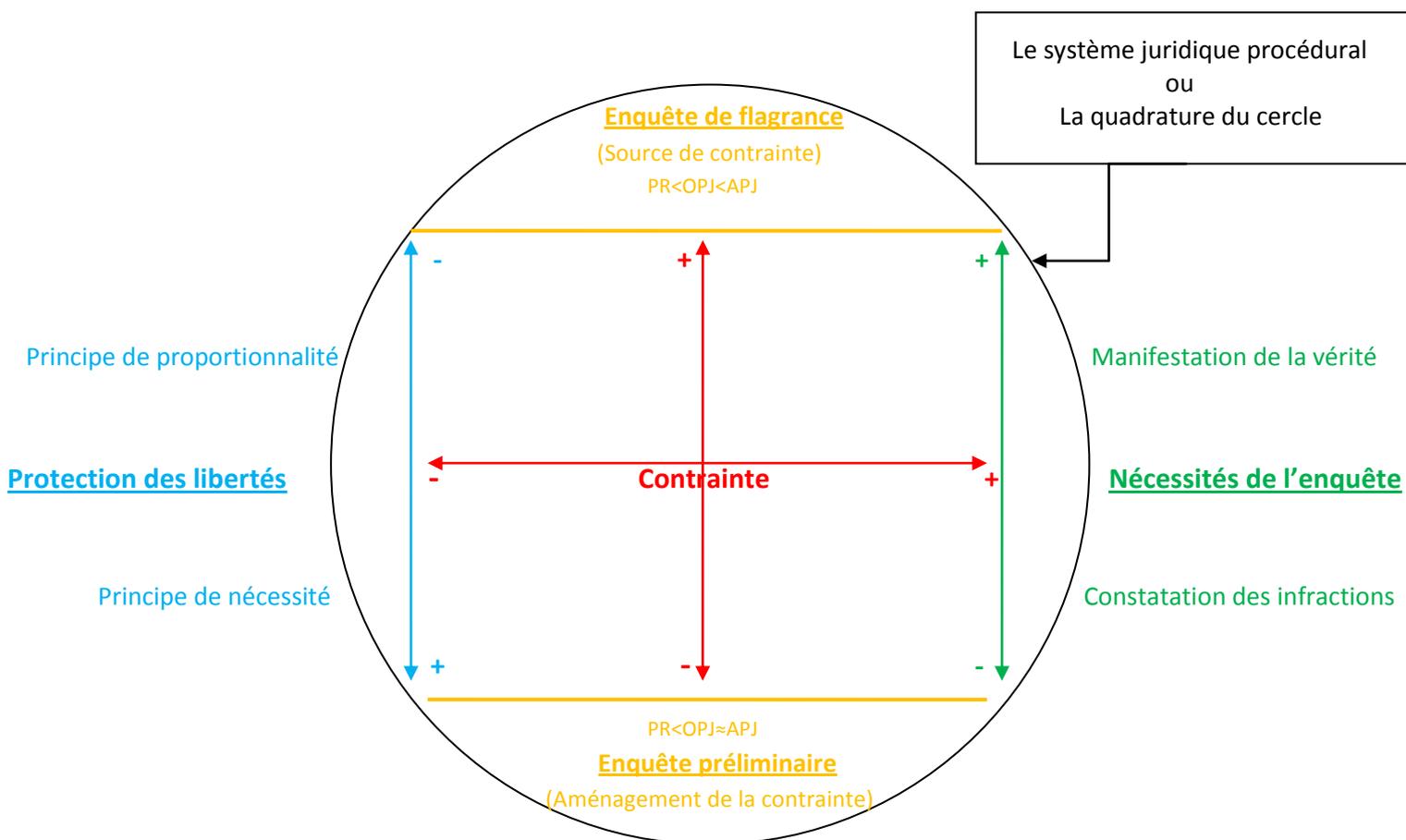
Saint-Just, Institutions républicaines in Œuvres de Saint-Just, Paris, 1946, p.294.

Annexes

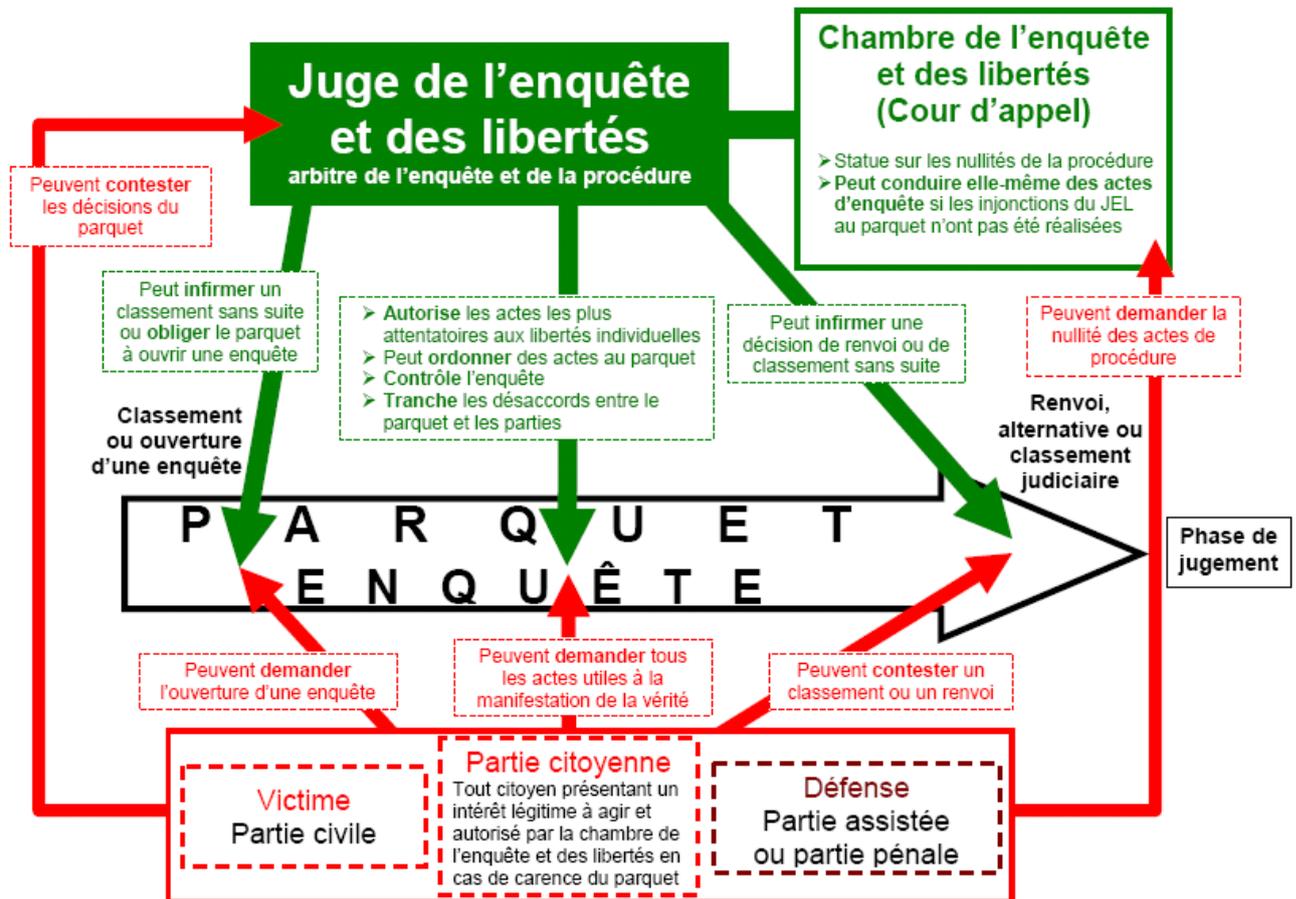
Annexe 1 : Problématique de l'adaptation du pouvoir propre de police judiciaire dans le système juridique interne.

Annexe 2 : Schéma de la future procédure pénale

Annexe 1 : Problématique de l'adaptation du pouvoir propre de police judiciaire dans le système juridique interne



Annexe 2 : Schéma de la future procédure pénale



(Source : Chancellerie)

Bibliographie

I – Ouvrages

- Blaise PASCAL, *Pensées*, Posthume, 1670.
- Maurice BARRES, *La grande pitié des églises de France*, Déterna, éd. 01/09.
- *Vocabulaire juridique*, Capitant, PUF.
- Georges. VEDEL et Pierre.DEVOLVE, *Droit administratif*, PUF, « Thémis », 6^e éd.
- P.LEGENDRE, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, PUF, Thémis.
- Faustin HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Plon, 2^e éd., tome 3 relatif à la « police judiciaire », 1866.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, éd. Garnier-Flammarion, 1979.
- LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*,
- MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e éd., 1812.
- Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, 5^e éd., Litec.
- Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs*, 1785.
- Max WEBER, *Le savant et le politique*, (1919), préface de R. Aron et traduction par J. Freund, Plon, 1959.
- André DECOCQ, Jean MONTREUIL, Jacques BUISSON, *Le droit de la police*, Litec, 2^{ème} éd.
- Thierry GARET et Catherine GINESTET, *Droit pénal et procédure pénale*, Dalloz, 4e éd., 2006.
- Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, 1967, Cujas, n°1978.
- Louis LAMBERT, *Traité de droit pénal spécial*, Editions Police-Revue, 1968.
- F-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968.
- T.S. ELIOT, *Traditions et talents individuels*, Le Seuil, 1950.
- Jean RIVERO, *Droit administratif*, coll. Précis Dalloz, 9^{ème} éd.
- P.BON, *La police du stationnement et de la circulation*, Sirey, 1981.
- Henri ROLAND, *Lexique juridique – expressions latines*, Litec, 4^{ème} éd.

- L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd.
- Louis Antoine Léon de SAINT-JUST, Institutions républicaines in *Œuvres de Saint-Just*, Paris, 1946
- Christian LARROUMET, *Droit civil, tome 1, Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 1984.
- Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762.
- Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, PUF.
- René GARRAUD, *Traité d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris 1907.
- Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR et Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, 1994, 16^{ème} éd.
- Jacques CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, Montchrestien, 1992.
- Patrick BRUNETEAUX, *Maintenir l'ordre. Les transformations de la violence d'Etat en régime démocratique*. Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1996.
- Yves MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Dalloz Référence, 2003.
- Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2ème éd. mise à jour, 2007.
- Jean PRADEL et André VARINARD, *Les grands arrêts du droit criminel*, Sirey, 2ème éd.
- André DECOCQ, *Droit pénal général*, A. Colin 1970.

II – Œuvres doctrinales

A/ Thèse

- Jacques BUISSON, *L'acte de police*, thèse, Lyon 3, 1988.
- Michel LEVY, *L'information officielle*, thèse Nancy, 1934.
- D.DENIS, *L'enquête préliminaire – Etude théorique et pratique*, éd. Police-Revue, thèse 1974.
- Philippe CONTE, *L'apparence en droit pénal*, thèse Grenoble, 1984.
- Démètre PAPANICOLAÏDIS, *Introduction générale à la théorie de la police administrative*, Paris, LGDJ, 1960.
- Pierre-Henri TEITGEN, *La police municipale*, thèse, Nancy, 1934.
- Nelly FERREIRA, *La coercition en droit public français*, thèse Paris 1, 2000.

- Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, thèse LGDJ, 1967.
- Hartini MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, thèse, LGDJ, 1996.
- P. BON, *La police municipale*, thèse, Bordeaux, 1975.
- Robert DUCOS-ADER, *Le droit de réquisition : théorie générale et régime juridique*, thèse, Paris, LGDG, 1956.
- CAULLET, *Des fonctions du procureur de la République et de ses auxiliaires. Au point de vue de la police judiciaire*, thèse, Paris, 1909.
- CATHERINE, *Les pouvoirs d'instructions du procureur de la République*, thèse, Paris, 1956.
- PASCAL, *Le rôle judiciaire du commissaire de police*, thèse, Lyon, 1922.

B/ Articles de doctrine

- J. BUISSON, *Les leçons de l'histoire sur la notion de police judiciaire*, Mélanges A. Decocq, Litec, 2004.
- E.FAURE, *La disgrâce de Turgot*, NRF, 1951.
- A. BESSON, *L'origine, l'esprit et la portée du Code de procédure pénale* : RSC 1959.
- J. BUISSON, *L'enquête préliminaire* : Rép. Pén. Dalloz 2002.
- A.BESSON, *La police judiciaire et le Code de procédure pénale* : D. 1958.
- Catherine COLLIOT-THELENE, *Violence et contrainte*, Lignes, XXV, 1995
- Michel COUTU, *La légitimité de l'Etat et du droit autour de Max Weber*, Les presses de l'Université Laval, 2005.
- Jean MONTREUIL, Crimes et délits flagrants, *Proc. pén.* Art. 53 à 73, n°76 .
- Bertrand DES SAUSSAIES, *La machine policière*, Editions du Seuil, 1972.
- Jean PRADEL, *Les pouvoirs de la police judiciaire en droit français*, in Droits de l'individu et police. Acte du colloque tenu à Poitiers en mai 1988. Litec 1990.
- Jean PRADEL, Du droit de la force publique : RD publ. 1954.
- Didier REBUT, *En l'absence d'instruction, il faut une communication des pièces de l'enquête de police*, La semaine juridique, éd. générale, n°29-30 du 13 juillet 2009.
- J. Brandeau, *Vers un triple régime de la garde à vue des mineurs* : Gaz. Pal. 1994, 2, doct. p. 968.
- Jean LARGUIER, *L'alcool, la police et le sang*, D. 1962, chr. II, p. 10.

- Ch. CUTAJAR, *La loi pour la sécurité intérieure (principales dispositions)* : D. 2003, chron. p. 1106.
- Michel PEDAMON, *La fouille corporelle*, RSC, 1961.
- Etienne PICARD, *Police et secret des données d'ordre personnel en droit français*, RSC, 1993.
- LAMBERT, *Formulaire des officiers de police judiciaire*, éd. Police-Revue, Paris, 1970.
- A. BESSON, R. VOUIN et P. ARPAILLANGE, *Code annoté de procédure pénale*, Librairies Techniques, 1958.
- J. BUISSON, *L'enquête préliminaire* : Rép. pén. Dalloz, 1999.
- J.-L., POISOT, *Enquête préliminaire* : J-CL. Procédure pénale, Art. 75 à 78.
- C. MARIE, *La montée en puissance de l'enquête* : AJ pénal, 2004.
- Jean-Luc LENNON, *Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire*, DP n°10, Octobre 2007, Etude 21.
- Patrick WACHSMANN, *La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, RSC, 1988.
- A. BILLAUD, *Quel contrôle du JLD sur les enquêtes ?* : AJ pénal 2004.
- MONTREUIL, *Armes et munitions, poudres et explosifs* : J.-Cl. Pén. Annexes.
- VITU et MONTREUIL, *Rébellion* : J.-Cl. Pén., art. 209 à 221.
- Marc ROBERT, *Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un parquetier*, AJ Pénal n°10/09.
- Valérie MALABAT, *L'avant-projet du futur Code de procédure pénale : refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale ?*, AJ pénal 2010.
- Philippe VOULANT, *Quels changements pour la pratique ?*, AJ pénal 2010.

III – [Rapports](#)

- Christine LAZERGES, Députée, n°1468, Assemblée nationale 1999, Rapport.
- *Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale*, présidé par Philippe LEGER, rendu le 1^{er} septembre 2009.
- *Avant-projet du futur Code de procédure pénale*, soumis à la concertation le 1^{er} mars 2010. Disponible sur le site du ministère de la justice (cf. *infra*).

IV – Sites internet

- www.legifrance.gouv.fr
- www.courdecassation.fr
- www.echr.coe.int
- www.lexisnexis.fr
- www.dalloz.fr
- www.justice.gouv.fr
- www.conseil-constitutionnel.fr
- www.syndicat-magistrature.org
- www.doctrinal.fr
- www.cnb.avocat.fr

Table des matières

Introduction	1
I – Historique	2
II – Exégèse terminologique	6
A/ La définition de la « police judiciaire »	6
B/ La définition des « pouvoirs propres »	7
III – Problématique	10
Titre 1 : La réhabilitation de la contrainte comme fondement <i>du</i> pouvoir propre de police judiciaire.....	12
Chapitre 1 : La représentation <i>abstraite</i> des pouvoirs de police judiciaire	15
I – L’analyse de la contrainte.....	16
A/ La définition de la contrainte	17
1°) L’ésotérisme notionnel	18
a) Les confusions terminologiques	18
b) Les carences doctrinales	20
2°) La plénitude notionnelle	22
a) Une notion consubstantielle au droit.....	23
b) Une notion concrétisant le droit.....	24
B/ La réalisation de la contrainte	27
1°) Le monopole de la police judiciaire	28
2°) Les pouvoirs de police judiciaire : expression plurale de la contrainte.....	30
II – L’exercice de la contrainte	31
A/ Un pouvoir d’opportunité de la police judiciaire	32
1°) L’opportunité fondée sur l’apparence	32
2°) L’opportunité, facteur d’autonomisation de la contrainte	34
B/ Une émancipation de la police judiciaire par rapport à l’autorité judiciaire	37
Chapitre 2 : La représentation <i>concrète</i> du pouvoir propre de police judiciaire.....	43
I – L’expression de la contrainte matérielle.....	44
A/ La contrainte « personnelle »	44
1°) Privation de liberté	45
a) Le pouvoir d’arrestation	45
b) Le pouvoir de rétention	48
α - La garde à vue	48
β - Les autres rétentions policières.....	54
➤ Rétention faisant suite à une mesure de garde à vue	54
➤ Rétention aux fins d’audition.....	55
➤ Rétention d’un mineur	56
➤ Rétention dans le cadre du Code de la route	56
➤ Retenue en matière de répression de l’ivresse publique	57
➤ Rétention consécutive à une arrestation	58
➤ Vérification d’identité	59

➤ Réention douanière	60
2°) Atteinte à l'intégrité physique	61
a) Les fouilles	61
b) Contrainte nécessaire aux comparaisons et identifications	63
α - Le prélèvement sanguin sur l'auteur présumé d'une infraction	63
➤ Un prélèvement aux fins probatoires	63
➤ Un prélèvement aux fins sanitaires	65
β - Le prélèvement externe sur toute personne témoin ou mis en cause.....	66
B/ La contrainte « réelle »	69
1°) Contrainte inquisitoire	69
a) Les perquisitions	69
b) Les fouilles	71
2°) Contrainte dépossédante : les saisies	74
II - L'expression de la contrainte psychologique.....	75
A/ L'injonction de police	76
1°) Injonction autorisée	76
a) La menace d'une sanction pénale	77
b) La menace d'un recours à la force.....	78
2°) Injonction spontanée	79
B/ La réquisition policière.....	81
➤ Réquisitions à fins de communications	82
➤ Réquisitions à fin de remise de données informatiques.....	82

Titre 2 : Une adaptation de la contrainte dans l'ordonnancement juridique : la consécration des pouvoirs de police judiciaire 86

Chapitre 1 : L'encadrement procédural de la contrainte	88
I - Les enquêtes de police judiciaire : une régulation de la coercition	89
A/ L'enquête de flagrance : source de contrainte.....	89
1°) Un cadre procédural strictement délimité.....	90
a) Une caractérisation légale : les situations de flagrance	90
➤ La commission actuelle de l'infraction	90
➤ L'infraction qui vient de se commettre.....	91
➤ La personne soupçonnée poursuivie par la clameur publique dans un temps très voisin de l'action.....	91
➤ La personne soupçonnée trouvée, dans un temps très voisin de l'infraction, en possession d'objets ou d'indices laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit	92
➤ Enquêtes <i>sui generis</i> empruntant au régime de la flagrance.....	92
b) Une caractérisation objective : l'appréciation de la police judiciaire	94
α – Un constat objectif	94
β – Un constat préalable	95
2°) Des pouvoirs de police judiciaire renforcés	97
a) Des pouvoirs à disposition.....	97
α – Opportunité de l'enquête	97
β – Opportunité des pouvoirs	98
b) Des pouvoirs de coercition étendus.....	101
B/ L'enquête préliminaire : aménagement de la contrainte	102
1°) Une contrainte subordonnée à l'acceptation du particulier	103

2°) Une contrainte renforcée par l'autorisation judiciaire.....	105
II - La ventilation organique des pouvoirs de police judiciaire	107
A/ Une compétence générale des forces de l'ordre.....	107
1°) Apparition de la notion de police judiciaire ou l'avènement du pouvoir propre.....	108
2°) Organisation de la police judiciaire ou la répartition des capacités judiciaires	110
B/ Une compétence spéciale des officiers de police judiciaire	112
1°) Une attribution historique évolutive	113
2°) L'émanation organique du pouvoir propre de police judiciaire	114
Chapitre 2 : La conciliation de la contrainte avec les exigences d'un Etat de droit ou la recherche d'un équilibre procédural	118
I - Un équilibre garanti.....	119
A/ Instruments de mesure du pouvoir propre de police judiciaire	119
1°) Principe de nécessité.....	119
a) Un principe fondateur du pouvoir propre de police judiciaire	119
b) Un principe directeur du pouvoir propre de police judiciaire	120
2°) Principe de proportionnalité	121
B/ Le contrôle judiciaire du pouvoir propre de police judiciaire	123
1°) Un contrôle exigé pour une protection des libertés	123
2°) Une remise en cause du contrôle du parquet	127
a) Un affaiblissement du contrôle du parquet : vers une autonomisation du pouvoir propre de police judiciaire ?	127
b) Une compétence contestée du parquet	129
II - Un équilibre fragile	131
A/ Une difficile justification juridique des pouvoirs de police judiciaire.....	131
1°) Faits justificatifs généraux.....	132
a) Faits justificatifs de principe.....	132
α – Le fondement de la justification : l'ordre de la loi	132
β – Le prolongement de la justification : le commandement de l'autorité légitime	134
b) Faits justificatifs subsidiaires	135
α – La légitime défense	135
β – L'état de nécessité.....	138
2°) Des faits justificatifs <i>sui generis</i> ?.....	140
a) La présomption de légalité ou une justification supputée	140
b) L'apparence, fondement de la justification ?	141
B/Vers une restructuration procédurale du pouvoir propre de police judiciaire	143
1°) L'effritement des cadres d'enquêtes.....	143
2°) Le glissement vers un modèle unique d'enquête.....	146
a) Une proposition avancée par le rapport Léger.....	146
b) Une proposition entérinée par la réforme du Code de procédure pénale ...	148
Annexes.....	154
Bibliographie.....	157